

LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD

*Por Carlos Eloy Ferreirós Marcos
Fiscal Decano de Menores (Alicante). Doctor en Derecho.*

Resumen: *El interés por el colectivo de los niños y niñas con discapacidad es creciente. El número de familias afectadas, la dispersión de legislación y de medios y la evidencia de las carencias lo hacen necesario. El presente trabajo se limita a ser una simple introducción a un gran número de interrogantes que plantea la satisfacción de las necesidades de los precitados menores.*

SUMARIO.- 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ENTORNO FAMILIAR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD. 2.1. APOYO FAMILIAR EN LA ATENCIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD. 2.2. LA REPRESENTACIÓN LEGAL. 2.2.1. Menores con capacidad de obrar modificada. 2.3. LOS NIÑOS Y NIÑAS COMO POSIBLES VÍCTIMAS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD: MARCO NORMATIVO. 2.3.1. Normas generales contra la discriminación. 2.3.2. El recurso al arbitraje. 2.3.3. El marco administrativo sancionador. 2.3.4. Tutela judicial. 3. EL SISTEMA PÚBLICO DE PROTECCIÓN DE MENORES. 3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. SITUACIONES DE RIESGO. 3.3. DESAMPARO. 3.4. EL FISCAL COMO SUPERIOR VIGILANTE DE LA TUTELA, GUARDA O ACOGIMIENTO ACORDADAS POR LA ADMINISTRACIÓN. 3.5. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD. 3.5.1. Acogimiento residencial de menores con discapacidad. 3.5.1.1. Introducción. 3.5.1.2 Principios generales que rigen el internamiento especializado de menores. 3.5.1.3. Problemas que presentan actualmente los centros especializados para menores con discapacidad. 4. LA EDUCACIÓN OBLIGATORIA DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD. 4.1. INTRODUCCIÓN. 4.2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN ESPAÑA. 4.3. MEDIDAS DIRIGIDAS A LA INSERCIÓN EDUCATIVA. 4.3.1. Introducción. 4.3.2. Alumnado con necesidad específica de apoyo educativo. 4.3.3. Alumnado con necesidades educativas especiales. 4.3.4. Necesidades especiales asociadas a la discapacidad. 4.3.4.1. Breve introducción histórica. 4.3.4.2. Normativa vigente. 4.3.4.3. Internamiento en centro de educación especial. 4.3.4.4. Algunos problemas en materia de escolarización de alumnos con necesidades educativas especiales asociadas a la discapacidad. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

“Se calcula que hay entre 500 y 650 millones de personas con discapacidad en el mundo, aproximadamente el 10% de la población mundial, y 150 millones de ellos son niños. Más del 80% vive en los países en desarrollo con acceso a los servicios escaso o nulo. La mayoría de los niños con discapacidad en los países en desarrollo no están escolarizados y son completamente analfabetos”.¹

Las convenciones internacionales han facilitado la visibilidad de colectivos que se encuentran en situación de desventaja social y requieren un marco de protección jurídica para el acceso al disfrute de derechos en condiciones de igualdad. Sin embargo, la

¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n° 9 (2006). Los derechos de los niños con discapacidad.* 43º período de sesiones. Ginebra, 11 a 29 de septiembre de 2006 (CRC/C/GC/9; 27 de febrero de 2007)

posibilidad de discriminaciones concurrentes es un hecho frecuente (por razones de menor edad, discapacidad, género, pertenencia a determinados grupos, etc) lo que dificulta notablemente la gestión y la distribución de los recursos con que se cuenta al poder suponer la intervención de legislación, medios y personal diferentes en cada caso.

Definir a los integrantes del colectivo objeto de la presente exposición es una tarea sencilla en la medida en que resulta de la fusión de dos tradiciones protectoras: la de los niños y la de las personas con discapacidad. De una manera formal, bastaría con integrar el contenido del primer artículo de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (CNUDN) y el igual ubicado de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (CNUDPD):

Todo ser humano menor de dieciocho años de edad (salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad) que tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Mayores dificultades, sin embargo, supone cómo orientar su estudio. Podríamos partir de esta idea de intersección inicial e ir sumando a los derechos del niño los derechos de las personas con discapacidad. El enfoque es conceptualmente válido y atendería a las perspectivas que constituyen ejes fundamentales de ambos tratados: el principio de no discriminación (artículo 2 CNUDN y 1, 3.b y 5 de la CNUDPD) y la consideración de estas cuestiones en el marco de los derechos humanos.

Una de estas posibles clasificaciones resultaría de la forma de organización de los sistemas públicos de protección. Recordemos que, en definitiva, las convenciones generan obligaciones entre Estados. Generalmente, la estructura de los diferentes países parte de una clasificación territorial (por ejemplo, Estado, Comunidad Autónoma, Provincia, Ayuntamiento) y otra sectorial (por ejemplo, sanidad, educación, bienestar social, etc). Este sistema permitiría conocer el marco de competencias y la distribución particular de los recursos pero tiene el notable inconveniente de que impide un enfoque integral del colectivo analizado. En este sentido, el Comité de Derechos del Niño ha expresado la “necesidad de un plan nacional de acción que integre todas las disposiciones de la Convención” que debe ser amplio y tener resultados cuantificables, integrando al colectivo de los niños y niñas con discapacidad².

Otro sistema posible puede partir del análisis de la legislación aplicable. Bastaría, pues, el análisis de estas normas para llegar a conclusiones fiables. Sin embargo, este enfoque también presenta problemas en la medida en que son posibles dos opciones legislativas: una orientada a la creación de normas especiales y una segunda de simplemente incluir disposiciones particulares en las normas generales. Los inconvenientes de las normas singulares es que, al menos potencialmente, pueden reforzar el estigma y el prejuicio al crear sistemas y soluciones completamente diferenciadas de los que se beneficia la población general. Las ventajas es que, si la legislación está dispersa, es difícil cubrir todos los aspectos relevantes en esta materia, algunos de los cuales son complejos y requieren una atención detallada. A mi entender existen escasas evidencias que demuestren que un enfoque es mejor que el otro. Una dirección combinada que recoja en la legislación general los extremos que afectan al

² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n° 9 (2006)*. Cit, apartado 18

colectivo y, asimismo, disponga de normas específicas sobre aspectos concretos es probablemente la mejor manera de atender a la complejidad de las necesidades. Sin embargo, esta decisión depende de las circunstancias de cada país.

En nuestro país se ha adoptado esta dirección intermedia, junto con la atención a las necesidades de este grupo en cada uno de los sectores en que se divide la Administración también contamos con normas específicas para los niños -como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor- y también para las personas con discapacidad -como la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), la ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad o la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia-. Sin embargo, lo cierto es que a pesar de la proliferación de normas que se han dictado, tanto desde el plano estatal como autonómico, la evaluación de sus resultados y eficacia real no arroja una correspondencia proporcional y, por otro lado, en lo que afecta a este concreto colectivo de los niños con discapacidad, no existe una estructuración mínima de las medidas necesarias, ni siquiera en las normas específicas anteriormente citadas.

Otro análisis posible podría resultar de la distinción por tipos de derecho afectado, como, en general, realizan las convenciones. Sin embargo, correríamos el riesgo en esta breve charla de quedarnos en lo meramente expositivo y genérico y no atender a lo que estadísticamente genera mayores problemas y precisa de soluciones. Por otro lado, la clasificación, por ejemplo, entre derechos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, no deja de resultar artificiosa en muchos casos y no obedecer a presupuestos reales.

Por tanto, he preferido atender a un criterio práctico y partir, primero de que hablamos de niños y niñas que se mueven en sus propios entornos y, en segundo lugar, considerar los problemas de posible discriminación en tales contextos. Los niños tienen, en definitiva, “derecho a asistencia y cuidado especiales” debido a “su falta de madurez física y mental”³ pero además los niños y niñas con discapacidad tienen derecho a gozar plenamente de ello “en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas” (artículo 7.1 CNUDPD). Los obstáculos que los niños y niñas con discapacidad pueden encontrar, como recuerda el Comité de Derechos del Niño “no son la discapacidad en sí misma, sino más bien una combinación de obstáculos sociales, culturales, de actitud y físicos que los niños con discapacidad encuentran en sus vidas diarias”⁴ por tanto, lo más importante sería la detección de estas barreras y la adopción de las medidas necesarias para su eliminación.

Partimos, pues, de un análisis de entornos necesarios que podría ser el siguiente: el sistema de protección familiar o cuasifamiliar, el sistema de protección público en ausencia del anterior y el entorno escolar. Naturalmente existen una serie de contextos ocasionales (como puede ser el derivado una contingencia sanitaria o de una situación de posible responsabilidad penal, entre otros muchos) cuya exposición detallada no nos permite la limitada duración de esta charla.

³ Véase el preámbulo de la CNUDN, Declaración Universal de los Derechos Humanos y Declaración de los Derechos del Niño.

⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n° 9 (2006)*. Cit, apartado 5

2. El entorno familiar de los niños y niñas con discapacidad

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Todo niño tiene derecho “a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. Estos son principios que se reconocen como fundamento de las sociedades actuales y se encuentran recogidos en los artículos 23.1 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁵.

La Convención de los Derechos del Niño establece que los Estados Parte “respetarán las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (artículo 5).

Menciones a la familia también se encuentran en nuestra Constitución que garantiza la “intimidad personal y familiar” en su artículo 18.1 y “la protección social, económica y jurídica de la familia” (artículo 39.1). Alusiones a la protección de los menores aparecen en el citado artículo 39, números 2 y 3, al establecer que los poderes públicos aseguran “la protección integral de los hijos” y que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

De particular interés nos resulta el Convenio Europeo de Derechos Humanos que recoge, en su artículo 8, el derecho al respeto a la vida privada y familiar por la abundante doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en el caso Keegan contra Irlanda establece que la noción de “familia” que se recoge en dicho artículo no se limita a la fundada en vínculos matrimoniales y acoge otras situaciones de hecho⁶.

⁵ B.O.E. núm. 103, de 30 de abril de 1977. La observación general N° 17 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresa: “6. La obligación de garantizar a los niños la protección necesaria corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado. Aunque el Pacto no indique cómo se ha de asignar esa responsabilidad, incumbe ante todo a la familia, interpretada en un sentido amplio, de manera que incluya a todas las personas que la integran en la sociedad del Estado Parte interesado, y especialmente a los padres, la tarea de crear las condiciones favorables a un desarrollo armonioso de la personalidad del niño y al disfrute por su parte de los derechos reconocidos en el Pacto. No obstante, puesto que es frecuente que el padre y la madre ejerzan un empleo remunerado fuera del hogar, los informes de los Estados Partes deben precisar la forma en que la sociedad, las instituciones sociales y el Estado cumplen su responsabilidad de ayudar a la familia en el sentido de garantizar la protección del niño. Por otra parte, en los casos en que los padres falten gravemente a sus deberes o maltraten o descuiden al niño, el Estado debe intervenir para restringir la patria potestad y el niño puede ser separado de su familia cuando las circunstancias lo exijan. En caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse medidas, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, para asegurarles la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales con ambos padres. El Comité considera útil que, en sus informes, los Estados Partes proporcionen información sobre las medidas especiales de protección que han adoptado para proteger a los niños abandonados o privados de su medio familiar, con el fin de permitir que se desarrollen en las condiciones que más se asemejen a las que caracterizan al medio familiar”. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*. (HRI/GEN/1/Rev.7) 12 de mayo de 2004, páginas 165 a 167.

⁶ TEDH, S 26-5-1994, *caso Keegan contra Irlanda*, n° 16969/1990 (EDJ 1994/13579). “44. The Court recalls that the notion of the "family" in this provision is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other de facto "family" ties where the parties are living together outside

El menor es considerado una persona protegida. No hablamos de persona en sentido general sino en sentido jurídico, como ser capaz de derechos y obligaciones. Como señala el Código Civil, hasta la mayoría de edad no se es capaz para todos los actos de la vida civil (artículo 322) por lo que es necesario una protección que se desenvuelve generalmente en el ámbito familiar en su beneficio y que comprende un abanico de deberes y facultades. Nuestro ordenamiento no tolera las situaciones de privación de la “necesaria asistencia moral o material de ningún menor” (artículo 172.1, párrafo segundo del Código Civil). Las funciones de los padres están delimitadas en los artículos 154 y 162 del Código Civil (la de los tutores en el artículo 269) y abarcan dos ámbitos:

- Satisfacción de sus necesidades (que se expresa con la frase “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos educarlos y procurarles una formación integral”). Es la “asistencia material y moral” a la que antes nos hemos referido, pues, no sólo comprende los aspectos materiales sino aquellos no menos necesarios de seguridad y afecto.
- Auxiliarles en el ejercicio de sus derechos. Por ello tienen la representación legal de sus hijos y, en el ejercicio de su función de velar, también tienen facultades de consejo y, en su caso y según la configuración legal de cada derecho, de “interpositio auctoritas” en los ámbitos de los derechos de la personalidad. Los derechos aparecen difuminados a lo largo del ordenamiento pero, en el caso de los derechos fundamentales, tienen una razonable precisión en la Convención de los Derechos del Niño y en la L.O. 1/1996.

2.1. APOYO FAMILIAR EN LA ATENCIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD

Si, como hemos visto, se garantiza constitucionalmente la protección económica, social y jurídica de la familia, con mayor razón debe atenderse a una protección más amplia en el marco de aquellas personas que tienen un mayor número de necesidades.

Para disfrutar de los beneficios de la doble condición es preciso obtener el reconocimiento del grado de discapacidad mediante la correspondiente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad y someterse, en su caso, a las revisiones previstas en el artículo 11 de dicho texto, cosa frecuente en el caso de niños y niñas. El reconocimiento lleva aparejado una serie de beneficios, entre los que destacamos⁷:

of marriage. A child born out of such a relationship is ipso iure part of that *family* unit from the moment of his birth and by the very fact of it. There thus exists between the child and his parents a bond amounting to family life even if at the time of his or her birth the parents are no longer co-habiting or if their relationship has then ended”.

⁷ Una exposición legislativa bastante completa puede encontrarse en ALONSO PARREÑO, María José. *Los derechos del niño con discapacidad en España*. Colección cermi.es (Número 38). Madrid, 2008.

- Beneficios fiscales. Junto a los propios establecidos en cada una de las normas tributarias, son de citar los ligados al denominado “patrimonio del discapacitado”, en los supuestos en que es posible su constitución⁸.
- La posible aplicación de los beneficios de las familias numerosas (inicialmente aplicables a la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes) al equiparar la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas los casos de familias constituidas por “uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar” (artículo 2.2.a).
- Prestaciones del Sistema General de Seguridad Social (así, la prestación por hijo a cargo⁹ o las prestaciones en caso de excedencias o reducción de jornada para cuidado de familiares previstos en el artículo 180 LGSS, 46.3 LET y 37.5 LET)
- Subsidios previstos en la LISMI (subsidio para movilidad y compensación para gastos de transporte).
- Beneficios otorgados por los sistemas de acción social de las Comunidades Autónomas. Particularmente destacamos los programas de atención temprana¹⁰.

Del mismo modo, si además de ostentar dicha condición, presenta también la de persona dependiente, tendrá que obtener el correspondiente reconocimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de

⁸ La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad tiene por objeto “favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares”. Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad. Sólo puede ser beneficiario o titular del patrimonio protegido una persona con discapacidad. La norma establece un concepto propio para definir qué se entiende por “discapacitado”. Su definición está completamente desvinculada del de incapacidad del artículo 200 del Código Civil (es decir, es completamente independiente de que el afectado, bien mediante declaración judicial o bien de hecho, esté incurso en causa de incapacidad legal) y atiende al porcentaje certificado de discapacidad diferenciando: Si es discapacitado físico o sensorial: 65 % ó superior y si es discapacitado psíquico: 33 % ó superior.

⁹ Véase Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social.

¹⁰ Se entiende por *Atención Temprana* el conjunto de intervenciones, dirigidas a la población infantil de 0-6 años, a la familia y al entorno, que tienen por objetivo dar respuesta lo más pronto posible a las necesidades transitorias o permanentes que presentan los niños con trastornos en su desarrollo o que tienen el riesgo de padecerlos. Estas intervenciones, que deben considerar la globalidad del niño, han de ser planificadas por un equipo de profesionales de orientación interdisciplinar o transdisciplinar. (FEDERACIÓN ESTATAL DE PROFESIONALES DE ATENCIÓN TEMPRANA – GAT. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD. *Libro Blanco de la Atención Temprana*. Madrid, 2000, página 12). Sobre la situación actual, FEDERACIÓN ESTATAL DE PROFESIONALES DE ATENCIÓN TEMPRANA – GAT. MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD. REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD. *La realidad actual de la Atención Temprana en España*. Madrid, 2011).

dependencia¹¹. El reconocimiento del derecho a las prestaciones del Sistema se realiza mediante resolución expedida por la Administración Autónoma que corresponda a la residencia del solicitante y tendrá validez para todo el Estado. La resolución determina los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante según el grado y nivel de dependencia. Tanto el grado o nivel de dependencia, como las prestaciones y el programa individual son revisables en las condiciones previstas en los artículos 29 y 30 de la ley.

El Baremo de valoración de la situación de dependencia, establecido en el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, *por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, es aplicable en cualquier situación de discapacidad y en cualquier edad, a partir de los 3 años¹². La propia norma, en su disposición adicional decimotercera, establece un régimen especial de protección para los menores de 3 años, reseñando que “sin perjuicio de los servicios establecidos en los ámbitos educativo y sanitario, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia atenderá las necesidades de ayuda a domicilio y, en su caso, prestaciones económicas vinculadas y para cuidados en el entorno familiar a favor de los menores de 3 años acreditados en situación de dependencia”. A tal efecto, el instrumento de valoración debe incorporar una escala de valoración específica¹³ y, en el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se promoverá la adopción de un plan integral de atención para estos menores de 3 años en situación de dependencia, en el que se

¹¹ La situación de dependencia es definida como: “El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.

¹² El Baremo de Valoración de la Dependencia (en adelante, BVD) permite determinar las situaciones de dependencia moderada, dependencia severa y de gran dependencia. Asimismo, el BVD permite identificar los dos niveles de cada grado en función de la autonomía personal y de la intensidad del cuidado que requiere de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del art. 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. El BVD es aplicable en cualquier situación de discapacidad y en cualquier edad, a partir de los 3 años.

¹³ La Disposición adicional decimotercera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia regula la protección de las personas menores de tres años establece a efectos de valoración, una escala de valoración específica (EVE). En personas menores de tres años, serán objeto de valoración las situaciones originadas por condiciones de salud de carácter crónico, prolongado o de larga duración, o de frecuente recurrencia.

La valoración de las personas de entre 0 y 3 años tendrá carácter no permanente, estableciéndose revisiones de oficio periódicas a los 6, 12, 18, 24 y 30 meses. A los 36 meses todas las personas deberán ser de nuevo evaluadas con el BVD para personas mayores de 3 años.

La EVE permite establecer tres grados de dependencia, moderada, severa y gran dependencia que se corresponde con la puntuación final de 1 a 3 puntos obtenida en su aplicación. No se establecen niveles en cada grado realizándose una asignación directa al nivel 2.

La EVE establece normas para la valoración de la situación de dependencia y la determinación de su severidad, teniendo como referente la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), adoptada por la Organización Mundial de la Salud. En la valoración de la situación de dependencia en personas desde su nacimiento hasta los tres años de edad, se consideran determinadas variables de desarrollo agrupadas en funciones y actividades en el área motora y/o en el área adaptativa. y la necesidad de medidas de apoyo derivadas de una condición de salud por bajo peso en el momento del nacimiento, por precisar medidas de soporte vital para mantener determinadas funciones fisiológicas básicas y/o requerir medidas terapéuticas que inciden sobre la capacidad de movilidad de la persona.

contemplan las medidas a adoptar por las Administraciones Públicas, sin perjuicio de sus competencias, para facilitar atención temprana y rehabilitación de sus capacidades físicas, mentales e intelectuales.

La ley establece lo que se denomina el “programa individual de atención” en el que se determinan las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente. Dicho programa individual se establece por los servicios sociales correspondientes del sistema público.

Las prestaciones de dependencia pueden articularse en servicios o prestaciones económicas:

- 1) Los servicios se enumeran en un Catálogo en el artículo 15 y se prestan a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados. La prioridad al acceso de tales servicios viene determinada por el grado y nivel de dependencia y, a igual grado y nivel, por la capacidad económica del solicitante. Los criterios para determinar la intensidad de protección de estos servicios y su compatibilidad se fijan por el Consejo Territorial del Sistema para su aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto. Los servicios se regulan sin perjuicio de lo previsto en el art. 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud sobre la prestación de atención sociosanitaria.
- 2) Las prestaciones económicas, sujetas a la inscripción en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas¹⁴, son de tres tipos¹⁵:
 - a) *Prestación económica vinculada al servicio*. Se trata de una prestación de carácter periódico que se reconocerá únicamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado previsto en el Programa Individual de Atención. La prestación está vinculada a la adquisición del servicio y es de carácter personal.
 - b) *Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales*. Se entiende por “cuidados no profesionales” la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada. Se establece, de forma excepcional, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención. El cuidador debe ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social¹⁶. El Consejo Territorial del Sistema tiene obligación de promover

¹⁴ Disposición adicional quinta de la ley

¹⁵ Distinta de estas son las “ayudas económicas para facilitar la autonomía personal”, previstas en la disposición adicional tercera de la ley, que tienen carácter de subvención y están destinadas bien a apoyar a la persona con ayudas técnicas o instrumentos necesarios para el normal desenvolvimiento de su vida ordinaria o bien para facilitar la accesibilidad y adaptaciones en el hogar que contribuyan a mejorar su capacidad de desplazamiento en la vivienda. Estas ayudas pueden ser objeto de acuerdos específicos entre la Administración General del Estado y la de las Comunidades Autónomas.

¹⁶ Disposición adicional cuarta de la ley

acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporen programas de formación, información y medidas para atender los períodos de descanso.

- c) *Prestación económica de asistencia personal*. Se entiende por “asistencia personal” el servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal. El objetivo de esta prestación, dirigida hacia las personas con gran dependencia, es contribuir a la contratación de un asistente, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo así como a una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria.

El marco normativo expuesto constituye, sin duda, un avance que se encuentra en línea con las previsiones internacionales. Sin embargo, también arroja un marco de incertidumbre en la medida en que, para la generalidad de los derechos económicos, sociales y culturales el marco es de realización progresiva y sujeto a las disponibilidades presupuestarias y, por otro lado, porque las fórmulas de coordinación y cooperación entre Administraciones, previstas ya en los artículos 103 de la Constitución y 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no son de fácil aplicación práctica, situación que es predicable también de los propios órganos de la misma Administración, también sujetos a idéntico principio de coordinación conforme al artículo 18 de la Ley 30/1992. Las disponibilidades presupuestarias y la realización práctica de los compromisos en un área en la que confluyen principalmente servicios sanitarios y sociales, aunque también de otra índole, hacen que el optimismo inicial deba ser asumido con prudencia a la vista también de que procesos similares ya se han iniciado en el contexto comparado con importantes dificultades prácticas de aplicación.

2.2. LA REPRESENTACIÓN LEGAL

El fenómeno de la representación legal opera tanto en sede de patria potestad, en la que el artículo 162 del Código Civil expresa que “los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados” (con las excepciones que el propio precepto regula y que veremos más tarde), como en sede de tutela, en la que el artículo 267 expresa que “el tutor es el representante del menor” (con las excepciones que, igualmente, luego veremos).

Ahora bien, la representación no se configura como un poder absoluto sino como una función en beneficio de los hijos/as sometida al principio del interés superior del menor¹⁷ y a la exigencia de participación del mismo en la toma de decisiones. El

¹⁷ En la actualidad, las legislaciones modernas han ido adaptándose a esta concepción de función en beneficio de los hijos, acentuándose las facultades de fiscalización del ejercicio de la autoridad paterna, al entenderse que el Estado tiene el deber de vigilar su correcto ejercicio. Este es el sentido de las reformas operadas en Francia a partir de la ley de reforma del Código Civil de 4 de junio de 1970; en Italia, a partir de la ley de reforma del Código Civil de 1975; en Portugal, a partir de la ley de reforma del Código Civil de 25 de noviembre de 1977, en Alemania, a partir de la Ley de reforma de 18 de julio de 1979 (CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo V*. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1985. Páginas 209 a 212). Ello ha derivado, además, en una sucesión de normas internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (BOE de 31 de diciembre de 1990) en la que resalta la protección del interés del menor. También nuestro país ha recogido en su legislación esta corriente internacional, particularmente a partir de la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y posteriores

artículo 2 de la Ley expresa que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección del Menor aclara que las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva y que tales limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adopten aquellos que sean más adecuados a la edad del sujeto.

La ley parte del nuevo enfoque de los derechos humanos de la infancia que parte del reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. El ordenamiento reconoce la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad e introduce mecanismos de participación en las decisiones que les afectan puesto que los menores pueden ser sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social y de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. No existe una diferencia radical entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos.

El mecanismo de participación en el ámbito familiar o cuasifamiliar lo constituye su derecho a ser oído en las decisiones que le afecten (artículo 9 LO 1/1996). Sus opiniones deben tenerse en cuenta en función de su edad y madurez (artículo 12 CNUDN). El Código Civil establece una franja de edad orientadora y, en este sentido, marca un límite en la edad de 12 años (por ejemplo, artículos 156, 159, 173.2, 177.1, 231, 273) pero este límite se extiende a aquellos menores por debajo de esta edad que tengan “suficiente juicio”.

También el Código reseña otro margen más elevado de capacidad en los 16 años en otros preceptos (por ejemplo, los artículos 164, 166, 317, 319, 320). Particularmente es importante en la medida en que el menor emancipado o que haya obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad puede regir su persona y bienes como si fuera mayor, liberándose de la patria potestad o tutela y accediendo a una capacidad de obrar limitada (puesto que el artículo 323 del Código Civil expresa que “hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador”).

Particularmente interesante es la capacidad del menor en el ámbito de la Ley de la Persona de Aragón¹⁸ cuyo artículo 2.3 establece que “la representación legal del menor termina al cumplir los catorce años; desde entonces, su capacidad se completa con la asistencia”. El artículo 20 expresa que “el menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor” y que “la imposibilidad de prestar la asistencia permitirá al menor solicitarla a la Junta de Parientes o al Juez”, no precisando

leyes 13/1983, de 24 de octubre (tutela) y 21/1987, de 11 de noviembre (adopción y otras formas de protección de menores) y L.O. 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

¹⁸ Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona. BOA 149/2006, de 30 diciembre 2006, BOE 23/2007, de 26 enero 2007 Ref Boletín: 07/0161

asistencia “en los actos que la ley le permita realizar por sí solo”. La norma regula unas disposiciones particulares sobre la emancipación (Sección 4ª del Capítulo I del Título I) que, a diferencia del derecho común, se permite a partir de los 14 años.

También contienen disposiciones especiales el Código de Familia catalán¹⁹, que denomina el beneficio de la mayor edad con el nombre de “habilitación de edad” (artículo 217) de la misma forma que el Código Civil lo hacía con anterioridad, y la Ley 66 de la Compilación de Navarra .

Tradicionalmente se distinguen dos ámbitos en el marco de la representación: el patrimonial y el personal. No voy a entrar en la exposición del sistema patrimonial del Código Civil y de las legislaciones forales por considerar que excede del propósito limitado de la presente exposición aunque sí considero necesario señalar que las normas del Código Civil, en muchas ocasiones, se apartan de la realidad actual respecto a los menores. Así, el rígido pronunciamiento del artículo 1.263 que expresa que no pueden prestar consentimiento para los contratos los menores no emancipados se encuentra ciertamente limitado en el uso. Los menores disponen en la actualidad de dinero de bolsillo y, desde luego, nadie se atrevería a cuestionar la adquisición por un menor de una prenda de ropa en unos grandes almacenes sin la presencia de sus padres o tutores, por ejemplo. Hay determinados actos regulados, por otro lado, que los menores pueden realizar por sí solos como, por ejemplo, la aceptación de donaciones no condicionales ni onerosas (artículos 625 y 626). A todos ellos parece referirse la norma del artículo 162 cuando nos habla de que se exceptúan de la representación los actos que, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. Téngase en cuenta, además, que el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor establece que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores son de interpretación restrictiva.

De mayor interés resulta el marco de actuación de la representación legal en el marco de los derechos de la personalidad. Así, expresa el artículo 162 nº 1 del Código Civil, como excepción a la representación de los padres en sede de patria potestad, que no tienen la representación en “los actos relativos a derechos de la personalidad”. El artículo 267 también expresa que el tutor no ostenta la representación para aquellos actos que el menor “pueda realizar por sí solo”. El Código de Familia de Cataluña establece en su artículo 155 que el padre y la madre titulares de la potestad son los representantes legales pero se exceptúan, entre otros, “los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen lo dispongan de otro modo”. Del mismo modo, el artículo 269 establece una previsión similar para el tutelado añadiendo también “los que, de conformidad con las leyes y las condiciones de la persona tutelada, puede realizar por si misma”. Por su parte, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón, establece, en su artículo 4, que “el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo ejercer los derechos de la personalidad”, estableciendo el número 2 del artículo que “las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva” y, en su artículo 9, que “la representación legal del que no ha cumplido los catorce años incumbe a los titulares de la autoridad familiar, en cuanto ostenten su ejercicio, y, en su defecto, al tutor”, expresando seguidamente que “se exceptúan de la representación legal los actos relativos a los derechos de la personalidad. El artículo 36 establece que “salvo lo previsto en la

¹⁹ Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, BOE 198/1998, de 19 agosto 1998 Ref Boletín: 98/20137, DOGC 2687/1998, de 23 julio 1998

sentencia de incapacitación o en la ley para casos concretos, se aplicarán, con las necesarias adaptaciones, al incapacitado menor de edad, así como al mayor sujeto a tutela o autoridad familiar, las reglas sobre capacidad del menor que no ha cumplido los catorce años y al sujeto a curatela las del menor que los ha cumplido”. Los artículos 17.1 y 21 establecen una serie de reglas en la intromisión de terceros en los derechos de la personalidad aplicables según tengan más o menos de 14 años²⁰ y el 32 para los casos de mayores no incapacitados que carecen de capacidad de decisión²¹ y 122 y 136 para los sometidos a tutela o curatela²².

En cuanto al ámbito de lo que deban considerarse derechos de la personalidad, parece que hay coincidencia en estimar que hay una conexión indudable con los derechos fundamentales de la persona. La norma básica es el artículo 10, apartado 1, que señala: *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social.* El Título I recoge los más elementales derechos de la personalidad entre los que se encuentran el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15), la libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16), el derecho a la libertad ambulatoria (artículo 17), el derecho al honor,

²⁰ Artículo 17. *Intromisión de terceros en los derechos de la personalidad.* 1. Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor de catorce años se regirá por las siguientes reglas: a) Si tiene suficiente juicio, requerirá su consentimiento y la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; en caso de negativa de alguno de ellos, su autorización podrá ser suplida por el Juez. b) Contra su voluntad solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor. c) Si no tiene suficiente juicio, solo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

Artículo 21. *Intromisión de terceros en los derechos de la personalidad.* 1. Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor mayor de catorce años dependerá de su exclusiva voluntad, con las salvedades siguientes: a) Si su decisión entraña un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica, necesitará la asistencia prevista en el artículo anterior. b) Contra su voluntad solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor. 2. Si el menor no está en condiciones de decidir sobre ella, solo 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.

²¹ Artículo 32. *Intromisión en los derechos de la personalidad.* Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del mayor de edad no incapacitado que no esté en condiciones de decidirla por sí mismo requiere el consentimiento del cónyuge no separado judicialmente o de hecho o, en su defecto, del pariente más próximo o allegado que se ocupe de él. A falta de tales personas resolverá el Juez lo que estime más conveniente para éste.

²² Artículo 122. *Contenido personal de la tutela.* 1. Las funciones del tutor del menor dependen de la edad de este y tienen en cada etapa de su evolución el mismo contenido que la autoridad familiar de los padres, con las modificaciones previstas en este Título. 2. Las funciones del tutor del incapacitado serán las que señale la sentencia de incapacitación. En su defecto, se considerará que tienen el mismo contenido que la autoridad familiar sobre los hijos menores de catorce años, con las modificaciones previstas en este Título.

Artículo 136. *Curatela de incapacitados.* 1. La sentencia de incapacitación debe determinar los actos para los que el incapacitado necesita la asistencia del curador. Si no dispone otra cosa, se entenderá que la requiere, además de para los actos determinados por la ley, para aquellos en los que la precisa el menor mayor de catorce años. 2. La sentencia podrá conceder al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado. También podrá limitar la curatela al ámbito personal. 3. Si el incapacitado hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador quien hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga motivadamente otra cosa. 4. A esta curatela le son de aplicación supletoria, con las necesarias adaptaciones, las normas relativas a la tutela de incapacitados, especialmente en materia de promoción, constitución, contenido personal y extinción.

intimidad familiar y propia imagen (artículo 18 nº 1), la inviolabilidad del domicilio (artículo 18 nº 2), el secreto de las comunicaciones (artículo 18 nº 3), la libre elección de residencia (artículo 19), el derecho a recibir información y libertad de expresión (artículo 20), reunión (artículo 21), asociación (artículo 22), sufragio (artículo 23). Hay también otros que la doctrina enuncia como el derecho al nombre o el derecho de autor en sus manifestaciones extrapatrimoniales. Es de reseñar que estos derechos no son absolutos en su contenido sino que *están condicionados por las exigencias del orden moral y las del orden jurídico que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común* (CASTAN TOBEÑAS)²³.

VENTOSO ESCRIBANO²⁴ señala que la redacción del artículo 162 nº 1 no es clara y que la del Proyecto precedente era distinta, excluyendo de la representación paterna los actos y acciones de ejercicio de los derechos de la personalidad que el hijo pueda realizar por sí de acuerdo con sus condiciones de madurez, lo que implicaba que el hijo podía ejercitarlos si los poseía y, en caso contrario, entraba en juego la representación paterna. La redacción que finalmente se aprobó, no ganó, a juicio de este autor, claridad y presenta dificultades a la hora de realizar una interpretación lógica. El autor estima que excluir la representación de los padres fuera de los supuestos en que el menor tenga las suficientes condiciones de madurez, podría dar lugar a que los intereses del hijo quedaran lesionados. Otro problema es el de si se exige previsión legal concreta. En opinión del autor el código ha excluido de la representación paterna aquellos actos que las leyes permiten hacer al hijo (por ejemplo el artículo 663 que permite testar a los mayores de 14 años), pero en materia de derechos de la personalidad, al no haber remisión a otra normativa, ha tenido que imponer una exigencia: madurez. El autor parece admitir la tesis de JORDANO FRAGA que distingue: en primer lugar, los derechos de la personalidad, en los que actuará el hijo si tiene suficiente capacidad natural y, en caso contrario, será el padre quien deba intervenir; en segundo término, los actos que el menor, de acuerdo con las leyes, pueda realizar por sí mismo y, en tercer término, los actos que pueda verificar de acuerdo con sus condiciones de madurez. Aún aceptando esta interpretación, VENTOSO señala que la referencia a las condiciones de madurez es sumamente inconcreta y que constituye un criterio que genera inseguridad y normalmente será objeto de apreciación *a posteriori* por los tribunales.

Sobre esta materia se ha generado una indudable polémica. Se han confundido “derechos de la personalidad” y “actos personalísimos” (aquellos que no pueden ser realizados a través de representante). Hay que partir de la idea de que la menor edad impide, en algunos casos, el ejercicio de determinados derechos (por ejemplo, para ejercer el derecho de sufragio, conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio del Régimen Electoral General, es exigible la mayoría de edad) y de que, efectivamente en los casos de derechos de personalidad existen matizaciones a su ejercicio reconocidas en las leyes, por lo que habrá que atender al contenido concreto de cada derecho.

²³ *Derecho Civil Español común y foral*. Tomo I, volumen II, página 359 (Madrid, 1982)

²⁴ VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso. *La representación y disposición de los bienes de los hijos*. Madrid, 1989, páginas 138 y ss.

En lo que concierne a los denominados actos personalísimos, la interpretación actual es restrictiva en cuanto al reconocimiento de su carácter²⁵. Nuestro ordenamiento distingue entre titularidad y ejercicio. Si se niega la posibilidad de representación o intervención de los representantes legales se corre el riesgo de impedir el ejercicio de ese derecho al menor lo que daría lugar a situaciones de desprotección contrarias a su interés^{26 27}. DÍEZ PICAZO, por ejemplo, estima que en el ámbito o esfera de los derechos de la personalidad, parece que en ningún caso pueden el padre o la madre que ejercen la patria potestad operar sin consentimiento del hijo y que en esta esfera su función es la de puro complemento de capacidad²⁸. La idea parece matizarla en trabajos posteriores²⁹ puesto que al comentar la excepción prevista en el artículo 162 n° 1 el autor concluye que en los derechos de la personalidad no cabe la representación legal, si el padre adoptase una decisión respecto a ellos (p. ej. autoriza una operación quirúrgica) porque el hijo no puede actuar o decidir, lo haría en cumplimiento de su deber de velar por él, no como representante legal. El autor matiza también que la actuación se refiere al menor sin conexión con una determinada edad, que habrá que estarse a la norma concreta que la regule en cada caso y que, en defecto de norma que fije su ejercicio, debe entenderse que el menor está legitimado para actuarlos, si bien ha de poseer suficiente juicio o la suficiente madurez, y ello debido a su especial naturaleza (que debe favorecer las menores restricciones posibles para su actuación)³⁰.

Sea de una forma o de otra, desde una perspectiva doctrinal o de otra, se tiende a evitar situaciones de desprotección. Como ejemplo de “actos personalísimos” en nuestro ordenamiento, en materia de menores, podemos citar los que siguen:

- *Reconocimiento de filiación.* El artículo 121 del Código Civil señala que “el reconocimiento otorgado por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesita para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal³¹”. Se somete esta

²⁵ No cabe una interpretación genérica de lo que deba entenderse por “acto personalísimo”, salvo que la misma sea consignada expresamente o se deduzca con claridad de la ley. Por ejemplo, en materia de capacidad de obrar modificada, el principio 19 de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 23 de febrero de 1999 sobre los principios concernientes a la protección legal de los adultos incapaces, establece, en este sentido que “corresponde a la legislación nacional determinar qué actos jurídicos son de naturaleza estrictamente personal y, por ello, impiden su realización por medio de representante”.

²⁶ Ampliamente, ALÁEZ CORRAL, Benito. *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 2003, páginas 107 y ss.

²⁷ El caso más importante sobre esta materia se desarrolló en la TC 2ª, S 18-12-2000, núm. 311/2000, Fecha BOE 16-01-2001. Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente (EDE 2000/40310) en la que se abordaba la posibilidad del representante legal (se trataba de un caso de incapacidad, no de menores) de ejercitar la acción de separación contra el otro cónyuge, posibilidad que había negado el Tribunal Supremo (TS 1ª, S 27-02-1999, núm. 149/1999, rec. 1469/1998. Pte: González Poveda, Pedro, EDE 1999/2219).

²⁸ DIEZ-PICAZO, Luis, *La representación en el Derecho Privado*. Madrid, 1979 (reimpresión de 1992), página 286.

²⁹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia y Derecho de sucesiones* (6ª edición). Editorial Tecnos. Madrid, 1992. Página 292.

³⁰ La doctrina suele estar de acuerdo con este planteamiento del profesor DIEZ-PICAZO (considerar que se trata de actos personalísimos en los que no cabe la representación pero que la actuación se realiza dentro de la facultad de “velar” que señala el C.C.), tanto para el padre como para el tutor, en materia de menores. Así LETE DEL RÍO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo IV, Madrid, 1985, página 368) y PRATS ALBENTOSA (*Derecho de familia*, coordinado por V.L. Montes Valencia, 1991, página 469).

³¹ GONZÁLEZ POVEDA señala que el Juez deberá comprobar en el procedimiento de jurisdicción voluntaria que quien efectuó el acto lo hizo con el suficiente discernimiento, libre y espontáneamente, así como comprobar la veracidad del acto con independencia absoluta de todo criterio de conveniencia o

facultad no sólo a control judicial sino que, además, el artículo 124 del mismo texto legal supedita su eficacia al consentimiento expreso del representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido (salvo que el reconocimiento se haya efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento).

- *Testimonio en juicio.* En el procedimiento civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 expresa que “los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente” (artículo 361). Este mismo artículo también incluye una referencia a determinadas situaciones de discapacidad (“salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos”). En el procedimiento penal, el artículo 410 habla de “todos”, lo que incluye a los menores. Los nuevos artículos 433, 448, 707 y 731 bis expresan una serie de salvaguardas.
- *Testamentifacción.* El artículo 663 del Código Civil dispone que “están incapacitados para testar los menores de catorce años de uno y otro sexo”. Los menores, sin embargo, no pueden otorgar testamento ológrafo (artículo 688)³².
- *Contraer matrimonio.* El artículo 46 nº 1 del Código Civil expresa que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados, estableciendo como excepción el artículo 48 los supuestos de dispensa por el Juez de Primera Instancia (con justa causa) en el caso de mayores de 14 años. En estos expedientes deben ser oídos el menor y sus padres o guardadores. El artículo 74 de la Ley del Registro Civil establece la competencia para otorgar la dispensa del Ministro de Justicia (a propuesta de la Dirección General) y la del encargado del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los promotores para la instrucción del expediente (artículo 365 RRC)

2.2.1. Menores con capacidad de obrar modificada

Cuando hablamos de personas con discapacidad, hablamos de un colectivo muy amplio, susceptible de encontrarse en diferentes situaciones. Naturalmente, el hecho de la discapacidad no supone la pérdida de la capacidad de obrar. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 contiene un importante precepto, el artículo 12, que establece salvaguardas para los casos en que sea necesario establecer medidas de protección para el ejercicio de la capacidad jurídica. Se observa en este precepto una evolución importante desde el modelo de *sustitución* al modelo de soporte o apoyo (*support model*). La ayuda debe ser proporcionada a la extensión de las necesidades de las personas, puede llegar a la representación pero sólo cuando sea acorde al principio de necesidad. La persona que tiene asignada estas funciones de protección no puede actuar de forma libre sino que tiene una serie de limitaciones que cuestionan el anterior principio de heteronomía. Debe facilitar la participación del afectado en el acto en cuestión en la medida de sus posibilidades, debe tener en cuenta sus deseos y opiniones, tanto actuales como precedentes, estar libres de conflicto de intereses y ser adoptadas en interés del discapacitado y no de la persona que ejerce las facultades de protección. Esto es aplicable tanto al ámbito del patrimonio como de la persona.

utilidad. No cabe en este momento una investigación a fondo de la paternidad o maternidad (GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido. *La jurisdicción voluntaria*, página 444, Ed. Aranzadi, 1989)

³² La figura de la sustitución pupilar para los casos de menores de catorce años (artículo 775) entendemos que no puede ser considerada como una derogación del carácter personalísimo del acto sino como una facultad propia del testador que ejerce esta facultad (artículo 774)

En nuestro ordenamiento, la capacidad es materia de orden público y constituye un deber del Ministerio Fiscal (que siempre es parte en este tipo de procesos) promover la incapacitación si las legitimadas para hacerlo no existen o no la hubieran solicitado. Sin embargo, y esto es lo verdaderamente importante para nuestra exposición, “la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela”.

Vemos, pues, que en el caso de los menores, no es obligatoria la promoción de la declaración judicial de incapacidad. Por otro lado, está restringida la legitimación activa a las progenitores o a quienes ejercen la tutela.

En principio, el menor de edad, como hemos visto, tiene restringida su capacidad de obrar y establecido un sistema de protección, inicialmente familiar o cuasifamiliar. La consecuencia probablemente de mayor importancia es que la declaración de incapacidad permite prorrogar el régimen de patria potestad al llegar aquellos a la mayor edad (artículo 171 del Código Civil) o mantener el sistema de tutela, en su caso.

Algunos autores³³ estiman que esta limitación no debe causar extrañeza ni considerarse como un error. Se estima que el menor ya está protegido bajo el régimen de patria potestad y que lo único que se pretende es el mantenimiento de dicha situación para evitar fisuras al alcanzar la mayoría de edad, no siendo precisa la demanda del Ministerio Fiscal ya que, si existieran situaciones de desprotección, bastaría con el sistema de protección arbitrado para tales casos en los supuestos de patria potestad o tutela.

Siendo cierto lo anterior, en mi práctica personal sí que he podido constatar situaciones de desprotección. El caso paradigmático es el del menor en desamparo que, por inactividad de la Administración, no es declarado judicialmente incapaz. Esa falta de actuación puede suponer dificultades a la hora de encontrar soluciones adecuadas al alcanzar la persona la mayoría de edad. No debería existir solución de continuidad, máxime cuando nos encontramos con preceptos como el artículo 239, párrafo tercero, del Código Civil que hace referencia a los sujetos incapaces en situación de desamparo³⁴.

³³ Por ejemplo, MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*. 2ª Edición. Ed. Colex. Madrid, 2000, página 143.

³⁴ Aunque por algunas Fiscalías se ha defendido la posibilidad de demandar en los casos de desamparo (cuestión, por otro lado, loable y que debería ser digna de atención legislativa), lo cierto es que, en estos casos, es la entidad pública la que debe formalizar la demanda dado que ostenta la tutela automática (artículos 172 y 239 C.C.). Ello no impide que podamos requerir a la entidad pública, sobre todo en los casos en que el menor está llegando a la mayoría de edad a fin de que la inste (con fundamento en el artículo 229 CC que expresa que “estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare... la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados” y el artículo 239, párrafo tercero del C.C., a cuyo tenor “la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo”, el artículo expresa que se considera en situación de desamparo “la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”). Todo lo anterior, con objeto de evitar que existan periodos en los que el afectado pueda quedar sin representación legal.

Por otro lado, es de reseñar que los menores también tienen ámbitos de capacidad que evolucionan con la edad y pueden verse afectados por el contenido de la resolución. Ejemplo de ello es el artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que expresa:

Artículo 30. Capacidad de obrar. Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquéllos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela³⁵. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacidad afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.

En lo que afecta, por ejemplo, a su capacidad de litigar, recordamos, por ejemplo, que los menores emancipados o que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad pueden comparecer en juicio por sí mismos (artículo 323 del Código Civil). El artículo 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece que “tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela”. Asimismo, el artículo 16 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social establece una serie de particularidades en sus cuatro primeros apartados³⁶.

También puede afectar a otras facultades previstas en el Código. Como sabemos, el artículo 663 del Código Civil permite testar a los mayores de 14 años. Si la sentencia contiene disposición respecto a dicha capacidad, habrá que estar a lo que la misma

³⁵ Téngase en cuenta, por ejemplo, el artículo 10.2 de la LO 1/1996 que expresa: “Para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: a) Solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente. b) Poner en conocimiento del Ministerio fiscal las situaciones que considere que atentan conra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas. c) Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo. A tal fin, uno de los Adjuntos de dicha institución se hará cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores. d) Solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones Públicas.

³⁶ Artículo 16. Capacidad procesal y representación. 1. Podrán comparecer en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. 2. Tendrán capacidad procesal los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social, cuando legalmente no precisen para la celebración de dichos contratos autorización de sus padres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo, o hubieran obtenido autorización para contratar de sus padres, tutores o persona o institución que los tenga a su cargo conforme a la legislación laboral o la legislación civil o mercantil respectivamente. Igualmente tendrán capacidad procesal los trabajadores autónomos económicamente dependientes mayores de dieciséis años. 3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho tendrán igualmente capacidad procesal respecto de los derechos de naturaleza sindical y de representación, así como para la impugnación de los actos administrativos que les afecten. 4. Por quienes no se hallaren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a Derecho.

disponga. En caso contrario, se aplicaría lo dispuesto en el artículo 665 del Código Civil³⁷.

En otros casos, la incapacidad es una exigencia necesaria para determinadas actuaciones respecto de los menores (pensemos, por ejemplo, en la esterilización de una persona con grave deficiencia psíquica en los supuestos previstos en el artículo 156 del Código Penal).

Finalmente, reseñar que, en lo que concierne al ámbito penal, la situación de hecho del menor con incapacidad es indiferente a efectos de protección puesto que su artículo 25 expresa: “A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”.

2.3. LOS NIÑOS Y NIÑAS COMO POSIBLES VÍCTIMAS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD: MARCO NORMATIVO

2.3.1. Normas generales contra la discriminación

El artículo 23.1 de la Convención sobre los derechos del niño establece que “los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”. Nuestra Constitución reconoce la protección del colectivo de personas con discapacidad en su artículo 49³⁸.

En 2001, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas reconoció que, a pesar de los esfuerzos realizados para aumentar la cooperación y la integración, no habían sido suficientes para promover una participación y oportunidades plenas y efectivas de las personas con discapacidad en la vida económica, social, cultural y política. En consecuencia, la Asamblea decidió establecer un Comité Especial encargado de preparar una convención internacional. La primera reunión tuvo lugar en agosto de 2002 y el borrador del texto comenzó en mayo de 2004, lográndose un acuerdo sobre el texto en agosto de 2006. La Convención constituye el primer nuevo tratado sobre derechos humanos del siglo XXI y fue realizada con la participación activa de las Organizaciones de personas con discapacidad³⁹. Fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 (A/RES/61/106)

³⁷ Artículo 665 C.C.- Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad

³⁸ De interés también la Observación General nº 9 del Comité de los Derechos del Niño de 27 de febrero de 2007 “Los derechos de los niños con discapacidad” (CRC/C/GC/9).

³⁹ Véase, en este sentido, INTERNATIONAL DISABILITY CAUCUS. *Mensaje del Caucus Internacional de la Discapacidad en la 61ª Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006*. (Disponible en internet: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/convidocs/idcgasts.doc>). El Caucus Internacional de la Discapacidad representa a más de 70 organizaciones internacionales, regionales y nacionales de personas con discapacidad y organizaciones no gubernamentales aliadas.

junto con un Protocolo Facultativo⁴⁰. España ha firmado la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, habiéndose incorporado el texto a nuestro ordenamiento⁴¹.

La Convención no crea nuevos derechos sino que expresa los existentes de una manera que comprenda las necesidades y situaciones de las personas con discapacidad. El Preámbulo de la Convención expresa que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Igualmente, reconoce la diversidad de las personas con discapacidad y la necesidad de proteger los derechos humanos de estas, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso.

El artículo 5 de la Convención establece un principio de la denominada “discriminación positiva” al señalar que no se considerarán discriminatorias las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y que los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de *ajustes razonables*, entendiendo por tales “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 2)”.

Los menores con discapacidad participan de estos principios y, a tal efecto, el artículo 7 establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

Desde el plano general de la discapacidad, tanto la Unión Europea⁴² como el propio Reino de España han realizado un esfuerzo legislativo importante, particularmente es de destacar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia⁴³. Desde el comienzo del proceso de transferencias, las distintas Comunidades Autónomas han venido ocupándose, en los planos normativo y presupuestario, de la atención a las personas con discapacidad. Muestra de ello son, por ejemplo, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las

⁴⁰ El objeto del Protocolo Facultativo es el reconocimiento de la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención o en nombre de esas personas o grupos de personas. Los Estados y las organizaciones regionales de integración son libres de ratificar o adherirse al citado Protocolo con independencia de que hayan ratificado la Convención.

⁴¹ BOE núm. 96 de 21 abril 2008, páginas 20648 a 20659

⁴² Sobre este particular: COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras*. Bruselas, 15.11.2010. COM(2010) 636 final.

⁴³ BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, páginas 44142 a 44156

personas con discapacidad de Andalucía⁴⁴ o Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat Valenciana, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad⁴⁵.

Vamos a centrarnos en la ley 51/2003, de 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*⁴⁶. Su Exposición de Motivos expresó que, transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, sin poner en cuestión su vigencia, se consideraba necesario promulgar otra norma legal, que la complementara y sirviera de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad.

Dos razones justificaban esta nueva ley: la persistencia en la sociedad de desigualdades, pese a las inequívocas proclamaciones constitucionales y al esfuerzo hecho a partir de aquella ley, y, lo que es más importante todavía, los cambios operados en la manera de entender el fenómeno de la “discapacidad” y, consecuentemente, la aparición de nuevos enfoques y estrategias: hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos⁴⁷.

La ley se estructura en tres capítulos, cuatro disposiciones adicionales y trece disposiciones finales.

En el *capítulo I* se recogen las disposiciones generales que se refieren a su objeto, quiénes son los titulares de los derechos y los principios que la inspiran. Así, el artículo 1 de la ley expresa que esta tiene por objeto “establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los arts. 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución” y especifica que se entiende por igualdad de oportunidades “la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”. La norma también entiende por igualdad de oportunidades “la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”⁴⁸.

⁴⁴ BOE 107/1999, de 5 de mayo. Ref. Boletín 99/10046 (EDL 1999/61270)

⁴⁵ BOE 122/2003, de 22 mayo 2003 Ref Boletín: 03/10295 (EDL 2003/6353). Véase, asimismo, el Decreto 114/2010, de 30 de julio, del Consell, por el que se procede a la adecuación terminológica en el ámbito de las personas con discapacidad.(DOCV núm. 6325 de 4 de agosto de 2010 págs. 31171 y ss. [2010/8930])

⁴⁶ BOE 289/2003, de 3 diciembre 2003 Ref Boletín: 03/22066 (EDL 2003/136325)

⁴⁷ Sobre este particular, PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Colección cermi.es (nº 36). Madrid, 2008 y PALACIOS, Agustina/ROMAÑACH, Javier. *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Ediciones Diversitas-AIES. Madrid, 2006.

⁴⁸ Redacción conforme Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE 184/2011, de 2 de agosto de 2011 Ref Boletín: 11/13241).

La ley considera “personas con discapacidad” a *aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento equiparando a las mismas a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*⁴⁹.

La ley se inspira en los principios de vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad. La ley se dirige a ámbitos concretos, especificados en su artículo 3⁵⁰.

El *capítulo II* incluye el establecimiento de medidas para garantizar que el derecho a la igualdad de oportunidades sea efectivo, que son de dos tipos: medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva.

Las “medidas contra la discriminación” son aquellas que tienen como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable. Se entiende que existe discriminación indirecta *cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios*. Las medidas contra la discriminación pueden consistir en prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables⁵¹.

⁴⁹ El Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, *por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* (BOE núm 300 de 16 de diciembre de 2006, págs. 44285 a 44286) precisa el alcance de esta equiparación fijando unos criterios homogéneos para todo el Estado en cuanto actuaciones y acreditación

⁵⁰ Artículo 3. Ámbito de aplicación. De acuerdo con el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, esta Ley se aplicará en los siguientes ámbitos: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información. b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación. c) Transportes. d) Bienes y servicios a disposición del público. e) Relaciones con las Administraciones públicas. f) Administración de justicia. g) Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico. / La garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo establecido en esta Ley, que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁵¹ El artículo 7 de la ley define estos conceptos: a) *Conducta de acoso*: toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. b) *Exigencias de accesibilidad*: los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad universal de diseño para todos. c) *Ajuste razonable*: las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga

Las “medidas de acción positiva” son aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad. El apartado 2 del artículo 8, tras la reforma operada por la Ley 26/2011, recoge una mención concreta para los niños y niñas al expresar que los poderes públicos adoptarán las medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades como son las mujeres con discapacidad, los niños y niñas con discapacidad, las personas con discapacidad con más necesidades de apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones y las que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural. Por último, el apartado 3 reseña que, en el marco de la política oficial de protección a la familia, los poderes públicos adoptarán medidas especiales de acción positiva respecto de las familias alguno de cuyos miembros sea una persona con discapacidad.

Las medidas de acción positiva pueden consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Los apoyos complementarios podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación. Dichas medidas tienen naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las medidas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias.

La ley determina, en su artículo 10, que el Gobierno, sin perjuicio de las competencias correspondientes a las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, debe regular unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad y que ésta será gradual en el tiempo y en el alcance y el contenido de las obligaciones impuestas⁵². Se establecerán teniendo en cuenta los diferentes tipos y grados de discapacidad que deberán orientar tanto el diseño inicial como los ajustes razonables de los entornos, productos y servicios de cada ámbito de aplicación de la ley.

También novedad de la Ley 26/2011 es la consagración del principio de igualdad de trato en el acceso a bienes o servicios, en el sector público o privado, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada o familiar (artículo 10 bis)

El capítulo III instituye una serie de medidas para llevar a cabo una política de equiparación, más allá de las que se reconocen en el capítulo II. Estas medidas son básicamente de dos tipos: de fomento y de defensa.

para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. A este fin, las Administraciones públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables. Las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado podrán ser resueltas a través del sistema de arbitraje previsto en el art. 17, de esta ley, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda.

⁵² La Disposición Final Sexta de la ley se refiere a las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.

El fomento contempla medidas de sensibilización, de fomento del desarrollo tecnológico y fondos para el desarrollo conjunto con otras Administraciones de proyectos innovadores, que se articularán y desarrollarán mediante planes estatales de accesibilidad y de no discriminación. Dentro de las medidas de fomento, la ley 26/2011 ha reconocido el derecho de participación de los niños y niñas con discapacidad y de sus familias en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen, siendo obligación de las Administraciones Públicas promover las condiciones para su efectividad y su presencia permanente en los órganos de carácter participativo y consultivo que tengan incidencia en las esferas de su interés⁵³.

Entre las medidas de defensa, por su sencillez, rapidez y comodidad para las partes, se potencia el recurso al arbitraje para dirimir la resolución de conflictos que puedan surgir. Las personas que hayan sufrido discriminación basada en la discapacidad han de disponer de una protección judicial adecuada que contemple la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la vulneración del derecho y restablecer al perjudicado en el ejercicio de aquél. Con esta misma finalidad de asegurar un nivel de protección más efectivo, se legitima a las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos para que puedan intervenir en procesos en nombre del demandante y con su consentimiento. Destacamos, por último, que, para garantizar el establecimiento de las medidas, disposiciones finales contienen mandatos explícitos de desarrollo y aplicación en fases y tiempos.

2.3.2. El recurso al arbitraje

El artículo 17 de la Ley 51/2003 dispone que el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda.

El precepto añade que el sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario, que deberá constar expresamente por escrito y que los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.

Dicho sistema ha sido establecido mediante el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad⁵⁴. El artículo 2 del RD establece aquellas materias que constituyen su objeto y que se centran en las quejas y reclamaciones que surjan en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad sobre las siguientes controversias: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información. b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación. c) Transportes. d) Bienes muebles e inmuebles,

⁵³ Artículo 15.1

⁵⁴ BOE 297/2006, de 13 de diciembre de 2006 Ref Boletín: 06/21819

productos, servicios, actividades o funciones, comercializados directamente a los consumidores como destinatarios finales, que las personas físicas o jurídicas, individuales o colectivas, profesionales o titulares de establecimientos públicos o privados, fijos o ambulantes, produzcan, faciliten, suministren o expidan, en régimen de derecho privado. e) Relaciones con las Administraciones públicas en el ámbito del Derecho privado.

Al mismo tiempo, el precitado artículo excluye las siguientes materias:

- Las controversias sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva en los casos en que haya identidad de sujeto, hecho y fundamento.
- Aquellas en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de las personas con discapacidad que carecen de capacidad de obrar o de representación legal y no puedan actuar por sí mismas.
- Aquellas en las que concurren indicios racionales de delito.
- Las cuestiones que estén determinadas en contratos administrativos, así como otras materias que no sean de libre disposición conforme a derecho.
- Los arbitrajes laborales

Las juntas arbitrales de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal se constituyen en órganos colegiados de gestión y administración del sistema arbitral. La norma diferencia entre la *Junta Central* de ámbito estatal (adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) que conocerá de las solicitudes de arbitraje referentes a quejas y reclamaciones que afecten a un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma o a materias de competencia estatal de ejecución y las Juntas de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, que se constituirán mediante convenios de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las respectivas comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla y conocerán las quejas y reclamaciones presentadas por las personas con discapacidad o sus representantes legales y por las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, domiciliadas en su ámbito territorial y las que, no dándose esta circunstancia, la celebración, ejecución o cumplimiento del contrato o la actuación que haya dado lugar a la queja o reclamación, se haya realizado en su ámbito territorial, siempre que no se oponga expresamente una de las partes.

Las juntas arbitrales de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal otorgarán un distintivo oficial de adhesión a quienes realicen ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. La norma crea, asimismo, un Registro Central de ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral.

La forma y contenido de los laudos se ajusta a lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (que tiene carácter supletorio en todo lo no previsto en la norma, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final primera), teniendo en cuenta que no podrán ser objeto de recurso de alzada o potestativo de reposición y se

someterán también a las previsiones de dicha Ley en cuanto a su anulación⁵⁵ y ejecución⁵⁶ y demás intervenciones judiciales de apoyo y control del arbitraje.

2.3.3. El marco administrativo sancionador

La Ley 51/2003 se complementa con la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad⁵⁷. Este régimen de infracciones y sanciones se aplica en todo el territorio del Estado, sin perjuicio de las infracciones y sanciones que las Comunidades Autónomas puedan establecer en ejercicio de sus competencias propias que, en todo caso, garantizarán la plena protección de las personas con discapacidad, ajustándose a lo dispuesto en la norma. Asimismo, es objeto de la misma establecer el régimen específico de infracciones y sanciones aplicable por la Administración General del Estado.

El Título Primero establece el régimen común de infracciones y sanciones. El artículo 3 clasifica las infracciones en leves, graves o muy graves. Las leves consistirán, sin perjuicio de lo que disponga la legislación autonómica, en aquellas conductas que incurran en irregularidades meramente formales de la Ley 51/2003.

En todo caso tendrán la consideración de graves:

- a) Los actos discriminatorios u omisiones que supongan directa o indirectamente un trato menos favorable a la persona con discapacidad en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable.
- b) El incumplimiento de las exigencias de accesibilidad, así como la negativa a adoptar las medidas de ajuste razonable, definidas en el art. 7 b) y c) de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como en sus normas de desarrollo.
- c) El incumplimiento de un requerimiento administrativo específico que formulen los órganos competentes para el ejercicio de las competencias necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- d) Cualquier forma de presión ejercida sobre la persona con discapacidad o sobre otras personas físicas o jurídicas, que hayan entablado o pretendan entablar cualquier clase de acción legal.

En todo caso, tendrán la consideración de infracciones muy graves:

⁵⁵ Véanse artículos 42 y 43 de la Ley 60/2003

⁵⁶ Véanse artículos 44 y 45 de la Ley 60/2003

⁵⁷ BOE 310/2007, de 27 de diciembre de 2007 Ref Boletín: 07/22293. La aplicación de lo dispuesto en los arts. 3.3.b), 16.2.a), 16.3.f), 16.3.g), 16.3.h), 16.4.f) y 16.4.g) de la Ley, en cuanto se derive del incumplimiento de las exigencias de accesibilidad o negativa a adoptar un ajuste razonable, queda sujeta a la entrada en vigor de los desarrollos normativos y a los plazos previstos en las disposiciones finales quinta a novena de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

- a) Toda conducta de acoso relacionada con la discapacidad en los términos del art. 7.a) de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y en sus normas de desarrollo.
- b) El incumplimiento reiterado de los requerimientos administrativos específicos que formulen los órganos competentes para el ejercicio de las competencias necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y en sus normas de desarrollo.
- c) Cualquier forma de presión ejercida sobre las autoridades en el ejercicio de las potestades administrativas que se ejerzan para la ejecución de las medidas previstas en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y en sus normas de desarrollo.

El artículo 4 señala que las infracciones serán sancionadas con multas que irán desde un mínimo de 301 euros hasta un máximo de 1.000.000 de euros. Para las infracciones leves, la sanción no excederá en ningún caso de los 30.000 euros. Para las infracciones graves, la sanción no excederá en ningún caso de los 90.000 euros. El artículo 6 especifica que, cuando las infracciones sean graves o muy graves, los órganos competentes propondrán, además de la sanción que proceda, la prohibición de concurrir en procedimientos de otorgamiento de ayudas oficiales, consistentes en subvenciones o cualesquiera otras ayudas en el sector de actividad, en cuyo ámbito se produce la infracción, por un período máximo de un año, en el caso de las graves, y de dos, en el caso de las muy graves. Cuando las infracciones sean muy graves, además los órganos competentes propondrán la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales, consistentes en subvenciones y cualesquiera otras que la persona sancionada tuviese reconocidos en el sector de actividad en cuyo ámbito se produce la infracción. La comisión de una infracción muy grave por las instituciones que presten servicios sociales podrá conllevar la inhabilitación para el ejercicio de las actividades de cuidado, tanto para personas físicas como jurídicas, por un plazo máximo de cinco años.

El abono por parte del responsable de las multas impuestas como consecuencia de una sanción establecida en esta Ley y la legislación autonómica correspondiente, no eximirá del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de sus normas de desarrollo y de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias en esta materia.

El artículo 9 expresa que las personas con discapacidad, sus familias y las organizaciones representativas y asociaciones en las que se integran, tendrán la consideración de interesados en estos procedimientos en los términos previstos en el art. 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Contra el acuerdo de archivo de las actuaciones o la resolución desestimatoria, expresa o tácita, de la denuncia o puesta en conocimiento de la Administración de posibles infracciones previstas en esta Ley o en las que establezcan las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias, las organizaciones y asociaciones anteriormente referidas estarán legitimadas para interponer los recursos o, en su caso, las acciones que consideren procedentes como representantes de intereses sociales.

El artículo 14 establece un deber general de colaboración al señalar que todas las personas físicas y jurídicas tienen el deber de facilitar la labor de los órganos y

autoridades para la aplicación de lo dispuesto en la esta Ley, aportando en un plazo razonable los datos, documentos, informes o aclaraciones que, siendo necesarias para el esclarecimiento de los hechos, les sean solicitadas, y facilitando, previo aviso, el acceso a sus dependencias, salvo que éstas coincidan con su domicilio, en cuyo caso deberá obtenerse su expreso consentimiento o el mandato judicial correspondiente.

El Título II establece las normas específicas de aplicación por la Administración General del Estado.

El artículo 24 regula las autoridades competentes para las actuaciones previas a la incoación del correspondiente expediente sancionador, a las que el órgano competente para iniciar el procedimiento deberá recabar informe acerca del contenido de la denuncia, orden o petición.

Destaca la *oficina especializada* cuya regulación actual está contemplada en los artículos 11 y ss. del Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad⁵⁸. La Oficina Permanente Especializada es el órgano del Consejo, de carácter permanente y especializado, encargado de promover la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. El artículo 14 del Real Decreto establece que la Oficina Permanente Especializada prestará asesoramiento a toda persona que manifieste haber sido objeto de discriminación o considere vulnerado su derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal por razón de discapacidad en el ámbito contemplado en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre. El asesoramiento se facilitará también a las personas jurídicas habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos a que hace referencia el art. 19 de la citada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias sobre la forma de hacer valer los derechos individuales y colectivos relativos a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y a las personas físicas o jurídicas responsables del cumplimiento de las obligaciones recogidas en la mencionada Ley 51/2003, de 2 de diciembre. Con carácter previo a la instrucción del expediente de infracciones y sanciones regulado en la Ley 49/2007, de 26 de de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y, conforme a lo establecido en el art. 24 de la citada ley, emitirá el informe que le sea solicitado por los órganos competentes para la instrucción del expediente, sin perjuicio de las competencias que correspondan a las comunidades autónomas.

Las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad siguen rigiéndose, sin embargo, por la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

⁵⁸ BOE 311/2009, de 26 de diciembre de 2009 Ref Boletín: 09/20890. El Consejo es un órgano colegiado interministerial, de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Sanidad y Política Social, en el que se institucionaliza la colaboración del movimiento asociativo de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, para la definición y coordinación de una política coherente de atención integral.

2.3.4. Tutela judicial

El artículo 14 de la Constitución Española es el que recoge el principio de igualdad ante la ley y la exigencia de no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social y su artículo 53.2 expresa que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el precitado artículo 14 ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En lo que se refiere concretamente a la tutela judicial⁵⁹, el artículo 18.1 de la Ley 51/2003 expresa que “la tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho”.

El número 2 recoge unas normas sobre indemnizaciones expresando que “la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado a priori” y que “la indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión”.

Finalmente el número 3 del artículo concluye expresando que “se adoptarán las medidas que sean necesarias para proteger a las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades”.

El artículo 19 se refiere a la legitimación, señalando que “sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación”.

El artículo 2.1 del EOMF expresa que “el Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia” y, dentro de sus funciones, el artículo 3.7 expresa la de “intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”. Las normas procesales determinan el alcance de su intervención. Destacan los artículos 7 y 8 de la LEC 1/2000, cuyo carácter supletorio de las restantes establece su artículo 4, que señala que “sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles” y reseña que “las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos

⁵⁹ Sobre el acceso a la Justicia: CONGRESO DE EXPERTOS JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Informe de conclusiones. *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el acceso a la justicia en España*. Madrid, 1 de junio de 2010.

por la Ley”. Cuando la persona física se encuentre en esta situación y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el Tribunal le nombrará, mediante providencia, un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona. El Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél y, en todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal. Destacar que el Ministerio Fiscal es siempre parte en los procedimientos especiales de tutela de derechos fundamentales (artículos 249.1.2º de la LEC 1/2000 para el procedimiento ordinario de tramitación preferente previsto para la tutela civil de los derechos fundamentales, artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y 177.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) y también está legitimado para la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 46 LOTC).

El artículo 20, por último, establece unos criterios especiales sobre prueba que tienen aplicación en todos los procesos menos en los penales y en los contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras. En aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Cuando en el proceso jurisdiccional se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de discapacidad, el Juez o Tribunal, a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes⁶⁰.

La citada ley 26/2011 también ha introducido un nuevo artículo 21 que establece: “Sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de aplicación del art. 10 bis (igualdad de trato en acceso a bienes y servicios disponibles para el público, ofrecidos en el sector público o en el privado, fuera del ámbito de la vida privada y familiar) sufra una conducta discriminatoria por razón de discapacidad, tendrá derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos”.

Es importante reseñar que diferentes preceptos del Código Penal recogen marcos de protección contra la discriminación. Así, el artículo 22.4 recoge como circunstancia agravante el cometer el delito por motivos de discriminación referente, entre otras, a su discapacidad. El artículo 314 tipifica la conducta de quien produzca grave discriminación en el empleo, público o privado, por razón de discapacidad y, tras requerimiento o sanción administrativa, no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley, reparando los daños económicos que se hayan derivado. Especialmente, dentro del ámbito de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, diferentes preceptos tipifican conductas referentes a la discriminación por motivos de discapacidad. Así,

- La provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por este motivo o la difusión de informaciones injuriosas sobre los mismos (artículo 510).

⁶⁰ Redacción conforme a la Ley 26/2011

- La denegación por parte de un particular encargado de un servicio público de una prestación a la que tenga derecho por tal motivo o contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros. Si se trata de funcionarios públicos la pena se agrava y, además, se impondrá la pena de inhabilitación especial (artículo 511).
- La denegación por parte de una persona que actúe en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales de una prestación a la que tenga derecho por tal motivo (artículo 512).
- Considerando asociaciones ilícitas las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su discapacidad o inciten a ello (artículo 515).

3. EL SISTEMA PÚBLICO DE PROTECCIÓN DE MENORES

3.1. INTRODUCCIÓN

La mejor forma de cuidar y atender a los niños y niñas con discapacidad es dentro de su propio entorno familiar, siempre y cuando la familia tenga medios suficientes en todos los sentidos⁶¹. Teniendo en cuenta lo anterior, la Convención también expresa que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar y, con ese fin, tomarán todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole adecuadas⁶². En este sentido, las Administraciones Públicas deben articular políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia, constituyendo el derecho de los menores acceder a tales servicios por sí mismos o a través de sus padres o tutores o instituciones en posición equivalente; quienes a su vez, tienen el deber de utilizarlos en beneficio de los menores. El impulso de políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales, la consideración de las necesidades del menor en el ejercicio de sus competencias, la asistencia adecuada en el ejercicio de sus derechos, la garantía de su respeto, el velar porque los sistemas familiares o cuasifamiliares desarrollen adecuadamente sus responsabilidades facilitando los servicios necesarios y la actuación en situaciones de desprotección social constituyen elementos estructurales del sistema público de protección de menores⁶³.

Tanto el elenco de medidas como las autoridades encargadas de llevarlas a efecto es múltiple. Característica común es la guía rectora del principio del interés superior del niño⁶⁴.

⁶¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n° 9 (2006)*, cit, apartado 41.

⁶² Artículo 3.2 y 4 de la Convención

⁶³ Artículos 10, 11 y 12 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

⁶⁴ Así, el artículo 3.1 de la Convención señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Expresamente se refiere a él, como principio rector de la actuación de los poderes públicos, el artículo 11.2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

Aunque es evidente la importancia de la actividad de la Administración referente a aspectos como la prevención de riesgos⁶⁵, sensibilización de la población, la actividad prestacional y de creación de recursos, etc, vamos a centrarnos en la intervención de los poderes públicos cuando el ámbito familiar o cuasifamiliar no desempeña correctamente su labor de protección. Esta tiene un amplio contenido:

- a) En primer lugar, es de destacar la intervención judicial en el caso de simples contingencias en el seno familiar sin separación del núcleo. Por ejemplo, la facultad de intervención en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad del artículo 156 CC⁶⁶, el nombramiento de defensor judicial para los casos de conflicto de intereses (véanse los artículos 163 y 299 a 302 CC)⁶⁷ o la adopción de cautelas en el caso de la administración irregular del patrimonio del menor (artículo 167 CC)⁶⁸, medidas de control que son mucho más amplias en el ámbito de la tutela (véanse los artículos 232 y 233)⁶⁹.
- b) En segundo lugar, son de reseñar también las amplias facultades que se atribuyen al Juez para la adopción de medidas en relación con los menores en los casos de nulidad, separación o divorcio⁷⁰ puesto que, tales situaciones “no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.
- c) En tercer lugar, los casos en que se aprecian situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar la separación del núcleo familiar, intervención que se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar

⁶⁵ Piénsese, por ejemplo, en la primera oleada de normas que constituyeron las disposiciones sancionadoras en materia de espectáculos públicos y trabajo infantil: la Ley de 26 de julio de 1878 de prohibición de ejercicios peligrosos ejecutados por menores y la ley de 13 de marzo de 1900 sobre el trabajo de mujeres y niños que prohibió el trabajo de los menores de 10 años.

⁶⁶ El párrafo segundo señala: “En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”.

⁶⁷ Señala el párrafo primero del artículo 163: “Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar”. El artículo 300, a tal efecto, establece: “El Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo.

⁶⁸ Cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador

⁶⁹ Artículo 232. La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. / En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela. Artículo 233. El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado. Asimismo podrá en cualquier momento exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración.

⁷⁰ Véanse, en este sentido, los artículos 91 y ss. del Código Civil.

tales factores de riesgo. Tales medidas, como veremos posteriormente, se desenvuelven generalmente en el ámbito de los Servicios Sociales municipales; no obstante, es posible también la intervención judicial en determinados casos, al amparo del artículo 158 del Código Civil.

d) En cuarto lugar, aquellas situaciones de hecho que dan lugar a que los menores queden privados de la necesaria asistencia moral o material a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores. Esta situación, denominada “desamparo” da lugar a la asunción de la tutela por la entidad pública encargada de la protección de los menores y la *suspensión* de la patria potestad o tutela ordinarias. Hablaremos de ella posteriormente.

e) Finalmente, en quinto lugar, nos encontramos aquellas situaciones que, excediendo de las anteriores, obligan a la privación de la patria potestad o a la remoción del tutor. En este sentido, el artículo 170 del Código Civil establece que “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”. Asimismo, el artículo 247 del mismo texto legal establece que “serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados”. La privación de la patria potestad es la medida de protección que mayor injerencia supone en el respeto a la vida familiar previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En los siguientes epígrafes, nos centraremos en la exposición de la intervención administrativa en las situaciones de riesgo y desamparo y en los principios que rigen la intervención judicial y la del Ministerio Fiscal. Finalmente, concluiremos con un epígrafe amplio en el que trataremos los aspectos diferenciales de los niños y niñas con discapacidad en estos ámbitos.

3.2. SITUACIONES DE RIESGO

El artículo 16 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor establece la obligación de las entidades públicas competentes en materia de protección de menores de verificar las situaciones de riesgo o posible desamparo denunciadas y de adoptar las medidas necesarias para su resolución, estableciendo el artículo 14 el principio general de atención inmediata de todas las autoridades y servicios públicos, actuación dentro de su ámbito de competencia y, en su caso, traslado al órgano competente. El artículo 16 es legislación supletoria de la que dictan las Comunidades Autónomas con competencias en materia de asistencia social (disposición final vigésima primera de la Ley).

La L.O. 1/1996 no define lo que constituye la situación de riesgo pero de ella y de las diferentes normas autonómicas que sí lo hacen, podemos extraer sus caracteres básicos:

- *Origen múltiple*. No hay una norma de limitación de las circunstancias que pueden originarla (pueden ser “de cualquier índole”: personales, sociales, familiares, del entorno).
- *Perjuicio*. Tales circunstancias son susceptibles de perjudicar el desarrollo personal o social del menor o su bienestar
- *Carácter leve*. No tienen la intensidad suficiente para hacer precisa la declaración de desamparo aunque sí la adopción de medidas de protección por las administraciones competentes para eliminarla, reducirla o compensarla porque los padres, tutores o guardadores no asumen o no pueden asumir completamente sus responsabilidades en este sentido.

En catálogos no exhaustivos, las normas autonómicas han incluido las siguientes situaciones:

- La negligencia en la atención física, psíquica o educativa al menor por parte de sus padres, tutores o guardadores que por sus características y gravedad no precisen de la declaración de desamparo.
- La incapacidad de los referidos padres, tutores o guardadores para dispensar adecuadamente al menor las atenciones que precise en las que se cuenta con la colaboración de los padres y cuidadores para su superación y pueden abordarse con los recursos, generales o especializados, disponibles en la comunidad.
- Las carencias de todo orden que, no pudiendo ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, ni impulsadas desde éste para su tratamiento a través de los servicios y recursos normalizados, puedan propiciar la exclusión social, inadaptación o desamparo del menor.
- La utilización del castigo físico o emocional sobre el menor que, sin constituir episodio severo o patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo.
- El conflicto abierto y permanente de los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del niño o la niña.
- La desescolarización o el absentismo escolar habitual o sin justificación durante el período obligatorio.

Generalmente, corresponde a las entidades locales la competencia para apreciar e intervenir en situaciones de riesgo y para ejecutar las medidas de protección y apoyo familiar adoptadas con el objeto de disminuir o erradicar los factores que las provocan, así como realizar el seguimiento de la evolución del menor en la familia. La competencia de las entidades locales ante situaciones de riesgo se ejerce por los equipos municipales de servicios sociales o, en su caso, por los servicios especializados de atención a la familia y al menor de ámbito municipal y/o supramunicipal. Estos servicios pueden prestarse directamente por las entidades locales o, en su caso, concertarse con instituciones de integración familiar debidamente autorizadas.

Las situaciones de riesgo se atienden mediante lo que generalmente se denomina “medidas de apoyo familiar” que se conceptúan como medidas de protección dirigidas a cubrir las necesidades básicas del menor y mejorar su entorno familiar, con el objetivo de mantenerlo en dicho entorno en unas condiciones que permitan su desarrollo integral. Tales medidas suelen clasificarse en dos tipos⁷¹:

⁷¹ Así, expresamente, Comunidad Autónoma de Andalucía (artículo 22 de la Ley 1/1998); Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 24 de la Ley 12/2001); Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha

- Medidas de apoyo *de carácter técnico*: son las intervenciones de carácter socio-educativo o terapéutico desarrolladas por profesionales en favor del menor y de su familia, tendentes a la prevención de situaciones de desarraigo familiar. Esta medida es preceptiva en situaciones de riesgo y se lleva a cabo por el profesional responsable del caso, que desarrolla una actividad de asesoramiento y orientación que puede complementarse con un amplio conjunto de medidas de apoyo:
 - Programas de intervención familiar destinados a favorecer la integración y el adecuado ejercicio de las funciones parentales, así como una mejora en las relaciones socio-familiares que integran aspectos como la educación familiar o aprendizaje de resolución de conflictos.
 - La asistencia acompañada del menor a centros de carácter educativo.
 - La intervención de voluntarios en tareas de apoyo al menor y a su familia.
 - La ayuda a domicilio.
 - Atención en centros de día y de atención a los menores en edades en que la escolarización no es obligatoria
 - Programas formativos de garantía social dirigidos a adolescentes que, abandonando el sistema escolar, requieran una formación profesional que favorezca su incorporación laboral.
 - Programas de orientación, mediación y terapia familiar.
 - La guarda voluntaria de menores, cuya tramitación y ejercicio no es competencia de la entidad local⁷².

- Medidas de apoyo *de carácter económico*: las prestaciones o ayudas que se facilitan cuando la causa determinante del riesgo para el desarrollo del menor procede de situaciones de carencia o insuficiencia de recursos económicos. Las prestaciones económicas se conceden de acuerdo con lo dispuesto en la normativa específica reguladora de este tipo de ayudas.

(artículo 26 de la Ley 3/1999); Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 15.a de la Ley 3/1997); Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (artículo 19.1 de la Ley 3/1995); Comunidad Autónoma Valenciana (artículo 20 del Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor aprobado por Decreto 93/2001). En otras ocasiones el concepto de medidas de apoyo de carácter técnico se desdobra en las diferentes prestaciones que lo integran subrayando alguna de ellas como puede ser la ayuda a domicilio como, por ejemplo, en La Rioja y Principado de Asturias.

⁷² La solicitud de *guarda voluntaria* procede “cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor” por el “tiempo necesario” (artículo 172.2). La entrega debe hacerse constar por escrito. Este, a diferencia del anterior, constituye el último escalón del sistema de colaboración. Los padres conservan los derechos de representación legal, de administración de bienes y de visitas sobre el menor, debiendo ser informados de estos derechos y responsabilidades, debiendo hacerse constar esta circunstancia en la resolución o en la notificación. También, como señala el artículo 172.2 del Código Civil, debe informarse de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración, siendo obligación comunicar cualquier variación posterior de la forma de ejercicio, fundamentando la decisión, comunicándolo igualmente al Ministerio Fiscal. Puede exigirse a los padres o tutores que contribuyan, de acuerdo con su capacidad económica, al sostenimiento de las cargas que se deriven del cuidado y atención del menor. El cese de la guarda (bien por petición de los padres, por finalizar las circunstancias que lo motivaron, cumplimiento del plazo o por concurrir causa de desamparo) se acuerda en la correspondiente resolución.

Una vez se ha identificado el riesgo y se han adoptado las medidas de apoyo que se articulan en un plan de intervención o trabajo, los padres o tutores tienen la obligación de colaborar activamente en su ejecución. El agravamiento o persistencia de la situación de riesgo por la negativa o por la manifiesta falta de colaboración de los padres o tutores, puede dar lugar a la declaración de desamparo del menor.

Las medidas pueden tener un carácter puntual o establecerse con un carácter temporal más amplio debido a la situación de cronicidad que atraviesan los afectados. En este marco, es de tener en cuenta que muchas de estas familias suelen encontrarse en situación de exclusión social. En este sentido, la Recomendación Rec(2006)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁷³ expresa en su apéndice que el ejercicio del rol parental en situaciones de riesgo o de efectiva exclusión social puede ser particularmente difícil y debe prestarse especial atención a las necesidades de los menores y sus familias en tal situación, particularmente en lo concerniente a (apartado 8):

- Suministrar apoyo en el largo plazo, si es apropiado, para ayudarles a lograr los mismos resultados que otros menores y familias; esta ayuda puede incluir un acercamiento a sus hogares o lugares que frecuenten y la toma en consideración del posible miedo hacia los servicios sociales, particularmente de que les arrebaten sus hijos.
- Facilitarles suficientes medios de ayuda para permitirles la adquisición de las competencias necesarias para cumplir sus responsabilidades hacia los menores.
- Garantizar el acceso a los derechos sociales (incluyendo el derecho a ingresos adecuados, salud, educación, vivienda y empleo) y la misma calidad de servicios que disfrutaban otras familias
- Asegurando que las familias y menores que sufren exclusión social sean considerados en su contexto social (incluida la familia extensa, la comunidad y sus redes de relación) y disfrutar la misma calidad de servicios, incluidos los locales, que disfrutaban otras familias de acuerdo con sus necesidades.
- Construir una relación de confianza con las familias y permitir a los padres recobrar el control de sus vidas.
- Organizando la formación para profesionales y padres juntos en orden a alcanzar un mejor recíproco conocimiento y comprensión con el fin de alcanzar un proyecto común en el interés del menor y permitir a los profesionales conocer lo que estas familias están experimentando y conocer mejor su proyecto familiar, con miras a centrarse en su práctica.
- Asegurando ayuda personal y colectiva para los profesionales con el fin de alcanzar su nivel de competencia en el trabajo con personas en muy difícil situación y tomar los pasos necesarios para crear nuevas estrategias.

⁷³ Recommendation Rec(2006)19 of the Committee of Ministers to member states *on policy to support positive parenting* (Adopted by the Committee of Ministers on 13 December 2006 at the 983rd meeting of the Ministers' Deputies)

- Adoptando medidas ad hoc para evitar el riesgo de marginación de las familias emigrantes
- Evitando medidas y prácticas administrativas que estigmaticen a los menores y sus padres mediante un trato diferente porque sus familia son “menos buenas” que otras.
- Introduciendo medidas para prevenir el abandono escolar como un mecanismo eficaz para contrarrestar la angustia familiar.

Hay que estimar que este tipo de medidas es un paso previo al ejercicio de otras medidas más intervencionistas en materia de protección de menores. Recordemos que el artículo 15 de la LO 1/96 subraya el principio de colaboración, es decir, que “en toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y su familia e interferir lo menos posible en su vida escolar, social o laboral”.

Téngase en cuenta también que la voluntariedad que prevén estas normas es un tanto relativa en la medida en que la mayor parte de las normas que regulan este tipo de acuerdos están vinculadas a las que condicionan la obtención de determinados beneficios sociales⁷⁴

3.3. DESAMPARO

El artículo 172 del Código Civil define la *situación de desamparo* como “la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. Tanto la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor como las de las distintas Comunidades Autónomas mantienen esta definición. No obstante, la mayoría de las Comunidades Autónomas incorporan en sus normas catálogos no exhaustivos de situaciones que entran dentro del concepto. Dichos catálogos carecen de sistemática. Podemos agrupar este tipo de situaciones, de forma orientadora, fundándonos en los tres criterios que fija el artículo 172 del Código Civil:

- *Incumplimiento* (abandono voluntario del menor o abuso, dentro de este último podemos distinguir entre el físico, el psicológico o emocional, el sexual y el financiero -mendicidad infantil, explotación en trabajos ilegales, utilización en infracciones penales de carácter patrimonial, etc- y

⁷⁴ WERTHEIMER estima que mientras el principio de que la coerción socava la voluntariedad es incontrovertido, no es tan meridianamente claro lo que efectivamente constituye tal coacción vulneradora. Para el autor, el punto crucial de la distinción entre amenazas y ofrecimientos es bastante simple: “A realiza una amenaza cuando, si B no acepta la proposición de A, B estará peor que en una posición de partida de referencia (*relevant baseline position*). A realiza un ofrecimiento cuando, si B no acepta la proposición de A, B no estará peor que en una posición de partida de referencia”. Con relación a la posibilidad de realizar propuestas que abarquen beneficios procedentes del sistema de bienestar social (subsidios, vivienda, alojamiento social, empleo protegido...), las diferentes opiniones de lo que constituye el estado del bienestar hacen que un mismo beneficio pueda ser o no ser considerado como parte de tal *posición de partida*, lo que determina un enorme campo de incertidumbre en lo que concierne al concepto de lo que debe entenderse como propuesta coercitiva. Hay, pues, un componente político en la definición. (WERTHEIMER, Allan. *Coercion*. Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 1989, págs. 4, 5 y 204)

también podría incluirse aquí el incumplimiento intencionado de la obligación escolar)

- *Ejercicio inadecuado* (por negligencia en el ejercicio de la función, puede distinguirse entre negligencia del propio cuidador –que no suministra cuidados básicos de forma no intencional- o la que resulta de la propia actuación negligente del/la menor –drogadicción, alcoholismo, prostitución ,etc.- que se realiza ante la pasividad del cuidador por falta de información o experiencia)
- *Ejercicio imposible* (por inexistencia de guardadores, por ausencia involuntaria de estos, por acaecer determinadas situaciones de carácter físico –enfermedad, discapacidad grave- o material –carencia de recursos, situación familiar que desborda las posibilidades del cuidador-)

Conforme señala el artículo 172.1 del Código Civil, la resolución será notificada en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas y, siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará, de forma presencial y de modo claro y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención de la administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

La declaración de desamparo produce la tutela automática (“por ministerio de la ley”) del/la menor y la suspensión de la patria potestad o tutela ordinarias, sin perjuicio de aquellos actos patrimoniales realizados en su representación y que redunden en el beneficio del/la menor (artículo 172.1 C.C.)

La resolución de la Administración goza de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad⁷⁵, siendo la resolución de obligado cumplimiento para los destinatarios afectados sin necesidad de intervención judicial. Las normas autonómicas generalmente contemplan que, en su caso, puede acudir al auxilio policial e incluso de la autoridad judicial. Esta última será necesaria cuando la oposición exija la entrada en un domicilio particular cuya autorización es competencia de los Juzgados de lo contencioso-administrativo⁷⁶.

Por último, destacar que las fuentes de conocimiento son múltiples como, por ejemplo, la denuncia del propio menor, la detección por organismos oficiales o la denuncia de particulares. Es muy frecuente la elaboración de protocolos con los

⁷⁵ En éste sentido, artículos 56 y 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁷⁶ El Artículo 8, apartado 6, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (redacción, según LO 19/2003, de 23 de diciembre de modificación de la LO 6/1985 del Poder Judicial) establece en su párrafo primero que “conocerán también los Juzgados de lo contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública”. Como acertadamente observa PALMA DEL TESO (PALMA DEL TESO, Ángeles. *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*. Ministerio de Administraciones Públicas. INAP. Madrid, 2006, página 312, el Juez debe limitarse a constatar que la resolución administrativa ha sido dictada por órgano competente y que el acto aparece fundado en Derecho, que no se ha producido indefensión y que la ejecución del mismo requiere la entrada en domicilio debido a la oposición de los afectados sin que pueda entrar a examinar los restantes aspectos de la resolución cuya impugnación está radicada en la jurisdicción civil.

sistemas sanitarios, de educación y policial. La LO 1/1996 establece una obligación general de comunicar las situaciones de riesgo que la legislación autonómica ha precisado más estableciendo garantías de anonimato para los denunciantes y, en algunos casos, sanciones al incumplimiento de este deber general.

La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde se ha acogido al menor.

El acogimiento familiar es una medida de protección por la que la guarda de un menor se ejerce por una persona o familia que asume las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. El acogimiento puede ejercerse por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional⁷⁷.

Teniendo en cuenta que es necesario que los menores tengan una experiencia de vida familiar, se procura que los mismos sean acogidos en familia, se favorece la permanencia del menor en su ambiente (procurando que el acogimiento se produzca en familia extensa) y se procura evitar la separación de hermanos, procurando su acogimiento por una misma persona o familia, facilitando en caso de separación, siempre la relación entre ellos.

El acogimiento familiar puede adoptar las siguientes modalidades previstas en el artículo 173bis del Código Civil:

- a) Acogimiento familiar *simple*, que tiene carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable.
- b) Acogimiento familiar *permanente*, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen.
- c) Acogimiento familiar *preadoptivo*, que se formalizará cuando la entidad pública eleve la propuesta de adopción del menor o cuando considere que, con anterioridad a elevar dicha propuesta, fuere necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia⁷⁸.

⁷⁷ Artículo 173.1 del Código Civil. Aunque la figura se introduce en 1987 inspirado en la ley italiana de 4 de mayo de 1983 que reguló el *affidamento* (siendo reformada por la ley 1/1996), cuenta con antecedentes históricos en nuestro Derecho en las formas del *prohijamiento* de los expósitos y el *acogimiento familiar*, figuras administrativas que se caracterizaban por la revocabilidad frente a la irrevocabilidad de la adopción.

⁷⁸ La configuración actual de la adopción se debe a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Adopción*. La Exposición de Motivos expresaba la obsolescencia de la anterior regulación y su falta de respuesta a la “verdadera finalidad social de protección a los menores privados de una vida familiar normal”. Por ello, la ley se articuló en dos principios fundamentales: a) la institución se configura como “un instrumento de integración familiar referido esencialmente a quienes más la necesitan” y b) el principio de prevalencia del interés del adoptado.

En lo que nos afecta, dentro del marco de la intervención administrativa que estamos analizando, la nueva ley establece el principio de que “la adopción no será ya un simple negocio privado entre el

Las obligaciones del fiscal en esta materia tienen un contenido doble: en cuanto a la formalización y en cuanto al seguimiento y superior vigilancia del acogimiento.

El artículo 173 distingue dos tipos de acogimientos a los efectos de formalización: el administrativo (artículo 173.2) y el judicial (artículo 173.3).

La constitución del acogimiento administrativo (simple o permanente) se acuerda mediante resolución y se formaliza por escrito con un contenido predeterminado.

El acogimiento judicial se produce cuando los padres o el tutor no consienten o se oponen al acogimiento (artículo 173.3 C.C.). La entidad pública tiene que emitir propuesta con el mismo contenido antes reseñado. La Entidad Pública puede acordar un acogimiento familiar provisional que subsiste hasta que se produzca la resolución judicial. La entidad tiene obligación de, realizadas las diligencias oportunas y concluido el expediente, presentar la propuesta al Juez de manera inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de 15 días.

El procedimiento judicial se encuentra regulado en la LEC de 1881, dado que la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero lo ha mantenido vigente hasta que entre en vigor la Ley de Jurisdicción Voluntaria. En este procedimiento es preceptiva la intervención del Fiscal (artículo 1825) y el Juez puede ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la medida o su cesación son beneficiosas para el menor (artículo 1826). Sólo contiene un precepto específico destinado al acogimiento, el 1828.

La constitución judicial del acogimiento puede promoverse por el Fiscal o por la Entidad Pública. El Juez competente es el del domicilio de la entidad⁷⁹. El trámite se agota en una comparecencia en la que se cita a las personas que tienen que prestar necesariamente consentimiento (y la Entidad Pública, si no hubiera sido la promotora) salvo el de los padres (que no estén privados de la patria potestad ni suspendidos en su

adoptante y los progenitores por naturaleza, sino que se procura la adecuada selección de aquél de modo objetivo, con lo que también se contribuirá a la supresión de intermediarios poco fiables bien o mal intencionados” y, por ello, “pieza clave de la nueva Ley son las instituciones públicas o las privadas que colaboren con ellas y a las que se encomienda, de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción y, en todo caso, la colocación de niños en régimen de acogimiento familiar”.

La relación con el acogimiento era evidente. Por ello, la ley 21/1987 recogió también esta figura que ya era sobradamente conocida en el Derecho de los países europeos. Tal institución también se conocía en el marco administrativo patrio bajo diferentes denominaciones como “prohijamiento”, “afiliación” o “acogimiento” pero la reforma la dota de contenido jurídico y, aunque se formaliza en el plano administrativo, se unifican las prácticas, se difunde su aplicación y dota de contenido a la “relación que se crea entre el menor y la persona o personas a quienes se le confía, no olvidando los derechos de los padres por naturaleza” al tiempo que la somete a la vigilancia del Ministerio Fiscal y al control judicial.

El artículo 176.2 del Código Civil exige, para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta. No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1ª) Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2ª) Ser hijo del consorte del adoptante. 3ª) Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo. 4ª) Ser mayor de edad o menor emancipado.

⁷⁹ Artículo 63, regla 16ª de la LEC de 1881 vigente hasta la entrada en vigor de la Ley sobre Jurisdicción voluntaria por disposición derogatoria única 1 1ª de la LEC 1/2000

ejercicio⁸⁰) o el tutor, cuyo contenido en ambos casos se agota en la simple audiencia. Si el domicilio o paradero de los padres o del tutor se desconoce o si citados no comparecen, el Juez puede acordar el acogimiento. El informe del Fiscal se realiza por escrito, a cuyo efecto se le entrega el expediente (artículo 1815 LEC). El procedimiento finaliza por Auto que es susceptible de recurso de apelación en un solo efecto⁸¹.

En lo que concierne al internamiento residencial, en el momento presente, atendiendo a la normativa actual de las Comunidades Autónomas, podemos realizar, junto a la tradicional clasificación de centros propios y concertados, otra que atienda a su funcionalidad de la siguiente manera:

- Centros de observación (también llamados de primera acogida, recepción...)
- Centros ordinarios. Pueden subdividirse en distintos criterios como:
 - Por dimensiones (residencias, viviendas)
 - Por edades (primera infancia, infantiles, juveniles)
 - Por programas (extranjeros, emancipación, talleres rurales...)
- Centros específicos, entre los que destacan los siguientes:
 - Por discapacidad o trastorno mental
 - Por dependencia a sustancias tóxicas
 - Por conducta gravemente disruptiva o antisocial

⁸⁰ Se entiende en ambos casos judicial, no siendo válida a estos efectos la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria prevista en el párrafo tercero del artículo 172 nº 1 CC. AP Valencia, sec. 3ª, A 16-7-1998, nº 47/1998, rec. 262/1997. Pte: Manzana Laguarda, Mª Pilar (EDJ 1998/21036). “SEGUNDO.- El primero de los motivos se centra en la interpretación que deba darse al artículo 1.828 de la ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho precepto es interpretado por la Generalitat Valenciana, y en el presente procedimiento fue acogida dicha interpretación por el Juzgador de instancia, en el siguiente sentido: como quiera que la Generalitat asumió la tutela automática de las menores que se encontraban desamparadas (art. 172.1 del C.C.), ello conllevó la suspensión de la patria potestad de sus progenitores (art.172.2 in fine), no siendo, en consecuencia, necesaria ni siquiera la audiencia de la progenitora en la constitución judicial del acogimiento por cuanto éste, según el art. 1828 de la ley de Enjuiciamiento Civil, solo requiere el consentimiento de la Entidad Pública -si no fuera la promotora del expediente-de las personas que reciben al menor, y de éste si es mayor de doce años, exigiéndose solo la audiencia de los progenitores que no estuvieran privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio. Más dicha interpretación no puede ser acogida por esta Sala.

En efecto, una interpretación sistemática, teleológica e integradora de los preceptos que se contienen en el Código Civil y ley de Enjuiciamiento Civil relativos al procedimiento de jurisdicción voluntaria seguido en las constituciones de acogimiento y adopción de menores, así como una interpretación verificada a la luz del texto constitucional, que consagra la tutela judicial efectiva y proscribida la indefensión así como de la doctrina constitucional nacida al amparo de estos procedimientos de la que puede ser exponente la Sentencia 298/93 de 18 de octubre, lleva a la necesaria conclusión de que cuando el artículo 1828 de la ley de Enjuiciamiento Civil dice que se oír a los padres que no estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio, sólo puede referirse a aquéllos que judicialmente lo están, bien por haber recaído sentencia firme privando de la patria potestad, bien por haberse adoptado en ese mismo procedimiento o cualquiera otro como medida cautelar la suspensión de dicha patria potestad”.

⁸¹ El artículo 154 nº 3 del Reglamento del Registro Civil señala que *cabrá* la anotación “del prohijamiento o acogimiento, en virtud de certificación de la Junta Provincial de Beneficiencia”. La anotación sólo tiene efectos meramente informativos. El precepto no ha sido expresamente derogado. Estimo que no siendo la anotación obligatoria y refiriéndose a una legislación derogada, estableciendo el actual artículo 173.5 la obligación de reserva, creo que no debería de aplicarse.

Analizaremos, en momento posterior, la evolución de este tipo de centros y sus mecanismos de control.

Antes de finalizar esta introducción, hay que señalar que existen opiniones doctrinales diferenciadas sobre el ámbito de la tutela de las entidades públicas respecto de los menores desamparados. Por un lado, están quienes expresan que se trata de una tutela distinta y de carácter público (posición minoritaria). Por otro, los que consideran que se trata de la misma tutela civil y ordinaria, si bien con ciertas características especiales como son su automatismo y constitución por la entidad, sin necesidad de intervención judicial (posición mayoritaria)⁸². Sin necesidad de pronunciarse por uno u otro extremo, sí que es rechazable la visión de algunos autores que estiman que la tutela automática no comprende los actos de gestión patrimonial o que no les sean aplicables los sistemas de autorización o aprobación que se recogen en la regulación general de la tutela en el Código Civil, posición que no tiene sustento legal.

3.4. EL FISCAL COMO SUPERIOR VIGILANTE DE LA TUTELA, ACOGIMIENTO O GUARDA VOLUNTARIA ACORDADAS POR LA ADMINISTRACIÓN.

El artículo 174 del Código Civil establece que “incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección”, situación que no exime a la entidad pública de sus responsabilidades hacia el menor, como dicho artículo expresa en su apartado 3. Para el ejercicio de tal función de vigilancia, el artículo 23 de la L.O. 1/1996 establece que “se llevará en cada Fiscalía un índice de Tutelas de Menores”.

El artículo 174 se refiere a la tutela administrativa, acogimiento y guarda regulados en los artículos 172 y ss. El artículo 232 se refiere a la tutela en general. El control de la tutela cuasi-familiar también se ejerce judicialmente y, por ello, junto al régimen general de autorizaciones del artículo 271, existe la obligación de informar al Juez anualmente sobre la situación del menor y rendir cuenta anual de su administración (artículo 269 nº 4). Completamente distintas son las formas de constitución de la tutela administrativa (resolución administrativa de desamparo, salvo supuestos excepcionales de declaración judicial) y sus formas de control, conforme al artículo 174. Es evidente que dicho artículo supone una modificación del régimen general del artículo 269 nº 4 del Código Civil⁸³.

La función del Fiscal recoge obligaciones mucho más amplias que las consignadas con carácter general para el Juez:

- 1) Comprobar al menos semestralmente la situación del menor
- 2) Promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias o instar la modificación o suspensión de la medida adoptada

⁸² FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María-Begoña. *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2007. Páginas 60 y 61

⁸³ FELIU REY, Manuel-Ignacio. *Comentarios a la Ley de Adopción*. Ed. Tecnos. Madrid 1989, página 25: “Será de aplicación el artículo 269 CC relativo a las obligaciones del tutor, si bien el informe anual contemplado en el número 4 de dicho artículo 269 estimamos que queda derogado respecto de este tipo de tutela automática por la comprobación semestral que el Fiscal debe realizar acerca de la situación del menor, tal y como viene dispuesto en el nuevo artículo 174”.

- 3) Ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores
- 4) Instar en su caso a la Administración autonómica competente para que inicie el procedimiento para la declaración de desamparo de un menor
- 5) Exigir en cualquier momento información sobre la situación del menor y del estado de la administración en su caso.

La Memoria de 2006 recogía la preocupación de diferentes Fiscalías (Toledo, Córdoba, Jaén y Málaga) sobre la forma de llevanza del denominado índice de tutelas “que no conlleva estrictamente registrar sólo los supuestos de situaciones de desamparo y asunción por la Administración de la tutela automática, sino también cualquier situación de riesgo o de desprotección que requiera un control y seguimiento de la evolución y situación personal del menor afecto y de su familia”. Existe una queja generalizada y reiterada respecto a “la carencia de una base informática de datos de menores que pudiera facilitar la llevanza y localización de los expedientes”, señalando la Fiscalía de Córdoba que “continúan llevando los casos mediante carpetas abiertas a nombre del menor correspondiente, agrupando a los hermanos”⁸⁴.

Un índice es, literalmente, “lista o enumeración breve, y por orden, de libros capítulos o cosas notables”⁸⁵. Un índice de Tutelas de Menores, pues, es una lista ordenada de Tutelas de Menores. Atendiendo además al tenor de los artículos 23 de la L.O. 1/1996 y 174 y 232 del Código Civil, la definición que podríamos darle sería la que sigue:

Lista ordenada de Tutelas de Menores para el ejercicio de la función de vigilancia que atribuyen al Ministerio Fiscal los artículos 174 y 232 del Código Civil

El primer problema a dilucidar es *cuándo un expediente debe tener acceso* al índice de tutelas. Sólo puede darse en tres casos:

- a) Cuando la entidad pública asuma la tutela por ministerio de la Ley, al amparo del art. 172.1 del Código Civil.
- b) Cuando los titulares de la patria potestad o tutores así lo soliciten a la Entidad Pública correspondiente justificando no poder atender al menor por circunstancias graves.
- c) Cuando el Juez así lo disponga en los casos en que legalmente proceda.

Es decir, no sólo debe incluir las funciones de tutela automática en sentido estricto sino las tres funciones de “guarda administrativa” cuya vigilancia atribuye al fiscal el artículo 174 nº 1 del Código Civil.

La Instrucción 1/2009 sobre la organización de los servicios de protección de las secciones de menores expresa que el índice de tutelas “debe contener el listado de todos los menores que en la respectiva provincia se encuentran bajo la tutela de la Comunidad Autónoma”⁸⁶ pero no se pronuncia respecto de las tres categorías reseñadas aunque sí que parece que deben distinguirse entre las situaciones de tutela y mera guarda dado que las diferencia al tratar de los diferentes tipos de diligencias preprocesales⁸⁷. Sí que confirma, no obstante, que “al índice no deben tener acceso los menores en situación de

⁸⁴ Página 397

⁸⁵ Diccionario de la Real Academia Española

⁸⁶ Apartado 3

⁸⁷ Apartado 2

riesgo, salvo, lógicamente, que su situación pase a ser la de menores tutelados”. Y que “en el propio índice de tutelas debe figurar el número del expediente de protección asignado al menor, de manera que su consulta permita una rápida localización de toda la documentación e informes que de cada menor consten en Fiscalía”.

En segundo lugar, tenemos que determinar *qué situaciones dan lugar a que se produzca la baja de un expediente de protección* del índice de Tutelas de Menores, tales son exactamente los mismos casos de cese de la guarda administrativa, lo que se produce,

a) En los casos de tutela automática:

- Desaparición de las causas que motivaron la declaración de desamparo.
- Constitución de la tutela ordinaria⁸⁸.
- Adopción del menor.
- Emancipación o mayoría de edad.
- Fallecimiento del menor.
- Asimismo, cuando el expediente del menor sea trasladado a otra Comunidad Autónoma y ésta asuma la misma.

b) En los casos de guarda voluntaria⁸⁹

- A petición de los padres o tutores
- Por cumplimiento del plazo establecido en la resolución administrativa

c) En los casos de guarda acordada por resolución judicial, mediante otra resolución del mismo signo, salvo que la misma permita estimar que la guarda puede cesar cuando así lo estime la entidad pública.

La tercera cuestión radica en cuáles son las obligaciones que tiene el Fiscal y la entidad pública en relación con este tipo de expedientes y la llevanza del índice. Tales son:

Para la entidad pública, junto a la obligación general de actuación dentro de su ámbito de competencias, conforme al principio de atención inmediata previsto en el artículo 14 L.O. 1/1996, las obligaciones son principalmente de comunicación e información que pueden resumirse las siguientes:

- a) Comunicarle de forma inmediata los nuevos ingresos de menores en centros.
- b) Remitirle copia de todas las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de tutelas, guardas y acogimientos, y de la documentación relativa a los mismos.
- c) Darle cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.
- d) Facilitarle el acceso a los centros y a cualquiera de sus dependencias, y la consulta de los archivos.
- e) Atender los requerimientos y escritos relativos al ejercicio de sus funciones.

⁸⁸ El artículo 239, del Código Civil establece que “la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172” y, en el párrafo 2, que “se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”.

⁸⁹ La guarda voluntaria puede cesar también cuando concorra causa de desamparo pero, a los efectos que nos interesan, en estos casos no procede la baja del índice de tutelas.

Para el Fiscal, la obligación de superior vigilancia, se multiplica en un abanico de competencias que pueden resumirse en las que a continuación se citan:

- 1) COMPROBACIÓN de la situación del/la menor en cualquier momento y, al menos, con periodicidad mínima semestral, haciendo especial hincapié en la situación de los menores que se encuentran internados en centros residenciales.
- 2) COMUNICACIÓN, instando a las diferentes autoridades administrativas la actuación dentro de su ámbito de competencias en las funciones de evaluación de la situación, actuación en situaciones de riesgo y desamparo, dado que la “superior vigilancia” no supone la asunción de estas responsabilidades ni exime a la entidad pública del ejercicio de las suyas (artículo 174.3 C.C.)
- 3) JUDICIALIZACIÓN, promoviendo los procesos pertinentes en caso de disconformidad con la actuación administrativa.

En muchas Fiscalías, los registros de protección no discriminan entre los distintos expedientes, siguiendo el criterio de unir al mismo expediente todos los asuntos entre los hermanos. La base de datos informática tampoco discrimina los asuntos de tutelas de los que no lo son. No es posible, pues, saber qué menores se encuentran en un momento dado bajo el régimen de guarda administrativa que es el objetivo de constitución del Índice de Tutelas de Menores previsto en el artículo 23 de la L.O. 1/1996.

3.5. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD.

Como observa el Comité de los Derechos del Niño⁹⁰, “los niños con discapacidad son más vulnerables a todos los tipos de abuso, sea mental, físico o sexual en todos los entornos, incluidos la familia, las escuelas, las instituciones privadas y públicas, entre otras cosas, otros tipos de cuidados, el entorno laboral y la comunidad en general”.

Con frecuencia se repite el dato de que los niños con discapacidad tienen cinco veces más probabilidades de ser víctimas de abusos⁹¹. En el hogar y en las instituciones, los niños con discapacidad a menudo son objeto de violencia física y mental y abusos

⁹⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n° 9 (2006)*. Cit, apartados 42 a 44

⁹¹ En España en 1993 se realizó una aproximación al problema y se ha abordado el tema en diferentes Congresos, pero son escasas las investigaciones que asocian ambos factores. De acuerdo con la investigación realizada sobre niños con expedientes de protección de menores en Castilla y León la prevalencia del maltrato infantil en personas con discapacidad era del 11,5% frente al 1,5% en personas sin discapacidad. En el análisis de los expedientes de protección de menores de los años 1997 y 1998 realizado por el Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, de un total de 11.148 niños maltratados encontraron 1.076 víctimas (9,7%) que no tenían un desarrollo psicológico acorde a su edad de ellas 644 eran chicos (59,85%) y 424 chicas (39,41%). Existe una diferencia respecto al total de la población de 6 puntos para el maltrato físico, 11,3 para el maltrato emocional y de 1,75 para el abuso sexual, mientras que en la negligencia no existe una asociación significativa al ser solo de 2,11 puntos. DÍAZ HUERTAS, José A./RUIZ DÍAZ, Miguel A./RUIZ DÍAZ, Víctor. *Infancia y discapacidad*. Edita: Sociedad de Pediatría Social. Madrid, 2007. Páginas 69 y 70 (cita los trabajos de Verdugo MA, Gutiérrez B, Fuertes J, Elices JA. *Maltrato infantil y minusvalía*. Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1993; Murillo S. “Niños con minusvalías y malos tratos”, en III Congreso Estatal sobre Infancia Maltratada-. Asociación Madrileña para la Prevención de los Malos Tratos en la Infancia. 2003:139-152; Sanmartín J (dir). “Maltrato infantil en la familia 1997-98”. Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia. 2002: 66-69;110-112)

sexuales, y son especialmente vulnerables al descuido y al trato negligente, ya que con frecuencia representan una carga adicional física y financiera para la familia. Además, la falta de acceso a un mecanismo funcional que reciba y supervise las quejas propicia el abuso sistemático y continuo.

Según el Comité, su vulnerabilidad particular se puede explicar, entre otras cosas, por las siguientes razones principales:

- a) Su incapacidad de oír, moverse y vestirse, lavarse y bañarse independientemente aumenta su vulnerabilidad a la atención personal invasiva y a los abusos.
- b) Vivir aislados de los padres, de los hermanos, de la familia ampliada y de los amigos aumenta la probabilidad de los abusos.
- c) Si tienen discapacidades de comunicación o intelectuales, pueden ser objeto de falta de atención, incredulidad y falta de comprensión si se quejan de los abusos.
- d) Los padres y otras personas que se ocupan del niño pueden encontrarse bajo considerable presión debido a los problemas físicos, financieros y emocionales que produce la atención al niño. Los estudios indican que las personas bajo presión son más proclives a los abusos.
- e) A veces se considera equivocadamente que los niños con discapacidad son seres no sexuales y que no comprenden sus propios cuerpos y, por tanto, pueden ser objeto de personas tendientes al abuso, en particular los que basan los abusos en la sexualidad.

Naturalmente, debido a esta vulnerabilidad, los Estados partes deben adoptar las medidas correspondientes⁹². A la hora de establecer los elementos diferenciales de la

⁹² El Comité, en este sentido, insta a los Estados Partes a que, al hacer frente a la cuestión de la violencia y los abusos, adopten todas las medidas necesarias para la prevención del abuso y de la violencia contra los niños con discapacidad, tales como: a) Formar y educar a los padres u otras personas que cuidan al niño para que comprendan los riesgos y detecten las señales de abuso en el niño; b) Asegurar que los padres se muestren vigilantes al elegir a las personas encargadas de los cuidados y las instalaciones para sus niños y mejorar su capacidad para detectar el abuso; c) Proporcionar y alentar los grupos de apoyo a los padres, los hermanos y otras personas que se ocupan del niño para ayudarles a atender a sus niños y a hacer frente a su discapacidad; d) Asegurar que los niños y los que les prestan cuidados saben que el niño tiene derecho a ser tratado con dignidad y respeto y que ellos tienen el derecho de quejarse a las autoridades competentes si hay infracciones de esos derechos; e) Asegurarse de que las escuelas adoptan todas las medidas para luchar contra el hostigamiento en la escuela y prestan especial atención a los niños con discapacidad ofreciéndoles la protección necesaria, al mantener al mismo tiempo su inclusión en el sistema educativo general; f) Asegurar que las instituciones que ofrecen cuidados a los niños con discapacidad están dotadas de personal especialmente capacitado, que se atiene a las normas apropiadas, está supervisado y evaluado periódicamente y tiene mecanismos de queja accesibles y receptivos; g) Establecer un mecanismo accesible de queja favorable a los niños y un sistema operativo de supervisión basado en los Principios de París; h) Adoptar todas las medidas legislativas necesarias para castigar y alejar a los autores de los delitos del hogar, garantizando que no se priva al niño de su familia y que continúa viviendo en un entorno seguro y saludable; i) Garantizar el tratamiento y la reintegración de las víctimas del abuso y de la violencia, centrándose especialmente en los programas generales de recuperación.

El Comité con mucha frecuencia se ha referido a los Principios de París (A/RES/48/134) como las orientaciones que deben seguir las instituciones nacionales de derechos humanos (véase la Observación

atención es importante analizar estos a la luz del artículo 7 de la CNUDPD⁹³. Fácil es de observar que los dos primeros números recuerdan la observancia de los principios de igualdad, no discriminación y del interés superior del menor, reiterando, en este sentido lo ya dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Convención de Derechos del Niño. En el tercero hace especial hincapié en el derecho de audiencia, también recogido ya en el artículo 12 de la CNUDN.

En este último se hace referencia al enfoque que debe presidir la atención a los niños con discapacidad que no es, ni más ni menos, que recibir “la asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad”. La atención individualizada a las necesidades de cada niño constituye el eje de sus derechos.

Todos los niños son susceptibles de entrar en situaciones de riesgo o desamparo y merecen de atención. Los niños y niñas con discapacidad también. La diferencia estriba en la vulnerabilidad y en que puede existir un mayor número de necesidades a cubrir. La legislación de menores de las distintas Comunidades Autónomas recoge, dentro del colectivo de menores con “necesidades especiales” a distintos colectivos, no sólo a los niños y niñas con discapacidad sino también a otros como los que tienen varios hermanos para acoger o adoptar, los que llevan muchos años sin haber tenido una experiencia familiar, los que presentan dificultades por razones de abusos, asilo político, etc.

Esto, naturalmente, tiene implicaciones a la hora de regular las formas de acogimiento. El propio Comité de los Derechos del Niño expresa que “es un hecho que muchos hogares de guarda son renuentes a aceptar el cuidado del niño con discapacidad, ya que estos niños con frecuencia plantean problemas porque pueden necesitar cuidados suplementarios y existen requisitos especiales en su educación física, psicológica y mental”. Por ello el Comité expresa que las organizaciones que se encargan de la colocación de los niños en hogares de guarda deben ofrecer la formación y el aliento necesarios a las familias adecuadas y prestar el apoyo que les permita atender de forma apropiada al niño con discapacidad⁹⁴.

general N° 2 (2002) del Comité sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño). Las instituciones nacionales de derechos humanos pueden adoptar muchas formas distintas, tales como un *Ombudsman* o un comisionado, y pueden tener amplia base o ser específicas. Independientemente del mecanismo que se escoja, deben ser: a) Independientes y dotadas de recursos humanos y financieros suficientes; b) Conocidas para los niños con discapacidad y las personas que se ocupan de ellos; c) Accesibles no solamente en el sentido físico, sino también de una forma que permita que los niños con discapacidad envíen sus quejas o problemas con facilidad y confidencialmente; d) Deben tener la autoridad jurídica apropiada para recibir, investigar y ocuparse de las quejas de los niños con discapacidad de una forma receptiva tanto a la infancia como a sus discapacidades

⁹³ Artículo 7. Niños y niñas con discapacidad. 1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño. 3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

⁹⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n° 9 (2006)*. Cit, apartados 45 y 46

En este sentido, observamos que la legislación autonómica, en materia de acogimiento y adopción, ha establecido una serie de variaciones tendentes a potenciar los acogimientos y las adopciones de este colectivo. Entre tales medidas se encuentran el otorgamiento de un carácter preferente a tales solicitudes en su tramitación y valoración, introduciendo como criterio diferencial en los solicitantes la aceptación de tales circunstancias a la hora de afrontar un acogimiento, introduciendo el factor de formación de las familias en estas materias como criterio cualificado a la hora de seleccionar a los acogedores o introduciendo la formación especializada y la orientación y apoyo continuos como condición obligatoria para poder realizar este tipo de acogimientos, introduciendo ayudas económicas tendentes a atender a la problemática que dichos menores presentes y la dedicación que supongan a la familia acogedora, promoviendo de manera especial la colaboración social, mediante campañas de sensibilización social, para el acogimiento familiar de menores con características, circunstancias o necesidades especiales, preparando la finalización del acogimiento de forma adaptada a las circunstancias del menor, creando un sistema de apoyos estructurado (que incluya orientación, formación, sistemas de resolución de conflictos, creación de grupos de autoayuda, recursos de respiro y descanso temporal, etc), otorgando un estatus especial a este tipo de acogimientos bajo una denominación específica (así, por ejemplo, en la normativa castellano manchega se denominan “acogimientos profesionalizados especializados”, lo que da lugar a unos requisitos de preparación y apoyo específicos), permitiendo alterar el orden de los solicitantes o relajar los requisitos generales en los casos de menores con necesidades especiales cuando exista carencia de acogedores (particularmente los requisitos de residencia en la Comunidad Autónoma respectiva), estableciendo planes de integración familiar progresiva (no inmediata).

3.5.1. Acogimiento residencial de menores con discapacidad

3.5.1.1 Introducción

Desde finales del siglo XV a mediados del siglo XIX, los relatos de abandono de menores, si bien su número y su ubicación geográfica varían, constituyen una constante, particularmente en el sur de Europa⁹⁵. Estos menores abandonados por diversas razones (crisis económicas, relaciones no matrimoniales, etc) son, a menudo, recogidos en instituciones organizadas por las autoridades civiles y religiosas, constituyendo Portugal el único país que disponía de un sistema organizado de asistencia fundado sobre una legislación real unificada, con anterioridad a la Revolución francesa.

Se encuentran así precedentes de instituciones de protección que, desde finales del siglo XV, aparecen en el sur de Europa y que, particularmente a lo largo del siglo XVIII, se organizarán y estructurarán en redes de atención. Pueden citarse, por ejemplo, los hospicios de *Santa Casa di pietà* (Verona, 1426) o de *Santa Maria degli Innocenti* (Florencia, 1445) en Italia. En Francia, por Decreto de 19 de enero de 1811, se ordenó la

⁹⁵ BARDET, Jean-Pierre/FARON, Olivier. “Des enfants sans enfance. Sur les abandonnés de l'époque moderne”. En BECCHI, Egle/JULIA, Dominique. *Histoire de l'enfance en Occident*. Éditions du Seuil, París, 1998, páginas 121 a 156. Los autores reseñan que durante el siglo XVIII y la primera mitad del XIX el aumento del número de estos niños es intenso. Por ejemplo, en Florencia los expósitos representaron el 13'7 % de los niños bautizados entre 1611 y 1620, llegando a alcanzar el 36'8 % entre 1791-1800. En Madrid, por ejemplo, se constataba alrededor del 12 % del número de nacimientos desde la segunda mitad del siglo XVII.

apertura de hospicios en todas las provincias para atender al alto número de menores abandonados; en Londres se abrió, en 1756, el *Foundling Hospital*; la América colonial participó de este proceso con la apertura del orfanato del Convento de las Ursulinas en Nueva Orleans (1729) o el de Bethesda (Georgia) fundado por el evangelista George Whitfield⁹⁶. La idea que inspirará este poder de intervención estatal giró alrededor la denominada prerrogativa *parens patriae* del monarca con origen probablemente medieval, es decir, el rey como padre de sus súbditos menores huérfanos o de sus súbditos adultos que presentaran situaciones de incapacidad mental.

Las condiciones de vida en estas instituciones no eran precisamente óptimas. Merece destacarse que se generó un sistema de nodrizas asalariadas para los bebés y que la alta mortalidad era la tónica general. Por otro lado, el abandonado se constituía en un mundo aparte donde era fácilmente identificado tanto por la asignación de un nombre que delataba su origen (“expósito”, “inocente”, “colombo” en Milán...) o la introducción de fórmulas de identificación como tatuajes o vestidos con símbolos de pertenencia al hospicio. Relatos como las casas de trabajo (*workhouses*) en Inglaterra realizados por Dickens en obras como *Oliver Twist* ilustran las condiciones de vida de este tipo de instituciones.

Destacaremos una serie de notas que han configurado la evolución de los centros de protección de menores a partir de la segunda mitad del siglo XX:

- a) La primera idea es la crítica de la institución como fórmula de atención a los menores en protección. Lo anterior no sólo por la “leyenda negra” de este tipo de establecimientos sino, principalmente, porque la propia dinámica de la institución genera factores de despersonalización en los sujetos internados y esta no es el lugar idóneo donde ubicar a los menores que precisan de una experiencia de tipo familiar existiendo alternativas mucho más beneficiosas que el internamiento. Esta es la razón por la cual la propia Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece que la colocación en instituciones adecuadas sólo se realizará en caso de ser necesario (artículo 20.3)⁹⁷ y que los Estados se asegurarán de que estos establecimientos cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada (artículo 3.3).
- b) La segunda es la noción de servicio público caracterizado por dos notas esenciales: el carácter abierto (voluntario) y flexible (adaptado a las necesidades del menor y fundado en el principio de protección de su interés). El carácter

⁹⁶ HAWES, Joseph M. *The Children's Rights Movement*. Twayne Publishers, Boston, 1991, página 8.

⁹⁷ El carácter de “ultima ratio” del internamiento por razones de protección sigue siendo subrayado por Naciones Unidas en las resoluciones de seguimiento de la Convención; así, la reciente resolución de la Asamblea General A/RES/60/231, de 11 de enero de 2006, “*alienta a los Estados a que promulguen leyes y las hagan cumplir y mejoren la aplicación de políticas y programas destinados a proteger a los niños que crecen sin sus padres o sin el cuidado de otras personas, reconociendo que cuando sean necesarios cuidados de otro tipo habría que promover el cuidado basado en la familia y la comunidad con preferencia al ingreso en instituciones*”. El artículo 21.1 de la L.O. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en este sentido establece que “cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar principalmente en la primera infancia, *procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor*”.

abierto se funda en la idea de que la actuación de los servicios de ayuda social es preventiva y voluntaria, no debe ser impuesta y, en el caso de ser necesaria la aplicación de medidas coercitivas, debe transmitirse el expediente inicialmente a los servicios judiciales⁹⁸. El carácter flexible implica la existencia de una red de recursos adecuada a las diferentes situaciones que puedan presentarse lo que impondrá exigencias adecuadas a los tramos de edad o costumbres culturales, por ejemplo. Señalamos, en la actualidad, dos problemas emergentes:

- El marco socio-sanitario. Este es un problema común a distintas categorías de atención social y sanitaria. Se trata de la necesidad de crear un espacio coordinado entre las Administraciones Sanitaria y Social para aquellas personas que precisan de su actuación simultánea y sinérgica para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social⁹⁹. La aparición de centros que atienden a dependencias, problemas como los trastornos mentales o la situación de consumo de sustancias tóxicas, etc, constituyen un hecho en todo el contexto comparado que exige velar no sólo por la revisión de sus condiciones de internamiento (artículo 25 de la Convención de los Derechos del Niño) sino también porque, en general, los procedimientos y las condiciones de los centros respeten sus derechos y no se encuentren, por razón de estos problemas, en una situación de inferioridad jurídica.¹⁰⁰
 - La inmigración. La atención a los menores inmigrantes no acompañados se ha convertido en un problema internacional de primer ámbito y que determinan unas exigencias de personal especializado y adaptación cultural de los centros que han sido puestas de relieve por numerosas recomendaciones internacionales¹⁰¹.
- c) El cambio en la intervención con las familias en situación de exclusión social. De la inicial formulación sancionadora que recogían las primeras leyes, hemos pasado a una regulación que se centra en el interés del menor y en el principio de permanencia en el seno familiar salvo que no sea conveniente a su interés,

⁹⁸ Peculiaridad de nuestro ordenamiento es la facultad administrativa directa de actuación sin intervención judicial. En Portugal, la *Lei nº 147/99, de 1 de Setembro, de Proteção a Menores e Crianças em Perigo* establece el carácter siempre consensual (tanto de los padres como del menor) de la intervención administrativa y la necesaria intervención judicial cuando esta no concurre. Así lo reflejan los artículos 9 a 10 de la ley. (Para una visión general del sistema de protección de menores en Portugal, TOMÁS, Catarina / FONSECA, Diana. “Crianças em Perigo: O Papel das Comissões de Proteção de Menores em Portugal”. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 47, no 2, 2004, págs. 383 a 408.). También es el caso de Inglaterra que, en los casos de ser necesaria la compulsión rige la obligación de intervención judicial conforme a la parte IV de la *Children Act* (ALLEN, Nick. *Making Sense of the Children Act 1989*. John Wiley & Sons, Ltd. Fourth Edition, January, 2008, páginas 105 y 106), siendo similar la situación en Francia (artículos 375 del Código Civil francés y 1181 a 1200-1 del Código de Procedimiento Civil, véase, en este sentido y ampliamente, CRÉOFF, Michele. *Guide de la protection de l'enfance maltraitée*. 2e édition. Dunod, Paris, 2006)

⁹⁹ Véase, para España, el artículo 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

¹⁰⁰ Véase, en este sentido, por ejemplo, el artículo 7 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006

¹⁰¹ Véase, en este sentido, ACNUR/SAVE THE CHILDREN. Programa de Menores no acompañados en Europa. *Declaración de Buenas Prácticas*. Tercera edición, 2004

preservando los derechos a la intimidad familiar y promoviendo la colaboración y apoyo a las familias. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado la importancia del derecho a la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, en el caso *Kutzner contra Alemania*, el Tribunal expresó que la medida de tomar a cargo un menor debe ser inicialmente considerada temporal y que todo acto de ejecución debe estar destinado a un fin último “unir de nuevo a la familia de sangre y al menor”¹⁰². La injerencia, conforme señala el artículo 2, tiene que cumplir con los requisitos de previsión legal, motivo legítimo y necesidad. Para apreciar la necesidad, los Estados Parte cuentan con una cierta discrecionalidad en función de las circunstancias¹⁰³. La proyección de estos principios, se traducirá particularmente en la participación de la familia en el procedimiento de adopción de las medidas (artículo 9.2 Convención de los Derechos del Niño), en el derecho de información¹⁰⁴ y en el régimen de visitas (artículo 9.3 Convención de los Derechos del Niño). Hay que partir de la idea de que las medidas suponen una injerencia en la vida familiar y que participan de un carácter restrictivo, lo que implica un principio general de colaboración¹⁰⁵ y el cumplimiento de los principios generales de legalidad y de prohibición del exceso en la adopción de las medidas.

- d) La introducción de criterios de calidad en los servicios. La preocupación por la introducción de criterios de calidad total en el marco de los servicios sociales es relativamente reciente. La introducción de indicadores o parámetros de calidad y la creación de normas de buena práctica está siendo objeto de atención no sólo en el marco del menor sino también, en general, en todo tipo de servicios.

Como ya hemos analizado en anteriores epígrafes, el término discapacidad incluye una amplia variedad de situaciones físicas, mentales, intelectuales y sensoriales. La regla general será que, en caso de ser necesario el acogimiento residencial, este se desarrolle dentro de la red ordinaria, situación que no es infrecuente. Cada uno de los menores presentará necesidades a las que será necesario atender. Por ejemplo, en mi práctica habitual he encontrado supuestos de carencias en la accesibilidad de edificios o dificultades para el acceso al transporte público desde el centro de protección en casos de discapacidad física importante que hacen necesarios ajustes razonables e instauración de soluciones en plazos razonables. Lo que sí es necesario es tener en cuenta esta situación en los programas de atención a la diversidad.

El Comité de Derechos del Niño¹⁰⁶ ha expresado su preocupación por el gran número de niños con discapacidad que son colocados en instituciones y por que la institucionalización sea la opción preferida en muchos países. Las instituciones son un entorno particular en que los niños con discapacidad son más vulnerables a los abusos mentales, físicos, sexuales y de otro tipo, así como al descuido y al trato negligente. Por ello insta a los Estados Partes a que utilicen la colocación en instituciones únicamente como último recurso, cuando sea absolutamente necesario y responda al interés superior

¹⁰² TEDH, S 26-2-2002, *caso Kutzner contra Alemania*, n° 46544/1999 (EDJ 2002/15613).

¹⁰³ TEDH, S 26-2-2002, *caso Kutzner contra Alemania*, n° 46544/1999 (EDJ 2002/15613).

¹⁰⁴ Véase artículo 22 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor

¹⁰⁵ Véase artículo 15 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor

¹⁰⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n° 9 (2006)*. Cit, apartados 47 a 49

del niño, debiendo prestarse atención a la transformación de las instituciones existentes, dando preferencia a los pequeños centros de tipo residencial organizados en torno a los derechos y a las necesidades del niño, al desarrollo de normas nacionales para la atención en las instituciones y al establecimiento de procedimientos estrictos de selección y supervisión para garantizar la aplicación eficaz de esas normas, a intensificar sus esfuerzos para que las opiniones de los niños y niñas con discapacidad sean tomadas en consideración, a establecer programas de desinstitucionalización y a ofertar a los padres y familia extena el apoyo y formación necesarios y sistemáticos para el retorno del niño a su vida familiar.

En lo que concierne propiamente al internamiento especializado, este se ha tenido especial atención legislativa en varios supuestos: dependencia con trastorno psíquico, trastornos de conducta, educación especial e internamientos por razones sanitarias. Los dos primeros serán objeto de atención en el presente epígrafe.

3.5.1.2. Principios generales que rigen el internamiento especializado de menores

El criterio general básico en materia de internamiento de menores lo constituye el principio de separación de los adultos. Inicialmente esta orientación surge del ámbito penitenciario. La presencia de menores en las cárceles no fue un hecho inusual desde el nacimiento de la prisión. El siglo XIX reorientará las políticas sobre la infancia, siendo en el período de 1830 a 1850 cuando el acento se ubica en este principio de separación al crearse los primeros establecimientos específicos para la denominada “infancia delincuente” con notoria diversidad institucional que abarcaba desde las prisiones para jóvenes a las colonias agrícolas. En la actualidad es un principio generalmente aceptado y contemplado en el derecho internacional en el marco del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que lo expresaba tanto para los procesados (“los menores procesados estarán separados de los adultos”), como para los sentenciados (“los menores delincuentes estarán separados de los adultos”) y, con anterioridad, como recomendación internacional no vinculante en el artículo 8, apartado de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de 1955 (“los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos”).

La Convención de Derechos del Niño expresa que “todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”¹⁰⁷. Este principio es igualmente aplicable en materia de internamiento no voluntario de menores por causa de trastorno psíquico, actualmente regulado en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que expresa, en su apartado 2, que “el internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”.

Dentro de esta clase de internamientos, la exigencia de locales separados, en España, data de tiempos de la 2ª República¹⁰⁸. Disposiciones anteriores, como el

¹⁰⁷ Artículo 37.c

¹⁰⁸ El Decreto de 12 de enero de 1933 (Gaceta de Madrid de 14 de enero de 1933; Aranzadi, marginal 78) sobre locales para tratamiento de niños alienados obligaba a habilitar, en todos los establecimientos, locales suficientes para albergar, con el aislamiento debido de la demás población psiquiátrica, a los niños alienados menores de quince años, a fin de someterlos a los tratamientos adecuados a su edad, sexo y circunstancias. La Exposición de Motivos del Decreto señalaba que *la actual legislación de beneficencia sobre internado o reclusión de enfermos psíquicos en Hospitales y Manicomios no limita en ningún sentido la edad para el ingreso, viéndose obligadas las Casas de Salud generales o provinciales a recibir*

reglamento orgánico para el régimen y gobierno interior del manicomio de Santa Isabel de Leganés de 12 de mayo de 1885¹⁰⁹ recogía ya la división en diferentes cuarteles del entonces manicomio del Estado, atendiendo a criterios de sexo y “para la infancia”, sin perjuicio de la subdivisión en departamentos de cada uno de ellos. La Ley General de Beneficencia de 1849¹¹⁰ y su reglamento de ejecución de 1852 (artículo 8) no limitaban la edad de ingreso, siendo posible la convivencia entre menores y adultos que podía entrañar un riesgo de abusos para los primeros. Téngase en cuenta, que tanto en la etapa manicomial como en la del posterior hospital psiquiátrico monográfico, los internos no sólo lo eran por razón de enfermedad mental en sentido estricto sino también por cuestiones como la discapacidad intelectual profunda.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa¹¹¹ ha insistido en el principio de que “un menor no debe ser internado en un establecimiento en el que lo estén también adultos salvo que el mismo pueda resultarle beneficioso”. Un ejemplo de ello, en el ámbito propiamente sanitario, puede ser cuando la unidad está cercana a su domicilio y así se permite el contacto con la familia en vez de internarle en una unidad que esté muy lejos de su casa¹¹².

El segundo principio, derivado del de no discriminación ya examinado en anteriores epígrafes, es el de equiparación de garantías. Las recomendaciones internacionales han insistido en la protección de los derechos del menor¹¹³. En particular, la Rec(2004)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados expresa en su artículo 29¹¹⁴:

- Las previsiones de la recomendación deben aplicarse a los menores a menos que se provea una medida de protección más amplia
- En las decisiones concernientes al internamiento y tratamiento, sea voluntario o involuntario, la opinión del menor deberá ser tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y grado de madurez.
- Un menor sujeto a internamiento involuntario, debería tener el derecho de asistencia de un representante desde el comienzo del procedimiento.
- Los menores sujetos a internamiento deberían tener derecho a libre educación y a ser reintegrados en el sistema escolar general tan pronto como sea posible. Si fuera posible, el menor será evaluado individualmente y recibirá un programa individualizado de educación o preparación laboral.

No obstante, es de reseñar que este principio ha sufrido modulaciones en el contexto internacional. Así, son cita obligada, en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal

cuantos presuntos alienados se presenten con la documentación legal correspondiente, lo que produce la estancia en dichos establecimientos de niños pequeños en obligada promiscuidad con locos adultos, expuestos a las múltiples y casi inevitables contingencias de una absurda convivencia

¹⁰⁹ Gaceta de Madrid de 15 de mayo de 1885, núm. 135, Tomo II, páginas 447 a 450.

¹¹⁰ Gaceta de Madrid de 24 de junio de 1849, núm. 5398

¹¹¹ Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member states *concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder* (Adopted by the Committee of Ministers on 22 September 2004 at the 896th meeting of the Ministers' Deputies), artículo 29.

¹¹² COUNCIL OF EUROPE. Explanatory Report to the Recommendation *concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder* CM(2004)97 Addendum 3 9 June 2004.

¹¹³ Por ejemplo, el principio 2 de los Principios de Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental de 1991 expresa: “Se tendrá especial cuidado, conforme a los propósitos de los presentes Principios y en el marco de la ley nacional de protección de menores, en proteger los derechos de los menores, disponiéndose, de ser necesario, el nombramiento de un representante legal que no sea un miembro de la familia.”

¹¹⁴ La traducción es mía

Europeo de Derechos Humanos, los casos Nielsen contra Dinamarca¹¹⁵ y H.M. contra Suiza¹¹⁶.

En el caso Nielsen, el ciudadano Danés Jon Nielsen fue fruto de una relación entre sus padres fuera de matrimonio. Tras la separación de la pareja, conforme a la legislación danesa de 1973, únicamente la madre ostentaba la patria potestad. Inicialmente se estableció un derecho de visitas de forma amistosa pero pronto surgieron desacuerdos que se tradujeron en sucesivos litigios que desembocaron en algunos incidentes de fuga del menor del domicilio de la madre para permanecer con el padre. La madre, aconsejada por los organismos de Bienestar Social y por un médico especialista, cuando tenía 12 años, ingresó al menor en el ala psiquiátrica del hospital del condado. El padre recurrió la decisión ante las instancias nacionales, no obteniendo pronunciamientos favorables. El internamiento se prolongó durante 5 meses y medio (la sentencia expresa que no excedió del promedio de dicho establecimiento) y el tratamiento dispensado a su problema nervioso y curación de su neurosis no incluyó medicación sino terapia psicológica. El TEDH consideró que el menor no era enfermo mental en el sentido de la legislación danesa ni la decisión de las autoridades fue realizada para tratamiento de los pacientes que padecen enfermedades de naturaleza psicótica, considerando que no existieron abusos psiquiátricos y que las restricciones que sufrió el menor no fueron superiores a las exigibles para el cuidado de un niño de 12 años en un hospital ordinario para tratamiento de trastornos de tipo físico.

El TEDH señaló que la vida familiar en los Estados Parte comprende una amplia gama de derechos y responsabilidades parentales en consideración al cuidado y custodia de los menores. El cuidado y educación de los niños normal y necesariamente requiere que los padres o sólo uno de ellos decida donde el niño debe residir y también imponer, o autorizar a otros a imponer, diferentes restricciones en la vida del menor. Por consiguiente los niños en la escuela o en otra institución de educación y recreo tienen que atenerse a ciertas normas que limitan su libertad de movimiento y su libertad en otros conceptos. Del mismo modo un menor puede tener que ser hospitalizado para recibir tratamiento médico. La vida familiar, en este sentido, y especialmente los derechos de los padres a ejercer responsabilidades parentales sobre sus hijos menores, teniendo la consideración debida a tales responsabilidades, es reconocida y protegida por el Convenio, en particular por su artículo 8. De hecho, el ejercicio de la autoridad parental constituye un elemento fundamental de la vida familiar. El Tribunal reconoce que el titular de la potestad no disfruta de derechos ilimitados pero, por ejemplo, en el caso concreto que nos atañe, estimó que una estancia en un hospital psiquiátrico prolongada no constituía internamiento a los efectos del artículo 5.1 fundamentalmente porque las restricciones de libertad de movimientos y las relaciones con el mundo exterior no fueron diferentes de las que podían imponerse a un niño en un hospital ordinario. El TEDH, recordando los casos Ashingdane y Guzzardi, concluyó que la hospitalización no llegó a ser equivalente a una privación de libertad en el sentido del artículo 5.1., sino que constituyó el “ejercicio responsable por su madre de sus derechos de custodia en interés del menor”. La sentencia tuvo bastantes votos particulares que sí consideraron que existía privación de libertad en el sentido del convenio.

¹¹⁵ Caso *Nielsen contra Dinamarca*, STEDH de 28-11-1988 (EDJ 1988/10489, Ap. 61, 70, 72 y 73)

¹¹⁶ Caso *H.M. contra Suiza*, STEDH de 26 de febrero de 2002 (Ap. 40 a 49), Base de datos HUDOC (Second Section, Application no. 39187/98)

En el caso H.M. contra Suiza, el TEDH examina el ingreso de una anciana en una residencia de mayores como consecuencia de su estado de salud. La anciana estaba siendo atendida en su domicilio por una asociación de visitas de enfermos a domicilio que constató la imposibilidad de cuidarla adecuadamente en tales circunstancias. La demandante se opuso a su traslado a la residencia. Se ordenó el internamiento conforme al Código Civil Suizo (artículo 397.a y ss.) y al derecho del cantón de Berna¹¹⁷, estimando la necesidad de tratamiento para sus escaras en las piernas y las cataratas en los ojos que sufría y las insostenibles condiciones de higiene de su domicilio que carecía de calefacción, situación que ya duraba varios años y no parecía que fuera a cambiar. El hijo con el que convivía no era capaz de proporcionarle los cuidados adecuados. El internamiento se hizo efectivo el 20 de diciembre de 1996. La demandante y su hijo presentaron recurso ante el Tribunal Federal Suizo que fue desestimado. El 14 de diciembre de 1998 cesó la medida porque la demandante accedió a permanecer en la residencia por propia voluntad. La afectada recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestando que fue internada contra su voluntad y que tenía un domicilio fijo junto a su hijo, percibiendo una pensión y que en la residencia no podía decidir libremente sobre dónde vivir o sobre los asuntos de su vida cotidiana. El TEDH recordó la doctrina ya referenciada de los casos que hemos citado anteriormente y, concretamente, el caso Nielsen. El TEDH estimó que las condiciones de higiene y vida en el domicilio de la afectada y los cuidados que recibía eran insuficientes y que la residencia, situada en una zona que la demandante conocía, podía suministrarle tales cuidados. El pabellón de la residencia donde fue alojada no era un pabellón cerrado y disponía de libertad de movimientos y mantenía contactos sociales con el mundo exterior. Por estas razones, el TEDH manifestó:

Teniendo en cuenta el conjunto de estos elementos, notablemente el hecho de que la comisión cantonal de recursos ordenó el internamiento de la demandante en su propio interés, para procurarle los cuidados médicos necesarios y condiciones de vida e higiene adecuadas, y habiendo considerado las circunstancias comparables del caso Nielsen precitado, el Tribunal concluye que, en las estas circunstancias, el internamiento de la Sra. H.M. no se analiza en una privación de libertad en el sentido del artículo 5.1 sino que constituye una medida responsable tomada por las autoridades competentes en el propio interés de la demandante. Por tanto, el artículo 5.1. no puede aplicarse en este asunto¹¹⁸.

También en este caso surgieron votos particulares, siendo de singular interés el del Juez L. LOUCAIDES. El Juez expresa, refiriéndose al caso Nielsen :

¹¹⁷ El memorándum de la Rec(2004)10, en su número 115, excluye expresamente del ámbito del capítulo III “el internamiento por razones distintas a las del trastorno mental, por ejemplo cuando una persona con demencia es internada en una residencia de tal forma que puedan satisfacerse las necesidades de cuidado personal (por ejemplo necesidad de asistencia para el vestido, lavado y baño)”. No obstante esta previsión, la cuestión de si este tipo de internamientos entra o no dentro de las previsiones del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no está del todo clara. El único pronunciamiento es precisamente esta Sentencia de la Sección 2ª del Tribunal de 26 de febrero de 2002, Asunto H.M. contra Suiza (demanda nº 39187/1998). Se aborda un supuesto que no es enteramente coincidente en nuestro Derecho y del que sí existen antecedentes en otros países (por ejemplo, el artículo 47 de la *National Assistance Act* de 1948 en el Reino Unido). Junto con los casos de enfermedad mental, debilidad mental, negligencia en el cuidado, alcoholismo y otras adicciones, el artículo 397 a y ss. del Código Civil suizo permite el internamiento de ancianos en el caso de que el anciano no pueda procurarse por otros medios el cuidado personal que necesita.

¹¹⁸ La traducción y el subrayado son míos

Los hechos que originan este caso consistían en el internamiento de un muchacho de doce años en el pabellón psiquiátrico infantil de un hospital a requerimiento de la madre que era la única titular de la patria potestad. Semejante situación no se sabría comparar con el internamiento de un adulto contra su voluntad en una residencia, que es lo que constituye el presente caso. El Tribunal ha considerado que los hechos del caso Nielsen constituían un caso de ejercicio por la madre de la patria potestad y no un ejemplo de situación que implicaba las restricciones impuestas por el Estado a la libertad de movimientos de un individuo. La afirmación del Tribunal según la cual la restricción que implica el internamiento del menor en un pabellón cerrado de psiquiatría no se analiza en una privación de libertad (afirmación que ha sido objeto de ciertas críticas extrajudiciales) se refiere a los hechos y circunstancias particulares de este caso, notablemente al hecho que se refiere a la hospitalización de un niño decidida por la madre en el cuadro de sus derechos de patria potestad; desde este punto de vista igualmente, el caso Nielsen se diferencia de forma manifiesta del presente¹¹⁹.

El Juez deja constancia de que la lista de excepciones al derecho a la libertad es de interpretación restrictiva, el Tribunal Federal Suizo analizó sólo el caso de negligencia severa en su cuidado dejando al margen el problema de la demencia senil de la anciana no quedando este factor constatado debidamente (que es la única excepción –enajenado– que recoge el convenio, no recogiendo el supuesto el artículo 5.1.e), la exposición se aparta, a su juicio, de la doctrina sentada en el caso *Ashingdane* y el hecho de que la afectada hubiera aceptado voluntariamente la medida no deja al margen su carácter imperativo conforme a la doctrina sentada en el caso *De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica*. El Juez expresa:

Estimo, por mi parte, que el hecho de establecer si una medida se analiza en una privación de libertad no depende del punto de saber si esta aspira a servir o sirve bien los intereses de la persona afectada. Ello se ilustra por el asunto precitado *De Wilde, Ooms y Versyp* y los ejemplos de internamiento de enajenados y de menores que precisan de una educación vigilada, cuya detención está específicamente justificada en virtud de las disposiciones del artículo 5.1 apartados “d” y “e” y sobre el fundamento de que su caso refiere a una “privación de libertad” aunque tal detención puede ser ordenada exclusivamente en el interés de los detenidos.

Pienso que la libertad física reviste una importancia única y que las excepciones a la prohibición de toda privación de libertad están limitadas estrictamente a aquellas que están enunciadas expresamente en los apartados del artículo 5.1. Si la privación de libertad de un individuo no se encuentra en una de estas categorías, debe estar proscrita por el artículo 5. En efecto, si las personas encargadas de aplicar o interpretar el Convenio son libres de establecer otras categorías de “privación de libertad” por las cuales la prohibición enunciada en el artículo 5 sería inaplicable, sería porque la restricción obligatoria de la libertad física de una persona es una “medida responsable” por su propio bien (como en el caso), sea por cualquier otro propósito “útil”, semejante enfoque vaciaría la prohibición de cuestión de su sentido y conduciría a una caricatura de sus objetivos. Peor, abriría la puerta a una arbitrariedad incontrolada y a los peligros reales e ilimitados para la libertad del individuo que el Convenio precisamente aspira a evitar¹²⁰.

En Estados Unidos, es de citar el caso *Parham*¹²¹. El caso versa sobre un proceso judicial entablado por menores que eran tratados en el hospital psiquiátrico estatal de Georgia que perseguía la declaración de inconstitucionalidad de los procedimientos para

¹¹⁹ La traducción es mía.

¹²⁰ La traducción es mía

¹²¹ U.S. Supreme Court. *Parham v. J.R.*, 442 U.S. 584 (1979), decidida el 26 de junio de 1979, Pte. Mr. Chief Justice Burger (FINDLAW).

internamiento voluntario infanto-juvenil en hospitales psiquiátricos debido a que se producía vulneración de la cláusula del proceso debido (*Due Process Clause*) de la decimocuarta enmienda y solicitaban un requerimiento judicial contra la futura aplicación involuntaria. Bajo la ley del Estado la admisión comenzaba con una solicitud firmada por el padre o tutor y autorización del director para admitir al menor para “observación y diagnóstico”. Si tras este período se estimaba evidencia de enfermedad mental y necesidad de tratamiento, el menor era admitido por el período y bajo las condiciones que puedan ser autorizadas por ley. La *District Court* de Georgia estimó que este esquema no era constitucional. El Tribunal Supremo consideró que sí lo era afirmando que muchos menores, incluso en la adolescencia, simplemente no son capaces de realizar decisiones razonables en muchos casos, incluyendo su necesidad de tratamiento y cuidados médicos, por lo que los padres pueden y deben hacerlo.

En España, la introducción de la equiparación de estándares en materia de garantía judicial de los ingresos fue fruto de la modificación del artículo 211 del Código Civil en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor¹²².

En lo concerniente al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) expresa que la autorización de internamiento debe recabarse aunque la persona “esté sometida a la patria potestad o a tutela”, siendo de aplicación el procedimiento y los criterios de revisión, expresando su número 2 una garantía adicional, el “previo informe de los servicios de asistencia al menor”.

El internamiento a que hace referencia el artículo 763 LEC puede ser clínico o residencial. La normativa sobre ingreso residencial se recoge en la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos que señala que el papel de los servicios sociales tiene como objetivo “garantizar a éstos el logro de adecuados niveles de desarrollo personal y de integración en la comunidad, así como la superación de las discriminaciones adicionales padecidas por los minusválidos que residen en las zonas rurales” (artículo 49). La actuación de tales servicios sociales “respetará al máximo la permanencia de los minusválidos en su medio familiar y en su entorno geográfico, mediante la adecuada localización de los mismos, a la vez que deberá contemplar, especialmente, la problemática peculiar de los disminuidos que habitan en zonas rurales” (artículo 50, letra “d”). El artículo 52, apartado cuatro, establece: “los servicios de residencias y hogares comunitarios tienen como objetivo atender a las necesidades básicas de aquellos minusválidos carentes de hogar y familia o con graves problemas de integración familiar”. El apartado seis expresa: “sin perjuicio de la aplicación de las medidas previstas con carácter general en la presente Ley, y cuando la profundidad de la minusvalía lo hiciera necesario, la persona minusválida tendrá derecho a residir y ser asistida en un establecimiento especializado”.

¹²² Disposición Final Duodécima. Modificó el primer párrafo con el siguiente tenor: “El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.”

El debate actual sobre si estos centros están incluidos en el tenor del artículo 763 ha alcanzado a muchas Audiencias que excluyen a las residencias de Tercera Edad de su ámbito. La nueva ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹²³ establece, en su artículo 4 destinado a la regulación de los derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia, un apartado segundo que expresa que tendrán derecho especialmente: “h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, *garantizándose un proceso contradictorio*”.

El artículo 5 determina que son titulares de los derechos establecidos en la presente ley aquellas personas que se encuentren en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos y que reúnan los requisitos de residencia en territorio español que la misma establece y, como ya vimos en epígrafes anteriores, los menores están incluidos y la equiparación de garantías debe ser total.

3.5.1.3. Problemas que presentan actualmente los centros especializados para menores con discapacidad.

La existencia de recursos especializados por discapacidad o trastorno mental en el sistema público de protección de menores es un hecho. No es difícil encontrar normas en las regulaciones autonómicas que expresamente traten esta cuestión¹²⁴.

¹²³ BOE de 15 de diciembre de 2006, núm. 299, páginas 4412 a 44156

¹²⁴ Por citar algunas, a título de simple ejemplo, el artículo 71 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores (EDL 1997/22221; BOE 63/1997, de 14 de marzo de 1997 Ref Boletín: 97/05498, Boletín Oficial Canarias 23/1997, de 17 de febrero de 1997) que expresa: Artículo 71.

Menores con deficiencias o discapacidades. La acogida residencial de menores con graves deficiencias o discapacidades físicas o psíquicas, o alteraciones psiquiátricas, que estén sujetos a amparo, se llevará a efecto en centros específicos, en los que se garantizará un adecuado nivel de prestaciones asistenciales, de acuerdo con sus necesidades.

El artículo 91.2 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 Illes Balears (EDL 2006/287889; BOIB 163/2006, de 18 noviembre 2006) que expresa: Artículo 91. Clasificación y tipos de centros de acogimiento residencial: 2. Los centros de acogimiento residencial, atendiendo al tipo de programa de atención residencial, pueden ser: g) Centros residenciales de acción educativa especial: destinados a la atención integral especializada en personas menores de edad con discapacidad, con problemas de salud mental o problemas graves de conducta que precisen una atención residencial por motivo de guarda o tutela, de acuerdo con la resolución de la autoridad competente. Los centros residenciales especiales podrán acoger a personas menores de edad con diagnóstico específico que no puedan integrarse en otro núcleo de convivencia.

El artículo 3 del Decreto 88/1998, de 21 de mayo, por el que se aprueba el Estatuto de las Residencias de Atención a la Infancia y Adolescencia (EDL 1998/55317; Boletín Oficial Madrid (BOCM) 126/1998, de 29 de mayo de 1998) que, al desarrollar los tipos de Residencias de Atención a la Infancia y Adolescencia recoge las denominadas *residencias especializadas* (acogen niños/as y adolescentes cuyas especiales necesidades exigen una atención profesional especializada en tanto pueden ser atendidos por un recurso más normalizado)

El artículo 69 del Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo (EDL 2008/177863; Boletín Oficial Aragón 174/2008, de 23 de octubre de 2008 que expresa: Artículo 69. Acogimientos residenciales especiales. 1. Se consideran acogimientos residenciales especiales los relativos a menores con graves deficiencias o discapacidades físicas o psíquicas o alteraciones psiquiátricas que estén sujetos a protección al encontrarse en situación legal de desamparo o en situación de guarda asumida por la Administración. Estos acogimientos se realizarán en centros específicos, con la correspondiente autorización judicial, en su caso. 2. La Dirección Provincial del Instituto Aragonés de Servicios Sociales cuidará del respeto de los derechos de estos menores, garantizándoles un adecuado nivel de prestaciones asistenciales, de acuerdo con sus necesidades. 3. Las limitaciones en el ejercicio de

Sin embargo, existen importantes problemas en lo que concierne a este tipo de centros, particularmente en lo que concierne a su ausencia real a los abusos que se han detectado y a la utilización de dispositivos inicialmente no destinados a las personas con discapacidad que se están utilizando como “cajón de sastre”.

La escasez de plazas origina frecuentes conflictos con la Administración. Generalmente suele tratarse de casos en los que la discapacidad cursa con importantes trastornos de conducta que dificultan la convivencia familiar. Se fuerza el sistema de protección (mediante el mecanismo de la cesión de guarda o el propio desamparo) a fin de obtener una plaza en un centro. La actitud de los padres, en muchos casos, es ambivalente. Por un lado desean la plaza pero por otro no están conformes en las condiciones en que esta se desarrolla. No es infrecuente que estos casos lleguen a litigio¹²⁵.

Como cualquier otro menor, los niños y niñas con discapacidad en situación de desamparo tienen derecho a la protección del Estado. Sin embargo y particularmente, en muchas ocasiones se dan supuestos en que la situación psicopatológica del menor cursa con graves trastornos de conducta (no nos referimos en este caso a los simples trastornos de la personalidad) que desbordan las posibilidades de los padres, precisando la atención de centros especializados en régimen de internamiento de una cierta duración.

La respuesta al problema suele no sólo no estar coordinada sino resultar absolutamente contradictoria (la Administración Local entiende normalmente que es un caso de desamparo; en la Administración Autonómica, los Departamentos de Sanidad y Servicios Sociales estiman que el asunto no es de su competencia, la de sanidad estima que procede el ingreso en un centro residencial y la de Bienestar Social estima que no le compete debido a la inexistencia de regulación de centro específico que sí existe, sin embargo, para adultos). El desconcierto de los padres es absoluto y la situación de drama familiar, además del peregrinar por las distintas instituciones públicas, se agrava por la carencia de soluciones ante la cruel realidad que están padeciendo.

Ante la ausencia de recurso o centro lo razonable es que se habiliten soluciones alternativas y, en cualquier caso, es necesario contar con la colaboración con la familia y la adopción de una respuesta coordinada entre los organismos implicados, principio de colaboración y participación de los afectados consagrado legalmente (artículo 15 de la L.O. 1/1996) que es común a todo el ámbito internacional¹²⁶.

Junto con estas consideraciones generales, es de estimar que la situación de desamparo que define el Código Civil no trata de regular y sancionar el ejercicio de deberes inherentes a la patria potestad, ni siquiera los inherentes a la guarda del

los derechos de estos menores, que sean necesarias para su adecuada atención, se realizarán con arreglo a la legislación vigente y con la debida autorización judicial.

¹²⁵ Ejemplo de ello es la SAP Madrid, sec. 22ª, de 22-4-2009 (nº 264/2009, rec. 1192/2008; EDJ 2009/305389; Pte: Hijas Fernández, Eduardo).

¹²⁶ Véase, en este sentido, la Recomendación nº R [98] 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la dependencia de 18 de septiembre de 1998, en el apartado correspondiente a los principios generales aplicables a los cuidadores sin estatus profesional

menor, sino la situación en que se encuentra éste. La situación de desamparo es una situación fáctica (“de hecho”) y resulta indiferente si la omisión o el inadecuado ejercicio de los deberes de protección es imputable a los padres, por ello expresamente la norma prevé que también surge el desamparo en los casos en que el ejercicio de la guarda sea imposible¹²⁷.

Los deberes básicos que integran la patria potestad están definidos en el artículo 154 del Código Civil comprendiendo el de “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”. Lo que son alimentos se define en el artículo 142 del Código Civil y comprende todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y la educación e instrucción del alimentista. La patria potestad comprende el deber de responder de los actos y omisiones de los hijos (artículo 1903 del Código Civil).

Generalmente las Consejerías reconocen que los padres no pueden cumplir adecuadamente la obligación de suministrar asistencia médica al hijo. La desatención material en el aspecto médico en el caso de un menor afectado por enfermedad mental sí que constituye causa de desamparo¹²⁸.

Muchos de estos casos podrían justificar la cesión de la guarda, cuestión a valorar caso por caso para la posible impugnación de las resoluciones administrativas denegando la protección.

Es más que probable que, en muchos casos, ante la ausencia de recurso específico, los menores permanezcan en ordinarios de la red de protección, desbordando los recursos de éste, lo que no es adecuado ni para el afectado ni para los restantes usuarios/as del centro.

Otra situación es la que estamos contemplando actualmente de utilizar un “nuevo” recurso para la atención de estos casos, los denominados centros de “formación especial” que “no están indicados para las patologías psíquicas más

¹²⁷ Esta posición es la que acoge la Audiencia Provincial de Valencia (Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, núm. 671/2002, de 16 diciembre, núm. 684/2002, de 19 diciembre o núm. 403/2003, de 17 julio).

¹²⁸ Así, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, núm. 499/2004 de 28 junio (JUR 2004/216298) o, de la misma Sección, nº 626/2004 de 2 de septiembre (rec. 907/2003; EDJ 2004/159098; Pte: Espinosa Goedert, Thea). En este último caso (psicosis infantil con etiología idiopática, con grado de disminución del 74 %), la Audiencia manifestó: “TERCERO : Los hechos esgrimidos conducen a la Sala a confirmar la sentencia de instancia por entender que a pesar de las buenas intenciones de la madre, la misma no está , en estos momentos, en una situación de estabilidad para hacerse cargo de la menor. La niña tiene un grado de disminución elevado, amén de los problemas musculares que padece, necesita una estimulación -natación, fisioterapia- para su mejora que su madre no le puede aportar; la madre tiene que volver a trabajar para el sustento de la familia y un niño de 17 años no es la persona adecuada para hacerse cargo de la menor. Es una niña que necesita cuidados todas las horas del día y ello, a nuestro pesar, no puede dispensárselos la madre. Entiende la Sala que, vigilando por el interés de la menor, es aconsejable la menor permanezca en el centro y que la madre reciba a su hija los fines de semana y vacaciones como se ha venido realizando hasta el momento actual. Sin perjuicio que, una vez la madre obtenga un trabajo con jornada laboral adaptada a los horarios de la menor, que le permitan a ella y no a su hijo hacerse cargo de la niña y se hayan trasladado al supuesto nuevo domicilio, pueda reinsertarse paulatinamente al domicilio familiar.”

graves que requieran un abordaje específico”¹²⁹. Lo anterior es importante subrayarlo porque el Informe del Defensor del Pueblo sobre “centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social” levantó una gran “tormenta mediática”¹³⁰. No se trataba de un monográfico sobre la situación global del acogimiento residencial en el sistema de protección de la infancia sino sólo se ocupaba de un grupo de centros para menores que presentan “trastornos de conducta o situación de dificultad social”. El propio informe expresaba¹³¹

Los recursos disponibles siguen siendo insuficientes para atender la creciente demanda de atención a jóvenes con trastornos de conducta y en situación de dificultad social. Y ello, en la práctica, supone que, en muchos casos, los menores sean derivados a un centro específico en razón no de la adecuada indicación clínica o diagnóstica, sino en función de las vacantes existentes en el momento del ingreso.

Además, no están delimitadas ni legal ni administrativamente, y nos atreveríamos a decir que tampoco desde una perspectiva clínica, las razones por las que un menor con problemas de conducta requiere un tipo de atención específica en un centro determinado, y menos aún el procedimiento por el que se decide su ingreso en un establecimiento concreto, ni los criterios que aconsejan que sea precisamente ese centro y no otro, el más adecuado a sus necesidades.

Se ofreció, por los medios, una visión de maltrato institucional en la totalidad de los centros de atención de menores lo cual es rigurosamente falso. El propio informe del Defensor del Pueblo señala en las conclusiones del informe, aunque refiriéndose únicamente al personal de este tipo concreto de recursos, que “la implicación y entrega del personal que trabaja en estos centros, cuya tarea merece el debido reconocimiento social, es primordial para el éxito de una intervención pedagógica con los menores” y que “en muchos casos, el personal se encuentra desmotivado por un trabajo muy estresante, con escaso soporte y formación continua, con horarios variables, una exigencia de disponibilidad total, un salario no especialmente motivador, y un proyecto cuya gratificación se percibe a medio/largo plazo”. La sensación que se trasladó a la población repercutió de forma negativa en el colectivo general de trabajadores de este sector, ya de por sí muy castigado de forma injusta y cuyo trabajo, repitiendo lo que manifiesta el citado informe, “merece el debido reconocimiento social”.

Dicho lo anterior, es necesario precisar que tampoco se trata de un problema geográficamente determinado. En las páginas 245 y 246 del referido informe se señala que

Como se deduce de la información recibida de las administraciones públicas que se recoge en la tabla precedente, el número total de centros de atención a menores en situación de especial dificultad social existentes en España es de 58, si bien su distribución geográfica no

¹²⁹ Según refiere el “protocolo básico de actuación en centros y/o residencias con menores diagnosticados de trastornos de conducta” consensuados en la Comisión interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia el 20 de mayo de 2010.

¹³⁰ También de interés, AMNISTÍA INTERNACIONAL (SECCIÓN ESPAÑOLA). Menores en centros de protección terapéuticos: “Si vuelvo, ¡me mato!” diciembre de 2009

¹³¹ DEFENSOR DEL PUEBLO. *Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*. febrero de 2009. Página 18. También de interés: AMNISTÍA INTERNACIONAL (SECCIÓN ESPAÑOLA). *Menores en centros de protección terapéuticos: “Si vuelvo, ¡me mato!”* diciembre de 2009

obedece a criterios de planificación previa. La gran mayoría de los recursos se concentran en Andalucía (36%), seguida de Madrid y País Vasco (10%), y Cataluña (9%). Comunidades como Asturias, Extremadura, Illes Balears, o La Rioja, y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, no cuentan con ningún centro, por lo que se ven en la necesidad de derivar a los menores a centros de otras comunidades autónomas.

Las conclusiones del informe y las recomendaciones (que se comparten) hacen referencia a los “centros de salud mental infanto-juvenil” (en sentido amplio y entendido este término dentro del área de Bienestar Social y no dentro de los recursos sanitarios, incluyendo también los centros terapéuticos por motivo de drogodependencia) y al que se ha denominado “centro de formación especial” del que hemos hablado. El propio informe concluye¹³² expresando que “la insuficiente respuesta por parte de los servicios educativos y de salud mental para atender a menores en situación de dificultad social que padecen trastornos de conducta, ha propiciado que la familia tenga que asumir esta responsabilidad con muy poco apoyo profesional”. El desarrollo de un marco normativo se prevé necesario en el marco de una ordenada planificación.

Dicho lo anterior, es necesario precisar que, junto con la garantía judicial de internamiento de los centros de salud mental infanto-juvenil es necesario incorporar al ámbito de las inspecciones una serie de componentes que deben ser objeto de análisis en las inspecciones de este tipo de centros. Tales son:

- Las generales de los centros de protección, como son el cumplimiento de los requisitos reglamentarios en materia de instalaciones y personal, comprobando especialmente el cumplimiento de la ratio de este último y su formación, examen del proyecto educativo y normas de convivencia, régimen de visitas y el análisis de las quejas presentadas por los usuarios/as.
- Comprobar el cumplimiento de los protocolos de ingreso en tales centros, la realización de los planes de intervención individualizados y del cumplimiento de la obligación escolar.
- Que se haya realizado una valoración médica adecuada y estén determinadas las pautas de medicación en caso de ser necesaria, evitando posibles recursos a medios de contención química, comprobando las exigencias del derecho al consentimiento informado.
- Particular atención debe prestarse a los protocolos de contención física y mecánica y a la preparación del personal en este sentido. Deben investigarse las quejas recibidas sobre estos particulares.
- Seguimiento estadístico de casos con examen particular de la duración de cada uno de los ingresos.
- Comprobación de las autorizaciones de internamiento y del seguimiento judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 763 LEC.

Junto con lo anterior, hemos de recordar que el Comité de Ministro del Consejo de Europa ha expresado la necesidad de desinstitucionalización de los menores con discapacidad¹³³ estableciendo una serie de acciones generales para apoyar este tipo de

¹³² Página 390

¹³³ Recommendation CM/Rec(2010)2 of the Committee of Ministers to member states on *deinstitutionalisation and community living of children with disabilities* (Adopted by the Committee of Ministers on 3 February 2010 at the 1076th meeting of the Ministers' Deputies)

estrategias dado que este tipo de procesos son a largo plazo y requieren una planificada y estructurada transición que abarca un conjunto de actuaciones multidisciplinar. Los siguientes aspectos deben tomarse en consideración:

- La creación de un sistema multidisciplinar en el plano nacional para identificar y evaluar la capacidad y sus necesidades.
- Programas de apoyo para los progenitores
- Provisión de varios tipos de servicios
- Consideración apropiada de las necesidades individuales de los menores y sus familias.
- Disponibilidad de varias medidas para permitir a las familias estancias de respiro y prevención de crisis.
- Continuidad de servicios y planificación de los períodos de transición (niñez-adolescencia, preescolar-escuela, escuela-mayoría de edad)
- Promover y apoyar la participación de las familias
- No promover el establecimiento de nuevas instituciones.
- La planificación estratégica pública debe incluir: la prevención de la institucionalización, la prevención de cualquier prolongación de la estancia inicial prevista para corto plazo, la desinstitucionalización de aquellos que permanecen largo tiempo en las instituciones y la creación de servicios de orientación comunitaria.
- La necesidad de constante revisión.
- La coordinación con los servicios comunitarios y la eliminación de las resistencias al cambio.
- El respeto al principio general del interés del menor.
- La elaboración de legislación adecuada sobre creación de redes de cuidados de orientación comunitaria que tenga en cuenta factores como la pobreza y la reducción de la exclusión social, con implicación de las organizaciones no gubernamentales.
- La evaluación de los procesos legislativos y de acción política. Particularmente mediante el refuerzo del papel del Defensor del Pueblo.
- Participación de las organizaciones de padres y de las organizaciones no gubernamentales.
- Financiación adecuada.

En caso de ser necesaria la separación del núcleo familiar o no encontrarse familia de acogida, el tipo de recurso residencial debe ser de pequeñas dimensiones que se aproximen en la medida de lo posible a un entorno familiar.

El Defensor del Pueblo también se ha hecho eco, en este sentido, de las recomendaciones de la “Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud”¹³⁴. Particularmente son de interés las recomendaciones de este último documento referentes a la mejora del acceso a todos los dispositivos o programas terapéuticos y

¹³⁴ Página 406

rehabilitadores en las estructuras territoriales y la creación de un continuo de servicios que comprendan diferentes áreas (sanitaria, bienestar social, empleo, etc)¹³⁵.

4. LA EDUCACIÓN OBLIGATORIA Y LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD¹³⁶

4.1. INTRODUCCIÓN

Los sistemas educativos nacionales se formaron en el siglo XIX, fundamentalmente en el último tercio cuando, como respuesta a las nuevas demandas de la sociedad, la mayoría de los países occidentales y otros, como Japón, crearon sistemas más o menos eficaces y amplios de educación pública. Los procesos no fueron homogéneos y dependieron de las características particulares de cada país pero podemos subrayar dos tendencias: la universalización de la enseñanza (que no era nueva ya a finales del siglo XVIII) y la intervención estatal.

La declaración de obligatoriedad escolar se inscribe en este contexto y constituye una técnica de intervención estatal en materia de enseñanza que se introdujo, no sin polémicas, en los distintos países, en muchos de ellos tardíamente, cuando ya se había conseguido un importante avance en los objetivos de alfabetización de la población.

Tras una primera oleada de normas tendentes a su consagración legal durante el siglo XIX de las que son muestra, por ejemplo, la *Massachusetts School Attendance Act* de 1852 en Estados Unidos (que iniciará un amplio número de disposiciones que extenderán la educación obligatoria elemental a todo el país), la *Elementary Education Act* de 1870 (conocida como *Forster Act*) en Inglaterra, la *Loi n° 11 696* de 28 Marzo de 1882 (del Ministro Jules Ferry) en Francia, la *Legge 13 novembre 1859, n. 3725 sul Riordinamento dell'Istruzione pubblica* (del Ministro Gabrio Casati) y la posterior de 15 de julio de 1877 (del Ministro Michele Coppino) en Italia, progresivamente, en el siglo XX, fueron introduciéndose preceptos en los diferentes textos constitucionales afirmando este derecho.

Es evidente que el proceso de implantación de un sistema educativo general no es tarea fácil y depende directamente de los recursos económicos del Estado en cuestión que permitan la creación de infraestructuras suficientes. La construcción de estos sistemas a lo largo del siglo XX ha sufrido los avatares de la inestabilidad política y de los diferentes períodos de penuria económica. Sin embargo, lo cierto es que en el último siglo ha existido un descenso espectacular de las tasas de analfabetismo en los países europeos y, por otro lado, el derecho a la enseñanza obligatoria ha pasado de ser un principio programático a convertirse en un verdadero derecho subjetivo exigible. Junto a lo anterior, es de hacer constar que en Europa se ha desarrollado un proceso de

¹³⁵ MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud. Estrategia aprobada por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 11 de diciembre de 2006. Madrid, 2007, página 98.

¹³⁶ Sobre esta materia, remito a mi trabajo FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy. *Defensa del Derecho a la enseñanza obligatoria: El papel del Ministerio Fiscal*. Edita: Fundación Aequitas. Colección "La llave" n° 6, Madrid, 2011.

acercamiento de los distintos sistemas de legislación que permite hablar de soluciones comunes en muchos ámbitos, no sólo en el que ahora es objeto de atención.

En la Unión Europea, la enseñanza obligatoria se extiende durante un período que oscila entre los 9 y los 13 años. En algunos países, la enseñanza a tiempo completo cambia a tiempo parcial durante el último o los últimos años. En general, la enseñanza obligatoria comienza a la edad de 6 años. Todos los niños de la Unión entre los 7 y los 15 años reciben enseñanza a tiempo completo. En muchos países, los niños reciben también enseñanza infantil antes de entrar a la primaria. En algunos países los alumnos de secundaria pueden optar por ramas o tipos de enseñanza específica.

Tras la segunda Guerra Mundial, tendrá reconocimiento en distintas declaraciones internacionales de derechos humanos. Así, el artículo 26.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 expresa que “toda persona tiene derecho a la educación”, que “la educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental” y que “la instrucción elemental será obligatoria”¹³⁷. Del mismo modo, el artículo 13.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 expresa, en este sentido y tras reconocer en su apartado 1 “el derecho de toda persona a la educación”, que “la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente”. El mismo artículo expresa: “la enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”.

Como señala el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹³⁸, el derecho a la educación, reconocido en los artículos 13 y 14 del Pacto, así como en otros tratados internacionales, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es de vital importancia. Se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es todos esos derechos al mismo tiempo. También, de muchas formas, es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos.

La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras

¹³⁷ El apartado 2 del artículo 26 expresa que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.

¹³⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. (HRI/GEN/1/Rev.7) 12 de mayo de 2004, página 67

que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues disponer de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana¹³⁹.

El elemento de obligatoriedad sirve para destacar el hecho de que ni los padres ni los tutores, ni el Estado, tienen derecho a tratar como optativa la decisión de si el niño debe tener acceso a la enseñanza primaria. Análogamente, la prohibición de la discriminación por motivo de sexo en el acceso a la educación, que se exige también en los artículos 2 y 3 del Pacto, queda puesta más de relieve por esta exigencia. Sin embargo, debería subrayarse que la obligatoriedad solamente se puede justificar si la educación ofrecida es de calidad adecuada, pertinente y promueve la realización de otros derechos del niño.

La aplicación concreta dependerá de las condiciones que imperen en un determinado Estado Parte pero la educación, en todas sus formas y en todos los niveles, debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas¹⁴⁰:

a) *Disponibilidad*. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan.

b) *Accesibilidad*. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente: No discriminación, accesibilidad material (bien por su localización geográfica o por medio de la tecnología moderna) y accesibilidad económica (mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Parte que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita).

c) *Aceptabilidad*. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, para los padres.

d) *Adaptabilidad*. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

Para la interpretación correcta de "enseñanza primaria", el Comité se guía por la Declaración Mundial sobre Educación para Todos¹⁴¹, donde se afirma que "el principal sistema para impartir la educación básica fuera de la familia es la escuela primaria". La educación primaria debe ser universal, garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje de todos los niños y tener en cuenta la cultura, las necesidades y las posibilidades de la comunidad (art. 5). La Declaración define "las necesidades básicas de aprendizaje" en su artículo 1. Si bien enseñanza primaria no es sinónimo de educación básica, hay una estrecha correlación entre ambas. A este respecto, el Comité suscribe la posición del UNICEF: "la enseñanza primaria es el componente más importante de la educación básica".

¹³⁹ *Op. Cit.*, página 79

¹⁴⁰ *Op. Cit.*, páginas 80 y 81

¹⁴¹ *Declaración Mundial sobre Educación para Todos. Satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje*. Aprobada por la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos, celebrada en Jomtien (Tailandia) del 5 al 9 de marzo de 1990. De interés también el *Marco de Acción de Dakar. Educación para Todos: cumplir nuestros compromisos comunes* Adoptado en el Foro Mundial sobre la Educación Dakar (Senegal), 26-28 de abril de 2000. UNESCO, 2000

Por último, el Comité expresa que el contenido de la enseñanza secundaria varía entre los Estados Partes y, con el correr del tiempo, implica la conclusión de la educación básica y la consolidación de los fundamentos del desarrollo humano y del aprendizaje a lo largo de toda la vida. Prepara a los estudiantes para la enseñanza superior y profesional. El apartado b) del párrafo 2 del artículo 13 se aplica a la enseñanza secundaria "en sus diferentes formas", reconociéndose con ello que la enseñanza secundaria exige planes de estudio flexibles y sistemas de instrucción variados que se adapten a las necesidades de los alumnos en distintos contextos sociales y culturales. El Comité estimula la elaboración y la aplicación de programas "alternativos" en paralelo con los sistemas de las escuelas secundarias normales.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en su artículo 28, también reconoce el derecho del niño a la educación y, dentro del contenido de ese derecho establece la obligación de los Estados Parte de "implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos" y "fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria". Además de ello la Convención exige a los Estados "adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar".

El Comité de los Derechos del Niño expresó que si en el artículo 28 se destacan las obligaciones de los Estados Partes en relación con el establecimiento de sistemas educativos y con las garantías de acceso a ellos, en el párrafo 1 del artículo 29 se subraya el derecho individual y subjetivo a una determinada calidad de la educación¹⁴². En armonía con la importancia que se atribuye en la Convención a la actuación en bien del interés superior del niño, en este artículo se destaca que la enseñanza debe girar en torno al niño: que el objetivo principal de la educación es el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad, reconociéndose el hecho de que cada niño tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias¹⁴³. Por lo tanto, el programa de estudios debe guardar una relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico del niño y con sus necesidades presentes y futuras, y tomar plenamente en cuenta las aptitudes en evolución del niño; los métodos pedagógicos deben adaptarse a las distintas necesidades.

La educación también debe tener por objeto velar para que se asegure a cada niño la preparación fundamental para la vida activa y para que ningún niño termine su escolaridad sin contar con los elementos básicos que le permitan hacer frente a las dificultades con las que previsiblemente se topará en su camino. Los conocimientos

¹⁴² El artículo 29.1 de la citada Convención expresa que los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades. b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas. c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya. d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena. e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

¹⁴³ UNESCO, Declaración de Salamanca y Marco de Acción sobre Necesidades Educativas Especiales, 1994.

básicos no se limitan a la alfabetización y a la aritmética elemental sino que comprenden también la preparación para la vida activa, por ejemplo, la capacidad de adoptar decisiones ponderadas; resolver conflictos de forma no violenta; llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias y asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, dotes creativas y otras aptitudes que den a los niños las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales¹⁴⁴.

En el último decenio se han registrado avances notables de la escolarización en la enseñanza primaria. Muchos países que a principios del decenio parecían estar lejos de poder alcanzar en 2015 el objetivo de la enseñanza primaria universal (EPU) tienen, hoy en día, posibilidades reales de lograrlo. No obstante, el ritmo de los avances ha sido desigual e incluso puede que se esté desacelerando¹⁴⁵. Las cifras mundiales de niños sin escolarizar son sumamente sensibles a los cambios de situación que puedan darse en un número reducido de países. Actualmente, más de la mitad de esos niños se concentran en un grupo de 15 Estados solamente.

4.2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN ESPAÑA

España no se ha sustraído a este proceso. Ya JOVELLANOS, a principios del siglo XIX había propuesto que la instrucción nacional o pública que comprendía la educación física, la literaria y las ciencias debía ser gratuita, uniforme y estar bajo la autoridad y vigilancia del Estado¹⁴⁶. La Constitución de 1812 expresaba: “En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles” (Art. 366). El 21 de julio de 1838¹⁴⁷ se aprobó la Ley que autorizó provisionalmente el plan de instrucción primaria que establecía que “todo pueblo que llegue a 100 vecinos estará obligado a sostener una escuela primaria elemental completa” (artículo 7). La ley también disponía que “los niños pobres, a juicio del ayuntamiento, serán admitidos gratuitamente a la escuela, oyendo previamente al maestro”. La obligación de asistencia, sin embargo, no era exigible.

Fue, posteriormente, la Ley de 9 de septiembre de 1857 del Ministro de Fomento Claudio Moyano¹⁴⁸ la que estableció que “la primera enseñanza elemental es obligatoria para todos los españoles”, expresando que “los padres y tutores o encargados enviarán a las escuelas públicas a sus hijos y pupilos desde la edad de seis años hasta la de nueve; a no ser que les proporcionen suficientemente esta clase de instrucción en sus casas o en establecimiento particular” (artículo 7). No obstante, la implantación real de la enseñanza obligatoria vendría más tarde, a principios del siglo XX, con toda una corriente de normas destinadas a la protección de la infancia y a impulso del Conde de

¹⁴⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Recopilación de las Observaciones Generales..., páginas 332 y ss.

¹⁴⁵ UNESCO. *Informe de Seguimiento de la EPT en el Mundo 2011. Una crisis encubierta: conflictos armados y educación*. París, 2011, páginas 7, 8 y 46 a 61.

¹⁴⁶ VARELA, Julia/ÁLVAREZ-URÍA, Fernando. *Arqueología de la Escuela*. Ediciones Endymion, Madrid, 1991, páginas 145 y ss. (Gaspar Melchor de JOVELLANOS. *Bases para la formación de un plan de Instrucción Pública*, dirigido a la Junta Central en 1809). Los autores destacan la importancia que tuvieron las *escuelas de primeras letras de los escolapios* y las *escuelas patrióticas fundadas por las Sociedades Económicas de Amigos del País* (páginas 159 a 178) en la España de Carlos III.

¹⁴⁷ Gaceta de Madrid, nº 1831, Martes 28 de agosto de 1838.

¹⁴⁸ Gaceta de Madrid, número 1.710, Jueves 10 de septiembre de 1857.

Romanones¹⁴⁹. Finalmente, la reforma de los artículos 7 y 8 de la Ley se realizó el 23 de junio de 1909, siendo Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes D. Faustino Rodríguez San Pedro¹⁵⁰, concretando la edad entre los 6 y los 12 años.

Posteriormente, la Ley de Educación Primaria de 17 de julio de 1945¹⁵¹ reconocía que la aplicación de la ley de 1857 había sufrido el “azote de la inestabilidad política” y declaró en sus artículos 12 a 14 la obligatoriedad de un mínimo de educación primaria para todos los españoles, haciendo incompatible en el niño de edad escolar toda actividad que no fuera la propia de su educación primaria, estableciendo el período en disposición especial, declarando su gratuidad y el sistema de separación de sexos. La disposición especial la constituiría el Decreto de 7 de septiembre de 1954 por el que se dan normas sobre asistencia escolar obligatoria en las Escuelas de Enseñanza Primaria¹⁵², que mantenía el tramo de 6 a 12 años (artículo primero).

En 1860 había en España poco más de tres millones de personas que supiesen leer y escribir y una población que superaba ampliamente los quince millones. Cien años más tarde se registraban casi veintitrés millones de alfabetizados y treinta millones y medio de habitantes. En un siglo la población alfabetizada aumentó cerca de veinte millones, a un ritmo medio de unos doscientos mil por año. Este incremento no se distribuyó de forma homogénea durante todo el período. Entre 1910 y 1940 se producen los avances más importantes, aumentando la tasa veintiocho puntos. A partir de aquí, con una tasa de alfabetización del 66,15%, aunque se continúa avanzando, especialmente en términos absolutos, se observa una progresiva ralentización del crecimiento¹⁵³.

Por Ley 27/1964, de 29 de abril¹⁵⁴, se amplió el margen de edad y la enseñanza se declaró obligatoria hasta los 14 años¹⁵⁵. Posteriormente, la Ley 14/1970 de 4 de agosto, general de educación y financiamiento de la Reforma Educativa¹⁵⁶, establecería un nivel de Educación General Básica dividido en dos etapas que comprendería 8 años de estudio a cumplir normalmente entre los 6 y 13 años de edad (artículo 15.2).

El artículo 27.1 de la Constitución de 1978 establecerá que “todos tienen el derecho a la educación”. El número 2 del citado artículo expresa: “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. En lo que

¹⁴⁹ Proyecto de Ley de bases de reorganización de la enseñanza de 10 de octubre de 1902 (Gaceta de Madrid, Año CCXLI, número 309, Miércoles 5 de noviembre de 1902, Tomo IV, página 419 y ss.)

¹⁵⁰ Gaceta de Madrid, Año CCXLVIII, Tomo II, Viernes 25 de junio de 1909, número 176, páginas 1549 y ss. No obstante, en 1922 se reconocía en el preámbulo de un decreto los elevados porcentajes de analfabetismo existentes en la población escolar española (R.D. de 26 de agosto de 1922, Gaceta de Madrid, número 248 de 5 de septiembre de 1922).

¹⁵¹ BOE, número 199 de 18 de julio de 1945, páginas 385 y ss.

¹⁵² BOE, número 300 de 27 de octubre de 1954

¹⁵³ DE GABRIEL, Narciso. “Alfabetización, semialfabetización y analfabetismo en España (1860-1991)”, *Revista Complutense de Educación*, vol. 8, nº 1, 1997. Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense. Madrid, 1997, páginas 199 a 231.

¹⁵⁴ BOE, número 107 de 4 de mayo de 1964, página 5696.

¹⁵⁵ La prolongación de la edad escolar será tónica general de los países europeos. Así, por ejemplo, en Italia, en 1904, la escuela será obligatoria hasta los 12 y, tras la ley de 1923 hasta los 14; en Francia, se elevará a 16 en 1959 y en Inglaterra, la *Fisher Education Act* (1918) hará obligatoria la escuela hasta los 14, elevándose a 15 en 1944. (BECCHI, Egle/JULIA, Dominique. *Op. Cit.*, página 420)

¹⁵⁶ BOE 187/1970, de 6 agosto 1970 Ref Boletín: 70/00852

nos afecta, el número 4 establece que “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita”. Como expresa el artículo 10.2, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

No era la primera vez que en una Constitución Española se expresaba la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria dado que ya lo había sido en el artículo 48 de la Constitución de 1931 (las anteriores habían prestado más atención a la libertad de enseñanza que a este apartado); sin embargo, la Constitución de 1978 avanza más puesto que el artículo 27 se incluye dentro de la Sección Primera (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas) del Capítulo II para los que se otorga una protección reforzada en el artículo 53, números 1 y 2. La educación obligatoria pasa a transformarse de un principio programático dependiente de las contingencias presupuestarias (como lo son los principios recogidos en el capítulo III en su naturaleza de derechos económicos, sociales y culturales) a un derecho público subjetivo exigible.

Más tarde, la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo¹⁵⁷ establecerá, junto al tramo de educación primaria comprendido entre los 6 y 12 años de edad (artículo 12), un segundo período de *educación secundaria obligatoria* que se extiende hasta los 16 años, constituyendo ambos períodos la denominada *enseñanza básica* que es obligatoria y gratuita (artículo 5).

Actualmente, las normas fundamentales de desarrollo del derecho a la educación están constituidas por la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación¹⁵⁸ y la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación¹⁵⁹. La primera de estas normas expresa, en su artículo 1, que “todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad” y que “esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de educación general básica y, en su caso, en la formación profesional de primer grado, así como en los demás niveles que la ley establezca”.

La segunda establece en su artículo 3.3 que “la educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la educación básica”, estableciendo su artículo 4 que dicha enseñanza es obligatoria y gratuita y comprende diez años de escolaridad que se desarrollan regularmente entre los 6 y los 16 años de edad aunque los alumnos tienen derecho a permanecer en el régimen ordinario hasta los 18 años de edad cumplidos en el año en que finalice el curso en las condiciones establecidas en la Ley. La Ley, conforme reza su Exposición de Motivos, está presidida por tres principios: calidad¹⁶⁰, esfuerzo compartido¹⁶¹ y compromiso con los objetivos educativos de la Unión Europea.

¹⁵⁷ BOE nº 258, de 4 de octubre

¹⁵⁸ BOE 159/1985, de 4 de julio de 1985 Ref Boletín: 85/12978

¹⁵⁹ BOE 106/2006, de 4 de mayo de 2006 Ref Boletín: 06/07899 (EDL 2006/36961). Conforme a su Disposición Derogatoria Única, deroga las siguientes leyes: a) Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa. b) Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo. c) Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros Docentes. d) Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación. e) Ley 24/1994, de 12 de julio, por la que se establecen normas sobre concursos de provisión de puestos de trabajo para funcionarios docentes.

¹⁶⁰ El objetivo consiste en mejorar los resultados generales y en reducir las todavía elevadas tasas de terminación de la educación básica sin titulación y de abandono temprano de los estudios. Al mismo

La educación primaria comprende seis cursos académicos, que se cursarán ordinariamente entre los seis y los doce años de edad. Comprende tres ciclos de dos años académicos cada uno y su finalidad es proporcionar a todos los niños y niñas una educación que permita afianzar su desarrollo personal y su propio bienestar, adquirir las habilidades culturales básicas relativas a la expresión y comprensión oral, a la lectura, a la escritura y al cálculo, así como desarrollar las habilidades sociales, los hábitos de trabajo y estudio, el sentido artístico, la creatividad y la afectividad.

El alumnado accederá al ciclo educativo o etapa siguiente siempre que se considere que ha alcanzado las competencias básicas correspondientes y el adecuado grado de madurez. No obstante, el alumnado que no haya alcanzado alguno de los objetivos de las áreas podrán pasar al ciclo o etapa siguiente siempre que esa circunstancia no les impida seguir con aprovechamiento el nuevo curso. En este caso recibirán los apoyos necesarios para recuperar dichos objetivos. En el supuesto de que un alumno no haya alcanzado las competencias básicas, podrá permanecer un curso más en el mismo ciclo. Esta medida podrá adoptarse una sola vez a lo largo de la educación primaria y con un plan específico de refuerzo o recuperación de sus competencias básicas.

La etapa de educación secundaria obligatoria comprende cuatro cursos, que se seguirán ordinariamente entre los doce y los dieciséis años de edad. Su finalidad consiste en lograr que los alumnos y alumnas adquieran los elementos básicos de la cultura, especialmente en sus aspectos humanístico, artístico, científico y tecnológico; desarrollar y consolidar en ellos hábitos de estudio y de trabajo; prepararles para su incorporación a estudios posteriores y para su inserción laboral y formarles para el ejercicio de sus derechos y obligaciones en la vida como ciudadanos. En esta etapa se prestará especial atención a la orientación educativa y profesional del alumnado.

Los alumnos promocionarán de curso cuando hayan superado los objetivos de las materias cursadas o tengan evaluación negativa en dos materias, como máximo y repetirán curso cuando tengan evaluación negativa en tres o más materias. Excepcionalmente, podrá autorizarse la promoción de un alumno con evaluación negativa en tres materias cuando el equipo docente considere que la naturaleza de las mismas no le impide seguir con éxito el curso siguiente, se considere que tiene expectativas favorables de recuperación y que dicha promoción beneficiará su evolución académica. El alumno podrá repetir el mismo curso una sola vez y dos veces como máximo dentro de la etapa. Excepcionalmente, un alumno podrá repetir una segunda vez en cuarto curso si no ha repetido en los cursos anteriores de la etapa. Los alumnos que al finalizar el cuarto curso de educación secundaria obligatoria no hayan obtenido la

tiempo, debe garantizarse una igualdad efectiva de oportunidades, prestando los apoyos necesarios, tanto al alumnado que lo requiera como a los centros en los que están escolarizados.

¹⁶¹ Consiste en la necesidad de que todos los componentes de la comunidad educativa colaboren para conseguir ese objetivo de éxito escolar. Las familias habrán de colaborar estrechamente y deberán comprometerse con el trabajo cotidiano de sus hijos y con la vida de los centros docentes. Los centros y el profesorado deberán esforzarse por construir entornos de aprendizaje ricos, motivadores y exigentes. Las Administraciones educativas tendrán que facilitar a todos los componentes de la comunidad escolar el cumplimiento de sus funciones, proporcionándoles los recursos que necesitan y reclamándoles al mismo tiempo su compromiso y esfuerzo. La sociedad, en suma, habrá de apoyar al sistema educativo y crear un entorno favorable para la formación personal a lo largo de toda la vida.

titulación podrán realizar una prueba extraordinaria de las materias que no hayan superado^{162 163}.

Nuestras estadísticas están bastante lejos de ser óptimas. En 2005, en la franja de población entre 25 a 64 años, la media de la OCDE en cuanto a titulados con formación igual o superior al segundo ciclo de secundaria fue del 68 %, mientras que la media en España fue del 49 %¹⁶⁴. En 2008, la media se situó en el 71%, mientras que en España sólo alcanzó el 51%¹⁶⁵. Por último, reseñar que, en lo concerniente a competencias, los resultados de los informes PISA 2000, 2003, 2006 y 2009 reseñan que nuestros niveles de puntuación son inferiores a la media de la OCDE aunque las interpretaciones de nuestro Gobierno han presentado discrepancias a estos resultados¹⁶⁶.

4.3. MEDIDAS DIRIGIDAS A LA INSERCIÓN EDUCATIVA

4.3.1. Introducción

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación expresa que, a fin de garantizar la equidad, el título II aborda los grupos de

¹⁶² Téngase en cuenta que el artículo 30 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación permite, (tras su redacción por Ley Orgánica 4/2011, que configuraba esta posibilidad como excepcional para los alumnos de edad inferior a 16 años) a los alumnos que hayan cumplido 15 años, con el acuerdo de alumnos y padres o tutores, acceder a los *Programas de Cualificación Profesional Inicial* (PCPI) para el que se considere que es la mejor opción para alcanzar los objetivos de la etapa.. El objetivo de los programas de cualificación profesional inicial es que todos los alumnos alcancen competencias profesionales propias de una cualificación de nivel uno de la estructura actual del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales creado por la Ley 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, así como que tengan la posibilidad de una inserción sociolaboral satisfactoria y amplíen sus competencias básicas para proseguir estudios en las diferentes enseñanzas. Los programas de cualificación profesional inicial incluirán tres tipos de módulos: a) Módulos específicos referidos a las unidades de competencia correspondientes a cualificaciones de nivel uno del Catálogo citado. b) Módulos formativos de carácter general, que amplíen competencias básicas y favorezcan la transición desde el sistema educativo al mundo laboral. c) Módulos de carácter voluntario para los alumnos, que conduzcan a la obtención del título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria y que podrán cursarse de manera simultánea con los módulos a los que se refieren los anteriores párrafos a) y b) o una vez superados éstos.

¹⁶³ Téngase en cuenta que los alumnos que cursen la Educación Secundaria Obligatoria y no obtengan el título recibirán una certificación oficial en la que constará el número de años cursados y el nivel de adquisición de las competencias básicas. Las Administraciones educativas, al organizar las pruebas libres para la obtención del título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria, determinarán las partes de la prueba que tienen superadas. (artículo 31 apartados 3 y 4, tras redacción por LO 4/2011)

¹⁶⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Education at a Glance 2007. OECD indicators*. OECD, 2007, página 37

¹⁶⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Education at a Glance 2010. OECD indicators*. OECD, 2010, página 35

¹⁶⁶ Véanse las conclusiones del informe del Ministerio de Educación y Ciencia de los siguientes informes: Resultados en España del estudio PISA 2000 (disponible en internet <http://www.oei.es/quipu/espana/pisa2000.pdf>); Evaluación PISA 2003. Resumen de los primeros resultados en España (disponible en internet: http://www.oei.es/quipu/espana/resumen_pisa2003.pdf), Comunicado del Ministerio de Educación y Ciencia sobre el informe de la OCDE PISA 2006 (Madrid, 29 de noviembre de 2007) y Nota de prensa de 31 de diciembre de 2010 sobre Presentación del Informe PISA 2009 elaborado por la OCDE (<http://www.educacion.gob.es/horizontales/prensa/notas/2010/12/informe-pisa-ant.html>)

alumnos que requieren una atención educativa diferente a la ordinaria por presentar alguna necesidad específica de apoyo educativo y establece los recursos precisos para acometer esta tarea con el objetivo de lograr su plena inclusión e integración. Se incluye concretamente en este título el tratamiento educativo de las alumnas y alumnos que requieren determinados apoyos y atenciones específicas derivadas de circunstancias sociales, de discapacidad física, psíquica o sensorial o que manifiesten trastornos graves de conducta. También precisan un tratamiento específico los alumnos con altas capacidades intelectuales y los que se han integrado tarde en el sistema educativo español.

La adecuada respuesta educativa a todos los alumnos se concibe a partir del principio de inclusión, entendiendo que únicamente de ese modo se garantiza el desarrollo de todos, se favorece la equidad y se contribuye a una mayor cohesión social. La atención a la diversidad es una necesidad que abarca a todas las etapas educativas y a todos los alumnos. Es decir, se trata de contemplar la diversidad de las alumnas y alumnos como principio y no como una medida que corresponde a las necesidades de unos pocos. La programación de la escolarización en centros públicos y privados concertados debe garantizar una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad de apoyo educativo.

La Ley trata asimismo de la compensación de las desigualdades a través de programas específicos desarrollados en centros docentes escolares o en zonas geográficas donde resulte necesaria una intervención educativa compensatoria, y a través de las becas y ayudas al estudio, que tienen como objetivo garantizar el derecho a la educación a los estudiantes con condiciones socioeconómicas desfavorables.

El artículo 1 de la Ley recoge, entre los principios que inspiran el sistema educativo español el de “equidad que garantice la igualdad de oportunidades, la inclusión educativa y la no discriminación y actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que deriven de discapacidad” y “la flexibilidad para adecuar la educación a la diversidad de aptitudes, intereses, expectativas y necesidades del alumnado, así como a los cambios que experimentan el alumnado y la sociedad”. El artículo 4 de la ley, que regula la enseñanza básica obligatoria, establece que “sin perjuicio de que a lo largo de la enseñanza básica se garantice una educación común para los alumnos, se adoptará la atención a la diversidad como principio fundamental” y que “cuando tal diversidad lo requiera, se adoptarán las medidas organizativas y curriculares pertinentes, según lo dispuesto en la presente Ley”.

El citado Título II de la Ley lleva la rúbrica de “equidad en la educación” y recoge cuatro capítulos. En lo que nos concierne, el primero alude al “alumnado con necesidad específica de apoyo educativo” (artículos 71 a 79), recogiendo el segundo la “compensación de las desigualdades en educación” (artículos 80 a 83).

4.3.2. Alumnado con necesidad específica de apoyo educativo

Se entiende por “alumnado con necesidad específica de apoyo educativo” a los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria para que puedan alcanzar, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para

todo el alumnado, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar.

Las Administraciones educativas deben establecer los procedimientos y recursos precisos para identificar tempranamente las necesidades educativas específicas de estos alumnos y alumnas. La atención integral al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo se iniciará desde el mismo momento en que dicha necesidad sea identificada y se regirá por los principios de normalización e inclusión.

Las Administraciones educativas deben garantizar la escolarización, regular y asegurar la participación de los padres o tutores en las decisiones que afecten a la escolarización y a los procesos educativos de este alumnado. Igualmente les corresponde adoptar las medidas oportunas para que los padres de estos alumnos reciban el adecuado asesoramiento individualizado, así como la información necesaria que les ayude en la educación de sus hijos.

Para alcanzar tales fines, las Administraciones educativas deben disponer del profesorado de las especialidades correspondientes y de profesionales cualificados, así como de los medios y materiales precisos para la adecuada atención a este alumnado y los centros deben contar con la debida organización escolar y realizar las adaptaciones y diversificaciones curriculares precisas para facilitar a todo el alumnado la consecución de los fines establecidos.

4.3.3. Alumnado con necesidades educativas especiales

La Ley Orgánica 2/2006 de Educación¹⁶⁷ entiende por tal al que requiere, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos graves de conducta.

Su escolarización se rige por los principios de normalización e inclusión, asegurando su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo, pudiendo introducirse medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas cuando se considere necesario. La escolarización de este alumnado en unidades o centros de educación especial, que podrá extenderse hasta los veintiún años, sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.

La identificación y valoración de las necesidades educativas de este alumnado se realizará, lo más tempranamente posible, por personal con la debida cualificación y en los términos que determinen las Administraciones educativas. Al finalizar cada curso, se evaluarán los resultados conseguidos por cada uno de los alumnos en función de los objetivos propuestos a partir de la valoración inicial. Dicha evaluación permitirá proporcionarles la orientación adecuada y modificar el plan de actuación así como la modalidad de escolarización, de modo que pueda favorecerse, siempre que sea posible, el acceso del alumnado a un régimen de mayor integración.

¹⁶⁷ Artículos 73 a 76

Corresponde a las Administraciones educativas promover la escolarización en la educación infantil del alumnado que presente necesidades educativas especiales¹⁶⁸ y desarrollar programas para su adecuada escolarización en los centros de educación primaria y secundaria obligatoria y favorecer que puedan continuar su escolarización de manera adecuada en las enseñanzas postobligatorias, así como adaptar las condiciones de realización de las pruebas establecidas en esta Ley para aquellas personas con discapacidad que así lo requieran. En el caso de que no puedan conseguir los objetivos de la educación obligatoria, las Administraciones públicas fomentarán ofertas formativas adaptadas a sus necesidades específicas, estableciendo una reserva de plazas en las enseñanzas de formación profesional.

4.3.4. Necesidades especiales asociadas a la discapacidad

4.3.4.1. Breve introducción histórica

De forma muy sucinta y esquemática, a los fines de nuestra exposición, podemos distinguir tres etapas:

- a) *Etapa inicial.* En la que las personas con discapacidad recibían instrucción únicamente en casos muy seleccionados por su fortuna y posición social. Los métodos permanecían secretos. En España, durante el siglo XVI, es de destacar la aparición de maestros para personas con grave discapacidad auditiva¹⁶⁹.
- b) *Fase de progresiva universalización de la enseñanza.* España sufrirá retraso en la aparición de estos modelos. En Europa se irán desarrollando formas de instrucción popular como la Escuela de Sordomudos de París de L'Épée (1755-1760), el Instituto Sajón para Sordo-Mudos de Samuel Heinicke en Leipzig (1778), la Academia de Braidwood en Londres (1783, anteriormente establecida en Edimburgo en 1766) o la escuela de Roma de Tommaso Silvestri (1784). La primera escuela para invidentes se abrió en París en el año 1781 por Valentín Haüy, anexada durante sus primeros años a la Escuela de sordomudos de L'Épée. Las primeras fórmulas se centraban en la gestión privada y, posteriormente, fueron estatalizándose, creándose, en España, fórmulas como

¹⁶⁸ El término “necesidades educativas especiales” aparece consignado por vez primera en el Informe Warnock (WARNOCK, Mrs H M. *Special Educational Needs. Report of the Committee of Enquiry into the Education of Handicapped Children and Young People.* Presented to Parliament by the Secretary of State for Education and Science, the Secretary of State for Scotland and the Secretary of State for Wales by Command of Her Majesty. Her Majesty's Stationery Office. London, May 1978). A juicio de Cardona Moltó/Gómez Canet, es un elemento dinamizador importante que introduce modificaciones sustanciales en el campo de la educación especial. Sus características más destacables son: Ser tributario de los principios de integración escolar, normalización sectorización e individualización educativas; relatividad conceptual; contempla la posibilidad de que el origen de las dificultades pueda ser atribuible a diversos factores; presenta como referente al sistema educativo general para todos los alumnos; fomenta las adaptaciones curriculares de grupo y las adaptaciones curriculares individualizadas que parten del Diseño Curricular Base, aboga por la escolarización del alumno con necesidades educativas especiales en el entorno educativo menos restrictivo posible. (CARDONA MOLTÓ, María Cristina / GÓMEZ CANET, Pedro F. *Manual de Educación Especial.* Editorial Promolibro. Valencia, 2001, páginas 66 a 68.)

¹⁶⁹ Son los casos del benedictino Pedro Ponce de León, de Manuel Ramírez de Carrión o de Juan Pablo Bonet, cuya única obra *Reduccion de las letras y Arte para enseñar á hablar los Mudos*, editada en Madrid en 1620 fue la que rompió con el secretismo imperante hasta la época.

los Colegios¹⁷⁰ y los Patronatos¹⁷¹. La aparición de las normas de instrucción pública obligatoria dará lugar a dos fenómenos: primero el de asunción estatal de la enseñanza de las personas con discapacidad auditiva e invidentes¹⁷²;

¹⁷⁰ En España, bajo el Reinado de Carlos IV y a iniciativa de Godoy se abrió el Real Colegio de Sordomudos de San Fernando en Madrid (1795) cuyo Reglamento definitivo se aprobó por Orden de 10 de diciembre de 1803 que contaba con alumnos de pago, becados y agregados (los que recibían lecciones diarias como alumnos externos diurnos). No se admitieron inicialmente alumnas. Durante la primera época, estuvo gestionada principalmente por la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País. El Colegio, por Real Orden de 16 de enero de 1852 (Gaceta de Madrid de 21 de enero) quedó definitivamente adscrito al Ministerio de Fomento, del cual dependía la Dirección General de Instrucción Pública. Paralelamente, en Barcelona, se abrió una escuela municipal por Juan Martí (1800) que, a diferencia de la de Madrid, no estableció límites al número género o circunstancia económica de los alumnos y que pasó por diversas vicisitudes a lo largo del siglo XIX.

La primera iniciativa en España para la instrucción de personas invidentes fue gracias al relojero José Ricart que inició con sus propios medios una escuela en su relojería y propuso al Ayuntamiento de Barcelona la creación de una institución similar a la escuela de Sordomudos en 1820 (años antes de que Luis Braille inventara el alfabeto que lleva su nombre). Finalmente se abrieron dos escuelas: la Academia Cívica de Joaquín Catalá y la de Ricart, ambas financiadas por el Ayuntamiento barcelonés (1820). Con diversos avatares, la escuela de ciegos de Barcelona se unificó con la ya existente de sordos en 1858 en un único establecimiento bajo el gobierno del Ayuntamiento de Barcelona. También en Madrid, por Real Orden de 2 de abril de 1835 se estableció enseñanza especial dentro del Real Colegio de Sordomudos a los alumnos con discapacidad visual, denominándose dicha institución, desde 1842, Real Colegio de Sordomudos y de Ciegos, con dos secciones.

¹⁷¹ El Real Decreto de 29 de abril de 1914 (Gaceta de 25 de abril) reorganizó, bajo el nombre de *Patronato Nacional de Anormales*, el anterior *Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales* establecido por R.D. de 22 de enero de 1910 (Gaceta de 24 de enero, se trataba de una Corporación principalmente consultiva según el artículo 2 de dicho R.D.). Fue disuelto en 1917 y reorganizado por Decreto de 13 de septiembre de 1924, sufriendo distintas modificaciones posteriormente. Citar también la creación de la Escuela Central del Anormales, establecida por R.D. de 14 de septiembre de 1922. El Decreto de 6 de marzo de 1953 crea el Patronato Nacional de Educación de la Infancia Anormal (B.O.E. de 21 de marzo de 1953, nº 80, Ar. 357), posteriormente derogado por el Decreto de 9 de diciembre de 1955 (B.O.E. de 2 de enero de 1956, nº 2, Ar. 12), que cambia su denominación por el de Patronato Nacional de Educación Especial y lo reorganiza. En 1976 (Real Decreto 1023/1976, de 9 de abril, por el que se crea el Real Patronato de Educación Especial y se modifican determinados artículos del Decreto 1151/1975, de 23 de mayo, BOE 112/1976, de 10 mayo 1976 Ref Boletín: 76/09418) se configura el Real Patronato de Educación Especial, cuya Presidencia corresponde a Su Majestad la Reina, que aunque centrado en lo educativo, su funcionamiento y organización se fue abriendo a otros campos de actividad. En 1986, se regula el Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía (Real Decreto 1475/1986, de 11 de julio, por el que se Reestructura el Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, BOE 171/1986, de 18 julio 1986 Ref Boletín: 86/19223), el cual será objeto de actualización en 1997 con la naturaleza de organismo autónomo (Real Decreto 2021/1997, de 26 de diciembre, por el que se establece la organización y funciones del Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, BOE 310/1997, de 27 diciembre 1997 Ref Boletín: 97/27818), el Real Patronato sobre Discapacidad (artículo 57 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social - BOE 313/2000, de 30 diciembre 2000 Ref Boletín: 00/24357-y Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad, BOE 214/2001, de 6 septiembre 2001 Ref Boletín: 01/16975), que sucede al Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalías en el ejercicio de las funciones que éste venía desarrollando. aprobándose el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad), que fue modificado por el Real Decreto 338/2004, de 27 de febrero (BOE 51/2004, de 28 febrero 2004 Ref Boletín: 04/03718).

¹⁷² La ley de Instrucción Pública de Moyano de 1857 (Gaceta de 10 de septiembre) estableció que “la primera enseñanza se dará, con las modificaciones convenientes, a los sordo-mudos y ciegos en los establecimientos especiales que hoy existen y en los demás que se crearán con este objeto”. No se trataba de una excepción en el contexto comparado, así, en Francia, la *Loi n° 11 696 du 28 Mars 1882*, disponía, junto a la obligatoriedad de la enseñanza, que *un règlement déterminera les moyens d'assurer l'instruction primaire aux enfants sourds-muets et aux aveugles* (artículo 4, párrafo segundo) o, en Inglaterra, la *Elementary Education (Blind and Deaf Children) Act 1893*.

segundo el de la progresiva incorporación de la instrucción de las personas con discapacidad intelectual¹⁷³. Lo más reseñable en esta época es que el modelo de enseñanza se funda básicamente en la segregación del colectivo del sistema general de enseñanza.

- c) *Fase de integración en el sistema general*. Es la que estamos atravesando actualmente y es paralela al movimiento de derechos humanos y reconocimiento del movimiento asociativo que, desde el plano internacional, viene produciéndose desde la década de los 60 del pasado siglo. Este será nuestro objeto de exposición en los epígrafes siguientes¹⁷⁴.

El texto de la ley española preveía, en su artículo 108, que el Gobierno promovería “las enseñanzas para los sordo-mudos y ciegos, procurando que haya por lo menos una Escuela de esta clase en cada Distrito universitario y que en las públicas de niños se atienda, en cuanto sea posible, a la educación de aquellos desgraciados”. Irán sucediéndose la apertura de centros como el Colegio de Sordomudos de Santiago en 1864, la escuela de Burgos (1868), el Colegio de Sordomudos de Salamanca (1868), el Colegio de Sordomudos de Zaragoza (1871), la escuela de Sevilla (1873) o el Colegio de San Vicente Ferrer en Valencia (que iniciaron su actividad para los ciegos en 1886 y en 1887 para los sordomudos). A principios del siglo XX se constataba la inadecuada proporción entre la población sordomuda y la escolarización, siendo sólo muy pocos los niños que tenían la fortuna de recibir instrucción especial en las 19 escuelas existentes en España. El proceso se verá fuertemente condicionado por la situación política y económica del país.

¹⁷³ Suelen citarse como precursores a los franceses Itard y Séguin. Tras 1830, los alienistas franceses abrirán departamentos especiales para este colectivo en los manicomios, iniciándose esta actividad también en distintas partes de Europa (por ejemplo Guggenbühl en Suiza en 1840 o, en Inglaterra, en 1847) abriendo así un nuevo capítulo de la asistencia psiquiátrica, el del “niño subnormal”. En España el desarrollo es más tardío. Es un hecho que a comienzos de siglo se desarrolla una abundante legislación en España sobre los menores de edad fundamentalmente dirigida hacia la “infancia delincuente” (los niños que no cumplen con la obligatoriedad escolar y se convierten en *nómadas urbanos*) y hacia la “infancia anormal” (los que asisten pero no son capaces de asimilar o ajustarse a las reglas). Lo cierto es que los niños deficientes profundos se quedaban en casa y a menudo morían pronto y fue la escolarización obligatoria la que permitió un mayor contacto con los que, por su menor grado de deficiencia, podían acudir a la escuela, permitiendo a los maestros conocer el problema, correspondiendo su estudio inicialmente a la pedagogía (siguiendo las tendencias de DECROLY, MONTESSORI...) y no a las disciplinas médicas (en España la psiquiatría todavía no constituía una especialidad y el problema de los menores era minoritario y, con respecto a la pediatría, la alta mortalidad infantil y el hecho de que los grandes retrasos no se curasen, daba lugar a su valoración como problemas menores). En esta línea podemos citar los trabajos de Anselmo González que seguirá las ideas del francés BINET y que circunscribirá su trabajo a la necesidad de una formación del maestro en el campo de la psicopatología limitado a las deficiencias y la obra de Francisco Pereira que fundó en 1907 una revista llamada “La Infancia Anormal” desde la que expresaba la necesidad de preparar personal adecuado y crear escuelas especiales, el propio Pereira fue Director de la Escuela sanatorio para niños y niñas mentalmente deficientes que estaba situada en Chamartín y que se denominaba la primera institución de su género en España con tratamiento psiquiátrico-pedagógico individualizado y continuo, también es destacable la labor, dentro del enfoque pedagógico psiquiátrico, de Augusto Vidal Perera, que publicó el primer tratado de psiquiatría infantil (*Compendio de psiquiatría infantil*, 1907). Poco a poco, en el ámbito médico se fueron incrementando el número de publicaciones, fundamentalmente en el ámbito catalán (ALZINA, CARDONA, MIRA, BASSOLS, TRINCHET...). Destacaremos la obra de Gonzalo Rodríguez Lafora, *Los niños mentalmente anormales* (1917) y la obra de Emilio Mira y de su discípulo Jerónimo de Moragas, los cuales, además de escribir, trabajaron en un centro privado ubicado en las faldas del Tibidabo denominado “La Sageta” del que Mira era propietario que se definía como instituto de observación psicológica, de estudio de los trastornos del carácter, de la conducta, de la capacidad escolar y del lenguaje, para niños y jóvenes.

¹⁷⁴ Dentro de esta mínima introducción, queríamos destacar tres fechas: En 1936 se constituirá la Federación Nacional de Sociedades de Sordomudos de España (actualmente Confederación Estatal de Personas Sordas). El 13 de diciembre de 1938 (BOE, 16/12/1938, nº 169) fue creada por Decreto la Organización Nacional de Ciegos entre cuyos fines se encontraba la unificación, perfeccionamiento y encauzamiento de la enseñanza especial del invidente en todos su grados (Orden de 28 de octubre ‘de

4.3.4.2. Normativa vigente

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos¹⁷⁵, cuyos artículos 23 a 31 se refieren específicamente a la educación, establece, en lo que nos concierne, los siguientes principios:

- *Integración en el sistema ordinario de educación*, recibiendo, en su caso, los programas de apoyo y recursos correspondientes. Educación especial (transitoria o definitiva) para aquellos a los que resulte imposible la integración cuya necesidad vendrá determinada por una valoración global de los resultados del estudio diagnóstico previo.
- La *educación especial* se concibe como “un proceso integral, flexible y dinámico, que se concibe para su aplicación personalizada y comprende los diferentes niveles y grados del sistema de enseñanza, particularmente los considerados obligatorios y gratuitos, encaminados a conseguir la total integración social del minusválido”. Se impartirá en instituciones ordinarias del sistema educativo general, se iniciará tan precozmente como requiera cada caso, acomodando su ulterior proceso al desarrollo psicobiológico de cada sujeto y no a criterios estrictamente cronológicos.
- Sólo cuando la profundidad de la minusvalía lo haga imprescindible, se llevará a cabo en *centros específicos* que funcionarán en conexión con los centros ordinarios, dotados de unidades de transición para facilitar la integración de sus alumnos en Centros ordinarios. Estarán dotadas del personal especializado con equipo multiprofesional con seguimiento periódico.
- Todos los *hospitales*, tanto infantiles como de rehabilitación, así como aquellos que tengan Servicios Pediátricos Permanentes, sean de la Administración del Estado, de los Organismos Autónomos de ella dependientes, de la Seguridad Social, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, así como los hospitales privados, que regularmente ocupen cuando menos la mitad de sus camas, con enfermos cuya estancia y atención sanitaria sean abonadas con cargo a recursos públicos, tendrán que contar con una sección pedagógica para prevenir y evitar la marginación del proceso educativo de los alumnos en edad escolar internados en dichos hospitales.

1939 aprobando el Reglamento interno de la Organización Nacional de Ciegos, BOE, 04/11/1939, nº 308). La ONCE procedió a su despliegue creando los Colegios de Madrid, Sevilla, Alicante y Pontevedra.. La FEAPS (Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual) se creó en 1964, al amparo de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre del mismo año.

¹⁷⁵ BOE 103/1982, de 30 abril 1982 Ref Boletín: 82/09983 (EDL 1982/8904)

El desarrollo legislativo concreto depende de la zona geográfica existiendo normativa diferenciada según se trate de Comunidades Autónomas que estén dentro del territorio del Ministerio de Educación y Ciencia (en adelante, territorio MEC) y las que han asumido competencias.

La regulación en *territorio MEC* se encuentra recogida en el Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre, por el que se regulan la admisión de los alumnos en centros públicos y privados concertados, los requisitos que han de cumplir los centros que impartan el primer ciclo de la educación infantil y la atención al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo en el ámbito de gestión del Ministerio de Educación¹⁷⁶. El artículo 7 de esta norma recoge los principios generales¹⁷⁷ y el artículo 8 contiene una previsión de aspectos a desarrollar al expresar que el Ministerio ordenará, para el ámbito de su competencia, la atención al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, ordenación que recogerá todos aquellos aspectos que permitan la atención integral a los alumnos y alumnas que presentan necesidades educativas especiales, dificultades específicas de aprendizaje, con altas capacidades intelectuales o que se han incorporado tardíamente al sistema educativo español e, igualmente, desarrollará los aspectos referidos a la evaluación psicopedagógica de los alumnos antes mencionados. La disposición transitoria única expresa que, hasta la publicación de la normativa que, en desarrollo del presente real decreto, regule el régimen de admisión del alumnado y la atención al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo en el ámbito de gestión del Ministerio de Educación, dichos aspectos se regirán por lo establecido en el Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de ordenación de la educación de los alumnos con necesidades educativas especiales.

El Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de ordenación de la Educación de los Alumnos con necesidades Educativas Especiales¹⁷⁸ hace referencia, en sus artículos 6 y

¹⁷⁶ BOE 265/2009, de 3 de noviembre de 2009 Ref Boletín: 09/17431 (EDL 2009/234390)

¹⁷⁷ Artículo 7. Principios generales. 1. Se entiende por alumnado con necesidad específica de apoyo educativo aquel que requiere determinados apoyos y atenciones específicas por presentar necesidades educativas especiales derivadas de discapacidad o trastornos graves de conducta, por dificultades específicas de aprendizaje, por sus altas capacidades intelectuales, por incorporación tardía al sistema educativo o por condiciones personales o de historia escolar. 2. El Ministerio de Educación asegurará los recursos necesarios para que este alumnado pueda alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado. 3. Asimismo, establecerá los procedimientos y recursos precisos para identificar tempranamente las necesidades educativas específicas del citado alumnado e iniciará su atención integral, regida por los principios de normalización e inclusión, desde el mismo momento en que dicha necesidad sea identificada. 4. Además, garantizará su escolarización, regulará y asegurará la participación de los padres o tutores en las decisiones que afecten a la escolarización y a los procesos educativos de este alumnado y adoptará las medidas oportunas para que los padres reciban el adecuado asesoramiento individualizado, así como la información necesaria que les ayude en la educación de sus hijos. 5. Con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad en el ejercicio del derecho a la educación, el Ministerio de Educación desarrollará acciones de carácter compensatorio en relación con las personas, grupos y ámbitos territoriales que se encuentren en situaciones desfavorables y proveerá recursos económicos y los apoyos precisos para ello, reforzando la acción del sistema educativo de forma que se eviten desigualdades derivadas de factores sociales, económicos, culturales, geográficos, étnicos o de otra índole.

¹⁷⁸ BOE 131/1995, de 2 junio 1995 Ref Boletín: 95/13290 (EDL 1995/13977). Aunque su texto remite a la derogada LOGSE, la disposición Transitoria Undécima de la Ley Orgánica 2/2006 de educación establece que “en las materias cuya regulación remite la presente Ley a ulteriores disposiciones reglamentarias, y en tanto éstas no sean dictadas, serán de aplicación, en cada caso, las normas de este rango que lo venían siendo a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, siempre que no se opongan a lo dispuesto en ella”.

7, a las adaptaciones curriculares que sirven de base a los apoyos complementarios que deben prestarse a estos alumnos. El artículo 8.4 establece las funciones de los distintos equipos. Los equipos de orientación educativa y psicopedagógica realizarán la evaluación psicopedagógica requerida para una adecuada escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales, así como para el seguimiento y apoyo de su proceso educativo. Estos equipos, en atención a las funciones peculiares que además realicen, se clasificarán en equipos de atención temprana, equipos generales y equipos específicos.

Corresponde a los equipos de atención temprana y, en su caso, a los equipos generales, la detección precoz de las necesidades educativas especiales y la orientación y el apoyo a los padres en orden a un óptimo desarrollo de sus hijos.

Los equipos generales, además de realizar la correspondiente evaluación psicopedagógica, prestarán a los centros de educación infantil y primaria y a los centros de educación especial el asesoramiento y el apoyo técnico-pedagógico precisos para la mejor atención educativa de los alumnos con necesidades educativas especiales escolarizados en ellos.

Los equipos específicos prestarán su apoyo especializado a los equipos generales, equipos de atención temprana y departamentos de orientación de los institutos de educación secundaria en los que se escolarice a alumnos con necesidades educativas especiales y, con colaboración con ellos, a los centros escolares y a los alumnos que lo precisen.

La escolarización de estos alumnos en la educación primaria comenzará y finalizará en las edades establecidas por la ley con carácter general para este nivel, con las salvedades correspondientes. La Administración educativa podrá contemplar la escolarización preferente de determinados alumnos con necesidades especiales permanentes asociadas a condiciones personales de discapacidad en un mismo centro de educación primaria, cuando la naturaleza de la respuesta a sus necesidades comporte un equipamiento singular o una especialización profesional de difícil generalización. Al finalizar la educación primaria, los equipos de orientación educativa y psicopedagógica realizarán un informe sobre el proceso educativo de estos alumnos a lo largo de este nivel y lo elevarán al centro donde el alumno vaya a continuar su escolarización.

La escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales permanentes en la etapa de educación secundaria obligatoria comenzará y finalizará en las edades establecidas por la Ley con carácter general, con las salvedades correspondientes. Las características de la educación secundaria obligatoria aconsejan no excluir la adopción de formas organizativas en las que los alumnos con necesidades especiales permanentes, sobre todo cuando éstas aparecen asociadas a condiciones personales de discapacidad psíquica, realicen una parte o la mayoría de sus actividades de enseñanza y aprendizaje en una unidad específica al objeto de promover su adecuado desarrollo educativo. En cualquier caso, se asegurará la participación de estos alumnos en el mayor número posible de las actividades que organice el centro. Los departamentos de orientación prestarán especial atención a la identificación de las necesidades educativas de estos alumnos y al seguimiento de su proceso educativo,

facilitando el apoyo necesario al conjunto del profesorado del centro, en particular a los profesores y profesoras que atiendan directamente a dichos alumnos.

El Ministerio de Educación y Ciencia garantizará una oferta suficiente de programas de garantía social para facilitar el acceso al mundo laboral de aquellos alumnos con necesidades educativas especiales permanentes que, al concluir la etapa de educación secundaria obligatoria, no reúnan las condiciones exigidas para cursar el bachillerato o los ciclos formativos de formación profesional de grado medio. Estos estudios podrán cursarse en régimen de integración o en la modalidad de programas de garantía social para alumnos con necesidades educativas especiales. El Ministerio de Educación y Ciencia podrá establecer convenios con otros órganos de la Administración estatal, con las Administraciones autonómicas y locales y con instituciones sin ánimo de lucro para la realización de los programas de garantía social para alumnos con necesidades educativas especiales.

La escolarización en centros específicos de educación especial se regula en los artículos 19 a 24. Se propone la escolarización en centros de educación especial de aquellos alumnos con necesidades educativas especiales permanentes asociadas a condiciones personales de discapacidad que requieran, de acuerdo con la evaluación y el dictamen realizados por los equipos de orientación educativa y psicopedagógica, adaptaciones significativas y en grado extremo en las áreas del currículo oficial que les corresponda por su edad y cuando se considere por ello que sería mínimo su nivel de adaptación y de integración social en un centro escolar ordinario. La norma permite la existencia de centros de educación especial específicos que escolaricen, de acuerdo con los criterios que reglamentariamente se establezcan, a alumnos con necesidades educativas especiales asociadas a un determinado tipo de discapacidad.

Con carácter general, en los centros de educación especial se impartirá la educación básica obligatoria y una formación que facilite la transición a la vida adulta de los alumnos escolarizados en ellos. Asimismo, se podrán impartir en estos centros los programas de garantía social para alumnos con necesidades educativas especiales a los que ya se ha hecho referencia. La enseñanza básica obligatoria de los alumnos escolarizados en centros de educación especial tendrá una duración de diez años. El proyecto educativo y curricular de estos centros tomará como referentes, en la enseñanza básica obligatoria, las capacidades establecidas en los objetivos del currículo de la educación primaria en todas sus áreas, pudiendo dar cabida a capacidades de otras etapas, de acuerdo con las necesidades de los alumnos. En cualquier caso, en los últimos años de escolarización se pondrá el énfasis en las competencias vinculadas con el desempeño profesional. Los programas de formación para la transición a la vida adulta estarán encaminados a facilitar el desarrollo de la autonomía personal y la integración social de los alumnos, y podrá tener un componente de formación profesional específica.

Dada su extensión, nos limitamos a reseñar la principal legislación autonómica sobre esta materia¹⁷⁹.

¹⁷⁹ *Comunidad Autónoma de Andalucía*. Ley 9/1999, de 18 de noviembre, de Solidaridad en la Educación (BOJA 140/1999, de 2 diciembre 1999 EDL 1999/63819); Decreto 147/2002, de 14 de mayo, por el que se establece la ordenación de la atención educativa a los alumnos y alumnas con necesidades educativas especiales asociadas a sus capacidades personales (BOJA 58/2002, de 18 mayo 2002, EDL 2002/71972); Orden de 19 de septiembre de 2002, por la que se regula la elaboración del Proyecto

Curricular de los Centros Específicos de Educación Especial y de la programación de las aulas específicas de educación especial en los centros ordinarios (BOJA 125/2002, de 26 octubre 2002, EDL 2002/42573); Orden de 19 de septiembre de 2002, por la que se regula el período de formación para la transición a la vida adulta y laboral, destinado a los jóvenes con necesidades educativas especiales (BOJA 125/2002, de 26 octubre 2002, EDL 2002/42570); Orden de 19 de septiembre de 2002, por la que se regula la realización de la evaluación psicopedagógica y el dictamen de escolarización (BOJA 125/2002, de 26 octubre 2002, EDL 2002/42577). **Comunidad Autónoma de Aragón.** Decreto 217/2000, de 19 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de atención al alumnado con necesidades educativas especiales (BOA 154/2000, de 27 diciembre 2000, EDL 2000/91753); Orden de 30 de mayo de 2001, del Departamento de Educación y Ciencia por la que se crea la Comisión de seguimiento de la respuesta escolar al alumnado con necesidades educativas especiales y se establece su composición y funciones (BOA 74/2001, de 22 junio 2001 EDL 2001/22751); Orden de 22 de agosto de 2002, del Departamento de Educación y Ciencia por la que se aprueban las instrucciones que regulan la organización y el funcionamiento de los Colegios Públicos de Educación Infantil y Primaria y los Centros Públicos de Educación Especial de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA 104/2002, de 2 septiembre 2002 EDL 2002/32752). **Comunidad Autónoma de Canarias.** Decreto 104/2010, de 29 de julio, por el que se regula la atención a la diversidad del alumnado en el ámbito de la enseñanza no universitaria de Canarias (Boletín Oficial Canarias 154/2010, de 6 de agosto de 2010 EDL 2010/149599) que deroga el anterior Decreto 286/1995, de 22 de septiembre, de ordenación de atención al alumnado con necesidades educativas especiales (BOC 131/1995, de 11 octubre 1995, EDL 1995/17176); Orden de 13 de diciembre de 2010, por la que se regula la atención al alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo en la Comunidad Autónoma de Canarias (Boletín Oficial Canarias 250/2010, de 22 de diciembre de 2010; EDL 2010/258251) que deroga la anterior Orden de 7 de abril de 1997 de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, por la que se regula el procedimiento de realización de las adaptaciones curriculares de centro y las individualizadas, en el marco de la atención a la diversidad del alumnado de las enseñanzas no universitarias en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC 53/1997, de 25 abril 1997, EDL 1997/51950); Orden de 31 de octubre de 2006, por la que se establece la red de centros ordinarios de integración preferente para alumnado con necesidades educativas especiales por déficit auditivo o motor y la red de centros ordinarios con aulas enclave para el curso 2006/2007 (BOC 223/2006, de 16 noviembre 2006, EDL 2006/298483). **Comunidad Autónoma de Cantabria.** Decreto 98/2005, de 18 de agosto, de ordenación de la atención a la diversidad en las enseñanzas escolares y la educación preescolar en Cantabria (BOCA 165/2005, de 29 agosto 2005, EDL 2005/131383). **Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.** Decreto 138/2002, de 8 de octubre de 2002, por el que se ordena la respuesta educativa a la diversidad del alumnado en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM 126/2002, de 11 octubre 2002 EDL 2002/107568). **Comunidad Autónoma de Castilla-León.** Resolución de 28 de marzo de 2007, de la Dirección General de Formación Profesional e Innovación Educativa, por la que se acuerda la publicación del Plan de Atención al Alumnado con Necesidades Educativas Especiales (BOCL 70/2007, de 11 abril 2007, EDL 2007/19728); Orden EDU/283/2007, de 19 de febrero, por la que se constituyen el Centro de recursos de educación intercultural, el Equipo de atención al alumnado con superdotación intelectual y tres equipos de atención al alumnado con trastornos de conducta (BOCL 40/2007, de 26 febrero 2007, EDL 2007/6792). **Comunidad Autónoma de Cataluña.** Decreto 299/1997, de 25 de noviembre, sobre la atención educativa al alumnado con necesidades educativas especiales (DOGC 2528/1997, de 28 noviembre 1997, EDL 1997/27039). **Comunidad Autónoma de Galicia.** Decreto 320/1996, de 26 de julio, de ordenación de educación de alumnos y alumnas con necesidades educativas especiales (DOG 153/1996, de 6 agosto 1996, EDL 1996/18282); Orden de 27 de diciembre de 2002 por la que se establecen las condiciones y criterios para la escolarización en centros sostenidos con fondos públicos del alumnado de educación no universitaria con necesidades educativas especiales (DOG 20/2003, de 30 enero 2003, EDL 2002/61075). **Comunidad Foral de Navarra.** Orden Foral 93/2008, de 13 de junio, del Consejero de Educación por la que se regula la atención a la diversidad en los centros educativos de Educación Infantil y Primaria y Educación Secundaria de la Comunidad Foral de Navarra (Boletín Oficial Navarra 93/2008, de 30 de julio de 2008; EDL 2008/123355) que deroga la anterior Orden Foral 39/2001, de 20 de febrero, del Consejero de Educación y Cultura, sobre el procedimiento para la escolarización del alumnado con necesidades educativas especiales asociadas a discapacidad psíquica, motórica y sensorial (BON 36/2001, de 21 marzo 2001, EDL 2001/18886). **Comunidad Autónoma Valenciana.** La Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad (DOGV 4479/2003, de 11 abril 2003, artículos 19 y 20; EDL 2003/6353); Decreto 39/1998, de 31 de marzo, del Gobierno Valenciano, de ordenación de la educación para la atención del alumnado con necesidades educativas especiales (DOGV 3224/1998, de 17 abril 1998; EDL 1998/48526); Orden de 16 de julio de 2001, por la que se regula la atención educativa al alumnado

4.3.4.3. Internamiento en centro de educación especial

En el caso de internamiento en centros de educación o formación especial (se refiere a internamiento y no escolarización)¹⁸⁰ es necesaria autorización judicial (artículo 271 nº 1 C.C. y 763 LEC) y son objeto de inspección, de conformidad con el artículo 4.2 del Estatuto Orgánico¹⁸¹. Generalmente esta área afectará a la discapacidad psíquica. El Juez no decide si el alumno tiene o no necesidades educativas especiales (es competencia de la autoridad educativa correspondiente), lo que autoriza es el internamiento en un centro de estas características en la medida en que ello afecta a la libertad ambulatoria.

Las cuestiones más importantes que han surgido en esta materia son las concernientes a los límites que determinan cuando se trata de verdadero internamiento y

con necesidades educativas especiales escolarizado en centros de Educación Infantil (2º ciclo) y Educación Primaria (DOGV 4087/2001, de 17 septiembre 2001; EDL 2001/26292), la Orden de 14 de marzo de 2005, de la Consellería de Cultura, Educación y Deporte, por la que se regula la atención al alumnado con necesidades educativas especiales escolarizado en centros que imparten educación secundaria (DOGV 4985/2005, de 14 abril 2005; EDL 2005/30124); Resolución de 5 de febrero de 2007, de la Dirección General de Enseñanza de la Consellería de Cultura, Educación y Deporte, para el desarrollo de las modalidades de iniciación profesional y para alumnado con necesidades educativas especiales de los programas de garantía social, regulados por la Orden de 24 de febrero de 2000, en Institutos de Educación Secundaria y en centros públicos de Educación Especial, para el curso 2007/2008 (DOCV 5454/2007, de 20 febrero 2007; EDL 2007/5263). **Comunidad Autónoma del País Vasco.** Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la Escuela Pública Vasca (BOPV 38/1993, de 25 febrero 1993, EDL 1993/19457, modificada en su artículo 10, punto 4. por Ley 10/1994, de 17 de junio, BOPV 135/1994, de 15 julio 1994, EDL 1994/19196); Decreto 118/1998, de 23 de junio, de ordenación de la respuesta educativa al alumnado con necesidades educativas especiales, en el marco de la escuela comprensiva e integradora (B.O.P.V. - lunes 13 de julio de 1998, páginas 12956 a 12970., marginal Nº-3194; EDL 1998/53455); Orden de 30 de julio 1998 del Consejero de Educación, Universidades e Investigación por la que se establecen criterios de escolarización del alumnado con necesidades educativas especiales y dotación de recursos para su correcta atención en las distintas etapas del sistema educativo (BOPV 164/1998, de 31 agosto 1998, EDL 1998/48499)

¹⁸⁰ Como señalan Díaz Huertas et al, las modalidades de escolarización para atender la diversidad del alumnado pueden ser: *Integración en un grupo ordinario a tiempo completo* (para niños/as que pueden seguir la enseñanza reglada con ayudas técnicas de acceso al currículum o con aplicación de medidas de adaptación curricular o de refuerzo educativo), *Grupo ordinario con apoyo en periodos variable* (para los niños/as que para seguir el currículum requieren atención personalizada como puede ser tratamiento pedagógico, de lenguaje o psicomotor), *Aula de educación especial en centro ordinario* (para los niños/as que tienen un desfase tan grande con el resto del grupo que impide su atención en el aula ordinaria, en la que se integra en las actividades que pueda) y *Centro específico de educación especial* (para los niños/as que no tengan posibilidades de escolarizarse en un centro ordinario, ya sea por el grado de desfase curricular, por trastorno grave del comportamiento o por circunstancias excepcionales que así lo aconsejen). (DÍAZ HUERTAS, Jose A./RUÍZ DÍAZ, Miguel A./RUÍZ DÍAZ, Víctor. *Infancia y discapacidad*. Edita: Sociedad de Pediatría Social. Madrid, 2007, página 104. Sobre práctica educativa, SÁNCHEZ PALOMINO, Antonio/TORRES GONZÁLEZ, Jose Antonio. *Educación Especial. Centros educativos y profesores ante la diversidad*. Ediciones Pirámide, Madrid, 2002). En el curso 2008/2009, el número de alumnos que asistieron a centros específicos de Educación Especial y que se escolarizaron en aulas de Educación Especial en centros ordinarios se elevó a 30.767 (17.033 en centros públicos y 13.794 en centros privados). El alumnado en régimen de integración en aulas ordinarias se elevó durante el curso a 107.781, de los cuales 82.138 asistieron a centros públicos y 25.463 a centros privados. (CONSEJO ESCOLAR DEL ESTADO. *Informe sobre el estado y situación del sistema educativo Curso 2008-2009*. apartado III.1.3, disponible en internet: <http://www.doredin.mec.es/documentos/00820102010703.pdf>)

¹⁸¹ Dos. Visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento *de cualquier clase* de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente.

si es conveniente modificar la legislación para adaptarla a las características de estos centros que parece diferente de la recogida en el artículo 763 LEC.

Respecto de la primera de las cuestiones, podemos citar el caso que fue objeto de la Consulta 2/93 de la Fiscalía General del Estado¹⁸². El Juzgado de 1º Instancia de Villena tramitó dos expedientes civiles de internamiento¹⁸³ iniciados por solicitud de la Directora de una Residencia de Discapacitados Psíquicos de la localidad sita en dicho término, solicitando la autorización judicial conforme al artículo 211. En el primer caso se trataba de un menor de 18 años afectado de síndrome de Down, con internamiento de lunes a viernes, pasando los fines de semana y vacaciones con sus padres, no constando la declaración judicial de incapacidad del menor. En el segundo caso, se trataba de un mayor de edad cuya situación presentaba las mismas características. El Juez solicitó a la Fiscalía dictamen sobre la aplicabilidad del artículo 211 dado que, al margen de otras consideraciones, no la creía necesaria dado el contenido de la patria potestad y porque estimaba que el internamiento no era permanente. El problema era bastante complejo y decidimos remitir una consulta a la Fiscalía General del Estado sobre esta materia, a la par que se emitió un dictamen dirigido al Juzgado en el que se hacían constar las interpretaciones a favor y en contra. La Fiscalía General del Estado respondió en la Consulta 2/93 de 15 de octubre señalando que

El único modo de que un internamiento forzoso, excepción del derecho a la libertad reconocida en el artículo 5.1. e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se acomode al ordenamiento jurídico interno (artículo 211 del C.C.) consistirá en exigir expresa autorización judicial, que se justificaría en los casos de la Consulta por la perturbación mental real de los sujetos a internar y por la naturaleza del Centro en donde han de permanecer, aunque lo sea de forma discontinua o no permanente.

Tras la formulación de los recursos contra las resoluciones del Juzgado de Primera Instancia, siguiendo las instrucciones de la Consulta, la Audiencia Provincial de Alicante, estimó los razonamientos del Juez, considerando también que la norma (la resolución de los recursos se realizó tras la reforma de 1996) sólo hablaba de centros de salud mental en materia de menores (que la exposición de motivos califica como centro psiquiátrico) y que, por otro lado, el ingreso durante cinco días a la semana se parecía más al de los internos de un colegio de educación básica o media que a un centro psiquiátrico, estimándose que no es necesaria la autorización judicial en estos casos¹⁸⁴.

¹⁸² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Memoria 1994, Consulta 2/93 de 15 de octubre titulada “De nuevo sobre el artículo 211 del Código Civil”, página 949 a 957.

¹⁸³ Nº 354 y 360 de 1992

¹⁸⁴ Así, Autos 259 y 260/96 de la Sección 4ª, fechados ambos el 3 de julio de 1996. La Fiscalía de Alicante comunicó estas resoluciones a la Fiscalía General del Estado, que respondió en escrito de fecha 17 de septiembre de 1997 (Ref. 160/96 S.T.) que la Consulta se había efectuado con la legislación anterior a la reforma de 1996 y que la nueva normativa recogía cambios sustanciales, debiendo atenderse la Fiscalía a los criterios de la reforma legal ya citada, a la jurisprudencia y a las particularidades del caso concreto que se someta a consideración para extraer las oportunas consecuencias jurídicas, sin que desde el concreto ámbito de lo que ha de ser una Consulta puedan ahora formularse consideraciones sobre tales extremos, efectuando una especie de catalogación de Centros, que adolecería de defectos de generalización no deseados. En todo caso, sobre este particular debe tenerse presente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 1988 (Caso “Nielsen”) que se orienta en línea con las consideraciones de fondo del planteamiento de esa Fiscalía. (El escrito elevando la Consulta, de fecha 15 de abril de 1993 se pronunciaba a favor de estimar que dicha situación no era un internamiento en el sentido del artículo 211.)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado para determinar si ha existido privación de libertad dentro del sentido del artículo 5.1 hay que partir de la concreta situación y tener en cuenta una completa gama de criterios como el tipo, duración, efectos y forma de implantación de la medida cuestionada. La diferencia entre la privación y la restricción de libertad, sin embargo, es sólo meramente de grado o intensidad y no de naturaleza o sustancia¹⁸⁵. El proceso de clasificación dentro de una u otra categoría en ocasiones no resulta fácil tarea en casos limítrofes.

Así, por un lado, en el caso *Ashingdane*¹⁸⁶, relativo a un caso de persona adulta con enfermedad mental, el TEDH, recordando la doctrina sentada en los casos *Engel* y *Guzzardi* estimó que el hecho de encontrarse en un centro abierto (*Oakwood*) en vez de en el de seguridad anterior (*Broadmoor*) y que se le permitiera abandonar el hospital en varias ocasiones no permitía concluir que no estuviera detenido dado que “su libertad, y no sólo su libertad de movimiento, había sido circunscrita tanto de hecho como por ley (continuaba sujeto a una *restriction order* bajo la *Mental Health Act* de 1959)”. Ir de un centro a otro no consistió más que pasar de un tipo de internamiento psiquiátrico a otro diferente y más liberal. Aunque las condiciones de *Oakwood* eran más liberales la ubicación y condiciones de la detención del afectado no cesaron de corresponder al internamiento conforme a derecho de un enajenado.

Sin embargo, por otro, como vimos en la Sentencia del Caso *Nielsen*, existe un derecho de los padres y tutores para señalar la residencia de los hijos o personas bajo tutela. Manifestaciones de esta potestad se recogen en los artículos 154 nº 1 (tenerlos en su compañía) o el 234 (se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor) del Código Civil o en el artículo 224 del vigente Código Penal castiga al que indujere a un menor de edad o a un incapaz (de hecho o de derecho) a abandonar el domicilio familiar o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores. La doctrina estima que se tutela los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o guarda de hecho¹⁸⁷. No necesariamente tales derechos y deberes tienen que ejercerse manteniendo al menor o al tutelado en el domicilio de los padres o tutores. Así, por ejemplo, es admisible que los titulares de la potestad internen al menor en un centro de enseñanza o que le envíen a un campamento de verano. Reflejo legal de lo anterior es el artículo 143 apartado 2 del Código de Familia catalán: *el padre y la madre, con motivo suficiente, pueden decidir que los hijos residan en un lugar distinto al domicilio familiar*¹⁸⁸. Es necesario señalar que estos deberes sufren matizaciones en casos de crisis familiar o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda, debiendo primar siempre el interés del menor (así, por ejemplo, el artículo 149 C.C.).

¹⁸⁵ Caso *Guzzardi contra Italia* (Apartado 93)

¹⁸⁶ Caso *Ashingdane contra Reino Unido*, STEDH de 28-5-1985 (EDJ 1985/6982, Ap. 42 y 47)

¹⁸⁷ CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, Jose-Luis. Comentario al artículo 224 del Código Penal en Comentarios al Código Penal de 1995 coordinados por Tomás VIVES ANTÓN, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Vol. I, página 1065. Como señala la STS Sala 2ª de 25-3-2004, nº 377/2004. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDJ 2004/51845) “es de considerar que este tipo penal tiene la finalidad de proteger el orden familiar establecido por el Código Civil (art. 154 y ss.) en el que los padres son quienes tienen el derecho de decidir y fijar la residencia de sus hijos menores”.

¹⁸⁸ El artículo 208 del Código de Familia señala que el domicilio del tutelado o la tutelada es el de la persona titular de la tutela o, si hay más de una y tienen domicilios distintos, el de aquella persona con quien conviva, salvo que en la constitución de la tutela o por resolución judicial posterior se haya dispuesto de otro modo.

En principio, pues, cabe un pequeño margen de incertidumbre a la hora de evaluar estos casos, no por el problema de la ausencia o no de capacidad de decisión sino por el hecho de que algunos de estos casos puedan o no constituir internamiento en sentido estricto, dado que es perfectamente posible un elenco de situaciones que abarquen desde la mera escolarización en el centro pasando por distintos niveles de alojamiento que incluyan desde un simple alojamiento parcial más extenso que el horario escolar general al acogimiento residencial permanente, pasando por una amplia gama de situaciones que no impliquen

Respecto de la segunda de las cuestiones, es de reseñar que pueden existir diferencias en cuanto a la regulación del internamiento para las deficiencias psíquicas y los trastornos mentales. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *Heller v. Doe*¹⁸⁹ tuvo ocasión de analizar la legislación del Estado de Kentucky en el que los procedimientos de internamiento civil involuntario eran distintos para la discapacidad intelectual que para los casos de salud mental propiamente dicha. Las diferencias radicaban en que en el primero de los casos se exigía *una evidencia clara y convincente*, mientras que en el segundo se exigía que el estándar de la carga de la prueba radicase en que esta estuviera *fuera de toda duda razonable* (este es el estándar de prueba característico del proceso penal). La otra gran diferencia consistía en que los guardadores y familiares allegados ostentaban la condición de parte, con todos los derechos, incluido el de presentar prueba y recurrir, en el procedimiento de internamiento involuntario de personas con discapacidad intelectual.

Los argumentos que el Estado de Kentucky reseñó para justificar la diferencia fueron que la deficiencia mental era de diagnóstico más sencillo que la enfermedad mental, que la documentación y el historial del discapacitado intelectual es mucho más extenso (puesto que surge desde la infancia) que el de los casos de salud mental (que puede ocurrir repentinamente durante la fase adulta), que la determinación de la peligrosidad del primero era mucho más sencilla en la medida en que se contaba con dicho historial de comportamiento, en tanto que la peligrosidad del segundo es de predicción muy compleja y que los tratamientos destinados a la enfermedad mental pueden ser muy intrusivos, mientras que en el otro caso se trata de una discapacidad en el aprendizaje y la formación, más que una enfermedad

En la opinión del Tribunal Supremo norteamericano, aunque deficiencia y enfermedad mental son similares en muchos aspectos en lo concerniente al internamiento involuntario, el diferente tratamiento de unos y otros hace que las alegaciones del Estado para exigir una carga mayor de la prueba sean razonables. La distinción se explica también por razones históricas y el hecho de que la mayoría de los Estados presentaban leyes de internamiento diferenciadas para los dos grupos.

¹⁸⁹ U.S. Supreme Court, *Heller v. Doe*, de 24 de junio de 1993, 509 U.S. 312 (1993); Ponente: Justice Kennedy (FINDLAW). Los demandantes alegaron violación de la decimocuarta enmienda de la Clausula de Protección igualitaria y la Cláusula del derecho al proceso debido. El asunto comenzó en 1982. El Tribunal de Distrito y la Corte de Apelación dieron la razón a los demandantes. El Tribunal Supremo revocó la decisión de la Corte de Apelación (24 de junio de 1993). Es de destacar que el Tribunal Supremo norteamericano señaló que el examen de la fundamentación racional en la revisión de la protección derivada de la aplicación del principio de igualdad *no es una licencia a los tribunales a juzgar la sabiduría, acierto o lógica de las decisiones legislativas*. El Tribunal estima que basta que sea aceptable. Es de destacar el voto particular de los Jueces Souter, Blackmun, Stevens y O'Connor.

4.3.4.4. Algunos problemas en materia de escolarización de alumnos con necesidades educativas especiales asociadas a la discapacidad

Pese a la gran afluencia de normas en esta materia, muchos de los postulados no alcanzan el cumplimiento que sería deseable. Numerosas cuestiones se plantean en este ámbito. Sin ánimo exhaustivo, vamos a realizar una sucinta exposición de cuatro de ellas.

En primer lugar, la amplitud y diversidad de problemas que presentan las personas con discapacidad demanda una coordinación de los sectores de la Administración Pública que choca frontalmente con la situación real. No sólo es un problema de Educación, sino que también están implicados otros sectores como Sanidad, Bienestar Social o Empleo.

En segundo lugar, ya desde el propio ámbito educativo, son muchos los problemas que se observan, algunos de carácter general (como la asimetría en la organización y presupuesto de las distintas CCAA o las diferencias de los distintos centros, públicos y concertados) como específicos, tanto en lo material (accesibilidad de los centros, material docente) como en el de los propios profesionales (falta de trabajo en equipo, falta de formación de los profesionales ante el hecho de la diversidad, excesiva delegación en los maestros de apoyo, actitudes contrarias o desinterés, etc.).

En tercer lugar, la integración escolar, desde el punto de vista de la convivencia, no siempre es tan idílica como pudiera plantearse. Como expresa el Comité de Derechos del Niño, el hostigamiento en la escuela es una forma particular de violencia a la que los niños están frecuentemente expuestos por lo que insta a los Estados a asegurarse de que las escuelas adoptan todas las medidas para luchar contra el hostigamiento en la escuela y prestan especial atención a los niños con discapacidad ofreciéndoles la protección necesaria, al mantener al mismo tiempo su inclusión en el sistema educativo general¹⁹⁰. Es un hecho admitido que las mayores dificultades se manifiestan con los alumnos con discapacidad intelectual y aquellos que presentan problemas de conducta.

La intervención en estos casos está definida, desde el punto de vista de actuación de los Fiscales de menores, por la Instrucción nº 10/2005, de 6 de octubre, de la Fiscalía general del Estado *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil* y en ella se manifiesta que el primer nivel de lucha contra la violencia escolar *debe estar liderado por los profesores del centro educativo*, y que ellos deben ser los primeros destinatarios de la puesta en conocimiento del problema. El abordaje debe ser conjunto, y preferentemente desde los niveles básicos de intervención: padres, profesores y comunidad escolar.

El tratamiento debe ser fundamentalmente *preventivo*, e incluso una vez detectado un caso, cabrá adoptar distintas respuestas, en ocasiones desde el ámbito estrictamente académico. En muchos casos la reacción dentro del Centro docente es suficiente para tratar el problema: medidas sancionadoras internas en el propio centro, reflexión con el propio alumno y/o el grupo, reuniones con la familia, cambio de la organización de aula, etc..

¹⁹⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General nº 9 (2006)*. Cit, apartados 42 y 43

No debe caerse en la tentación de sustraer el conflicto de su ámbito natural de resolución nos aconseja dicha Circular. La comunidad escolar es, en principio, y salvo los casos de mayor entidad, la más capacitada para resolver el conflicto. Por lo demás, muchos de los victimarios no habrán alcanzado los catorce años, *conditio sine qua non* para la intervención del sistema de justicia juvenil.

En cualquier caso, y desde el papel subsidiario y reactivo que a la jurisdicción de menores ha de asignarse en la lucha contra este fenómeno, se ha de partir del principio de que ningún acto vejatorio de acoso escolar debe ser socialmente tolerado y de que los mismos, una vez conocidos por el Fiscal, han de tener una respuesta adecuada desde el sistema de justicia juvenil. Desde luego, y como criterios generales, ha de convenirse en que mientras *las manifestaciones más graves de acoso justifican sobradamente la intervención de la jurisdicción de menores, las derivaciones de acoso soterrado (exclusión social, poner motes, hablar mal de un compañero, esconderle cosas) tienen su campo de resolución generalmente más adecuado dentro del propio ámbito educativo escolar y familiar.*

En la Instrucción de la Fiscalía General del Estado sobre el acoso escolar se indica que incluso las denuncias que hagan referencia a hechos en principio leves (faltas de amenazas, coacciones o vejaciones injustas) si se cometen con la nota de habitualidad o reiteración en el tiempo, deben dar lugar como regla general a la incoación de un expediente de menores, no siendo adecuado en estos casos utilizar sin más la facultad de desistimiento prevista en el art. 18 LORPM. Nadie debería nunca -y menos el Fiscal- ignorar o minimizar el miedo, el dolor y la angustia que un menor sometido a acoso sufre. Esencial para lograr dar una respuesta eficaz a las manifestaciones de este fenómeno ha de ser la “fluidez en la circulación de información entre las instancias con competencia en la materia: Ministerio Fiscal y responsables del centro docente”.

Aunque el artículo 3 LORPM solamente prevé la remisión de testimonio a la entidad pública de protección de menores cuando los hechos que lleguen a conocimiento del Fiscal tengan indiciariamente como autores a menores de 14 años, procederá remitir testimonio de lo actuado a la dirección del centro donde se están produciendo los abusos para que dentro de sus atribuciones adopte las medidas procedentes para poner fin a los abusos denunciados y proteger al menor que los está sufriendo. Por tanto, dice la Instrucción:

No deberá el Fiscal nunca limitarse a archivar las Diligencias incoadas una vez comprobada que el menor infractor no alcanza los 14 años. Antes de tal archivo el Fiscal habrá de remitir la copia de la denuncia y documentación complementaria al centro y comprobar que el mismo ha acusado recibo.

Debe recordarse que según la mayoría de los estudios, la mayor incidencia del maltrato entre iguales se produce en el primer ciclo de secundaria, entre 12 y 14 años, y, por consiguiente, en gran parte fuera del ámbito de intervención de la jurisdicción de menores.

También en los supuestos en los que se inicien actuaciones por el Fiscal y se compruebe que el menor o los menores implicados están dentro del ámbito de aplicación de la LORPM será necesario comunicar a la dirección del centro la denuncia interpuesta a los efectos internos procedentes. No cabe duda que la dirección del centro tiene mecanismos poderosos para evitar que la situación se mantenga durante la tramitación del expediente de menores.

A estos efectos debe tenerse presente que no es infrecuente que los menores víctimas denuncien directamente ante la Policía o en Fiscalía lo que debido a la presión ambiental y el temor a represalias no han comunicado a sus profesores o a la dirección del Centro.

Desde luego, el hecho de que se inicie un expediente en el ámbito del proceso penal juvenil no quiere decir que los responsables del Centro puedan inhibirse y declinar su responsabilidad en las autoridades judiciales y fiscales. Es a los centros docentes durante las horas lectivas a quienes corresponde reconducir la conducta.

Desde el enfoque reactivo, focalizamos la atención en la actitud de los restantes menores. Sin embargo, también es de reseñar que muchos niños con discapacidad carecen de estrategias, habilidades y competencias para establecer relaciones sociales con los restantes alumnos, motivadas por distintos factores (sobreprotección de los adultos, falta de experiencias de juego, limitaciones funcionales derivadas de la discapacidad para poder participar, miedo al fracaso o rechazo). Desde el ámbito preventivo anteriormente reseñado, son muchas las intervenciones que pueden favorecer un ambiente propicio a la educación inclusiva (fomento de actividades comunes, actividades extraescolares, información, etc).

Por otro lado, también las actitudes de los padres o tutores, en ocasiones, son causas de contiendas judiciales. Desde las legítimas divergencias con el encuadre de los menores dentro de las distintas posibilidades de escolarización (centro especial, aula de educación especial en centro ordinario, integración en aula ordinaria con apoyos variables) hasta cuestiones como la no aceptación del sistema que deriva en situaciones de absentismo, pasando por un amplio género de problemas como la ausencia de mecanismos de apoyo o dificultades de toda índole en que puedan encontrarse las familias concretas (falta de medios económicos, dificultades para obtener ayudas en apoyos extraescolares como gabinetes especializados, dificultades en el idioma motivadas por procesos migratorios, desconocimiento de los distintos servicios, etc).

El artículo 24 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece que, con miras a hacer efectivo el derecho a la educación de las personas con discapacidad sin discriminación y sobre el principio de igualdad de oportunidades “asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles”. El apartado 2 del artículo precitado establece que, para hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que:

- a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;
- b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan;
- c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;
- d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;

e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

La educación inclusiva es un proceso de fortalecimiento de la capacidad del sistema educativo para llegar a todos los educandos; por lo tanto, puede entenderse como una estrategia clave para alcanzar la Educación para Todos. Como principio general, debe orientar todas las políticas y prácticas educativas, partiendo del hecho de que la educación es un derecho humano básico y el fundamento de una sociedad más justa e igualitaria. La inclusión se ve como un proceso que permite tener debidamente en cuenta la diversidad de las necesidades de todos los niños, jóvenes y adultos a través de una mayor participación en el aprendizaje, las actividades culturales y comunitarias, así como reducir la exclusión de la esfera de la enseñanza y dentro de ésta, y en último término acabar con ella. Entraña cambios y modificaciones de contenidos, enfoques, estructuras y estrategias basados en una visión común que abarca a todos los niños en edad escolar y la convicción de que corresponde al sistema educativo ordinario educar a todos los niños y niñas. Mirar la educación a través de un prisma inclusivo supone pasar de ver al niño como el problema a considerar que el problema es el sistema educativo. En las primeras concepciones se hacía hincapié en que la causa de las dificultades de aprendizaje reside en el propio educando y se pasaba por alto la influencia del entorno en el aprendizaje. Ahora se sostiene, con argumentos de peso, que reorganizar las escuelas ordinarias dentro de la comunidad mediante la mejora de la escuela y una mayor atención a la calidad, garantiza que todos los niños, incluidos aquellos clasificados como niños con necesidades especiales, puedan aprender eficazmente¹⁹¹.

No obstante, lo anterior, el Comité de Derechos del Niño ha expresado que “la forma y los procedimientos de inclusión se verán determinados por las necesidades educacionales individuales del niño, ya que la educación de algunos niños con discapacidad requiere un tipo de apoyo del que no se dispone fácilmente en el sistema docente general”. El Comité destaca que el grado de inclusión dentro del sistema de educación general puede variar. En circunstancias en que no sea factible una educación plenamente inclusiva en el futuro inmediato deben mantenerse opciones continuas de servicios y programas. La inclusión puede ir desde la colocación a tiempo completo de todos los alumnos con discapacidad en un aula general o la colocación en una clase general con diversos grados de inclusión, en particular una determinada parte de educación especial. Es importante comprender que la inclusión no debe entenderse y practicarse simplemente como la integración de los niños con discapacidad en el sistema general independientemente de sus problemas y necesidades¹⁹².

Inicialmente, las decisiones referentes a la modalidad de escolarización o la promoción de curso, tras la realización de los correspondientes informes técnicos y con la audiencia de los padres o tutores que deben ser informados del proceso, es una decisión administrativa que, como tal, es susceptible de ser llevada a los juzgados y tribunales del orden contencioso administrativo. Las reivindicaciones, tanto particulares como colectivas, no son infrecuentes¹⁹³. Estas cuestiones han dado lugar a un buen

¹⁹¹ UNESCO. Directrices sobre políticas de inclusión en la educación. París, 2009, páginas 8, 9 y 14

¹⁹² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n° 9 (2006)*. Cit. apartados 66 y 67

¹⁹³ En este sentido, “la mayor parte de las violaciones denunciadas afectan a la educación de niños y niñas, que son obligados a una educación excluyente y segregatoria por la administración pública, contraviniendo este artículo, además del 24 (Educación)” (página 13). “El artículo más vulnerado es el artículo 24 (Educación), que representa el 48,6% de los casos, seguido por el artículo 7 (Niños y niñas),

número de procedimientos, generando un buen número de sentencias, fundamentalmente de los Tribunales Superiores de Justicia.

En primer lugar, en general, se ha venido admitiendo que este tipo de cuestiones son propias de la legalidad ordinaria y no de la constitucional (artículo 14 CE) que justificaría el recurso al procedimiento especial para la tutela de derechos fundamentales. Así, se ha estimado, por ejemplo, en los siguientes casos.

- Asociación sin ánimo de lucro en defensa de padres, familiares o tutores de personas con discapacidad o necesidades especiales que interesó del Departamento autonómico de enseñanza, al amparo de la L.O. 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, la adopción de una serie de medidas atinentes a la escolarización, emisión de dictámenes y valoraciones psicopedagógicas de los alumnos con necesidades educativas especiales¹⁹⁴. La sentencia razona que, conforme a la exposición de motivos de la precitada Ley Orgánica, las peticiones pueden incorporar una sugerencia, una iniciativa, una información, expresar de quejas o súplicas. Su objeto, por tanto, se caracteriza por su amplitud y está referido a cualquier asunto de interés general, colectivo particular. Ahora bien su carácter supletorio respecto procedimiento formal específico del arte parlamentario, judicial o administrativo obliga a delimitar su ámbito a lo estrictamente discrecional o graciable, a todo aquello que no deba ser objeto de un procedimiento especialmente regulado. Quedaría así constitucionalmente configurado el derecho fundamental de petición reconocido en el artículo 29 de la Constitución como residual; pues si toda actuación de las Administraciones públicas de estar sometida a la ley y al derecho, restaría como solo objeto posible de tal derecho lo graciable, residuo de una concepción de la Administración poco conforme con la configuración de la misma en un Estado social y democrático de derecho. Tan sólo desde tal óptica, reduccionista del derecho constitucional de petición, cabe en este caso aceptar las alegaciones de la Administración demandada y del Ministerio Fiscal y concluir que el determinar si las actuaciones concretas que el colectivo recurrente peticionaba a la Administración educativa eran debidas o indebidas por la administración, conforme a la normativa en materia de educación de los menores con discapacidad en el ámbito de Catalunya, es una cuestión de mera legalidad ordinaria, a resolver conforme a la normativa aplicable. Por ello el no haber dado respuesta la Administración educativa a la precitada asociación en el plazo de 45 días que la Ley Orgánica reguladora del

con el 36,1%, y muy de lejos por el artículo 9 (Accesibilidad), que representa el 22,2%. Es preciso señalar que esas cifras no comportan una valoración cualitativa”. “En los casos de educación son los padres y madres de las personas discriminadas por su diversidad funcional las que denuncian la situación de sus hijos”. (página 29). ASOCIACIÓN SOLCOM. *Informe SOLCOM 2011. Derechos Humanos en España. Violaciones en España de la Convención sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad (diversidad funcional) de la ONU*. Madrid, diciembre 2011. La primera recomendación de este informe expresa: “1. Es preciso educar en diversidad e inclusión en la comunidad si queremos vivir en comunidad. Hay que acabar con la educación excluyente y la aprobación de nuevas leyes que la avalen. El estado debería ejercer su potestad constitucional de garantía de igualdad. Por su parte, la sociedad civil no puede cejar en su lucha, si se desea conseguir un futuro respetuoso con los Derechos Humanos. En esta lucha, las plazas residenciales deberían ser una opción secundaria, ante las prevalentes medidas que garanticen la vida independiente, como la asistencia personal, más compatibles con los Derechos Humanos” (página 30).

¹⁹⁴ STSJ Cataluña nº 676/2011 de 29-9-2011 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª (rec. 30/2011; Pte: Berlanga Ribelles, Emilio EDJ 2011/264862)

derecho de petición previene para ello no puede entenderse que lesiona el derecho fundamental de petición de esta asociación legalmente constituida..Máxime cuando la misma Administración educativa autonómica en posterior fecha ya dio pormenoriza respuesta en derecho a lo expuesto en su escrito por la entidad ahora recurrente.

- Regularización de situaciones escolares para alumnos con necesidades educativas especiales como la promoción de curso¹⁹⁵. No afectan al núcleo del derecho fundamental a la educación, ni al pleno desarrollo de la personalidad humana de la alumna, que no puede vincularse al adelanto o retraso de un curso escolar, que depende de la aplicación concreta de la normativa administrativa vigente sobre tal extremo, por lo que constituye un problema de legalidad ordinaria, que debe debatirse a través del recurso contencioso-administrativo de esta clase, sin poder acogerse al proceso especial y sumario de protección de los derechos fundamentales de la persona regulado por la Ley 62/1978. El pleno desarrollo de la personalidad humana, que el texto constitucional EDL 1978/3879 conecta con el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, tiene un alcance más profundo que el que se circunscribe a la superación de un curso de E.G.B. o a la alteración del orden y ritmo de las previsiones de cursos escolares.
- Modalidad de escolarización (centro de educación especial o “Grupo Ordinario con apoyos en periodos variables”). El Tribunal, en este caso, estimó además que la resolución impugnada tampoco entrañaba vulneración del derecho a la educación, por cuanto la educación del menor está asegurada, al haberle sido ofertada una plaza en un centro escolar sostenido con fondos públicos, ubicado en la zona de influencia que le corresponde, y la modalidad adaptada a sus necesidades, asignándole las prestaciones complementarias necesarias para atender sus circunstancias especiales, se ha de entender vulnerado el contenido prestacional del derecho a la educación, por cuanto a través de la modalidad de escolarización propuesta, se han tratado de atender las necesidades especiales que presentaba al iniciar el curso escolar 2009/2010, respetando los principios de la normativa aplicable en este ámbito¹⁹⁶.

En segundo lugar, se ha tomado siempre en gran consideración el contenido de los dictámenes emitidos por los organismos especializados de la Administración. En este sentido, por ejemplo:

- Determinando que la omisión de los precitados informes no es un mero defecto formal puesto que tiene como finalidad definir con exactitud qué medida es la más adecuada a las necesidades educativas del alumno, por lo que su ausencia justifica la estimación del recurso¹⁹⁷.

¹⁹⁵ STS de 24-9-2001, Sala 3ª, sec. 7ª, (rec. 3564/1997; Pte: Goded Miranda, Manuel; EDJ 2001/30885; FJ 3º).

¹⁹⁶ STSJ Andalucía (sede Granada) nº 1060/2010, de 10-5-2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S (rec. 483/2010; Pte: Puya Jiménez, Rafael; EDJ 2010/358032)

¹⁹⁷ STSJ Comunidad Valenciana nº 263/2007, de 1-3-2007 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª (rec. 160/2006; EDJ 2007/24640; Pte: Selma Calpe, Josefina)

- Que la modalidad de escolarización no puede verse condicionada por las quejas emitidas por los padres de otros alumnos, debiendo respetarse el principio general de escolarización ordinaria, salvo supuestos excepcionales¹⁹⁸.
- Que, si se cumplen los requisitos normativos, la emisión de los dictámenes preceptivos y la información y audiencia de los padres y progenitores, la decisión compete a la Administración, sin que el criterio contrario de estos últimos en la creencia de que su decisión pueda ser más lo mejor para su hijo pueda prevalecer¹⁹⁹, salvo que la Administración se haya apartado del criterio de los técnicos pues siempre debe prevalecer el superior interés del menor²⁰⁰.
- La carencia de medios y plazas escolares suficientes puede obligar, en ocasiones, sobre todo en poblaciones alejadas de los grandes núcleos de población, a la adopción de soluciones que, respetando el derecho a la educación, no se adapten completamente a las conveniencias de los padres²⁰¹. No se vulnera el derecho a la elección de centro que corresponde a los padres, toda vez que esta elección, como contenido del Derecho Fundamental a la Educación, no puede tener un valor absoluto, desde el momento en que obvias razones materiales y presupuestarias hacen limitados tanto los centros existentes como las plazas disponibles en ellos. Por otro lado, el hecho de que la decisión adoptada por la Administración no coincida con los criterios y los intereses de los padres del menor no significa sin más que se esté infringiendo el derecho a la educación de dicho menor ni que se vulneren los derechos integrantes a la patria potestad de los padres, porque se le está ofreciendo una concreta propuesta de escolarización que, según criterio de los profesionales de la Administración, es más adecuada a las necesidades educativas del niño, y segundo porque en caso de discrepancia entre Administración y padres no tiene necesariamente que asumirse la tesis de los padres, sino que incluso la Administración podrá de oficio, garantizando la audiencia a los padres, adoptar la resolución que considere ajustada a derecho y ello sin perjuicio de que dicho criterio pueda ser objeto de revisión jurisdiccional. Tampoco supone que se haya discriminado negativamente al menor ni se haya vulnerado el principio de igualdad, no siendo aceptable la afirmación de que la Administración ha expulsado al menor del Colegio, toda vez que no ha existido una expulsión y menos aún por su condición de discapacitado sino una modificación en la propuesta de escolarización que conlleva cambio de colegio, motivado por las especiales necesidades educativas que concurren²⁰².

¹⁹⁸ STSJ Aragón nº 387/2011, de 18-5-2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª (rec. 294/2009; Pte: Juste Diez de Pinos, Nerea; EDJ 2011/124041)

¹⁹⁹ STSJ Aragón nº 347/2002, de 22-4-2002, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª (rec. 1612/1998; Pte: Serrano Bonafonte, Manuel; EDJ 2002/36161)

²⁰⁰ STSJ Extremadura de 29-4-2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. 148/2002; Pte: Villalba Lava, Mercenario; EDJ 2003/32045)

²⁰¹ STSJ Galicia nº 375/1999, de 21-4-1999, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª (Pte: Seoane Pesqueira, Fernando; EDJ 1999/12978)

²⁰² STSJ Castilla-León (sede Burgos) nº 240/2011, de 13-5-2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª (rec. 137/2010; Pte: Revilla Revilla, Eusebio; EDJ 2011/165075)

Finalmente, en lo que concierne al posible absentismo del menor por decisión de los padres, las estrategias que los poderes públicos emplean para la defensa de este derecho son también plurales. Desde aquellas que tienen un carácter general (como, por ejemplo, medidas preventivas como campañas de información y sensibilización) o las básicas de detección del problema (como lo son los registros de matriculación y cómputo de ausencias) a las que parten del punto de vista de la intervención individualizada (centrada en los menores y sus familias) en las que pueden distinguirse las estrategias de colaboración y las propiamente coercitivas.

Las estrategias de colaboración buscan el acuerdo de los afectados en la solución del problema y, naturalmente, forman parte la intervención prioritaria. Abarcan extremos como la inserción educativa (alumnado con necesidad de apoyo educativo, compensación de las desigualdades en la educación) o los problemas que pueden plantear determinados derechos de los padres (por ejemplo, la denominada objeción escolar) o las situaciones de riesgo para el menor en que pueden encontrarse determinadas familias (mediante medidas de apoyo de carácter técnico o económico).

Las estrategias coercitivas operan en un marco de falta de consenso y de necesidad de intervención al haber agotado las anteriores. Se encuadran en este marco las intervenciones policiales (por ejemplo, detección de los escolares en situación de absentismo y traslado a los centros), las sanciones administrativas, las sanciones penales (delito de abandono de familia) y otras actuaciones no propiamente sancionadoras pero que se integran en un marco de imposición (como la declaración de desamparo). La introducción de este segundo tipo de estrategias en modo alguno debe suponer que cese el trabajo de las primeras.

La búsqueda de la colaboración del menor y de sus familias es exigible en todo momento (artículo 15 de la LO 1/1006 de Protección Jurídica del Menor). Particularmente, en estos casos es necesario un seguimiento adecuado de estos problemas por parte de las autoridades educativas en interés del menor.

5. BIBLIOGRAFÍA

ACNUR/SAVE THE CHILDREN. Programa de Menores no acompañados en Europa. *Declaración de Buenas Prácticas*. Tercera edición, 2004

ALÁEZ CORRAL, Benito. *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 2003.

ALONSO PARREÑO, María José. *Los derechos del niño con discapacidad en España*. Colección cermi.es (Número 38). Madrid, 2008.

ALLEN, Nick. *Making Sense of the Children Act 1989*. John Wiley & Sons, Ltd. Fourth Edition, January, 2008.

AMNISTÍA INTERNACIONAL (SECCIÓN ESPAÑOLA). Menores en centros de protección terapéuticos: “Si vuelvo, ¡me mato!” diciembre de 2009.

ASOCIACIÓN SOLCOM. *Informe SOLCOM 2011. Derechos Humanos en España. Violaciones en España de la Convención sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad (diversidad funcional) de la ONU*. Madrid, diciembre 2011.

BARDET, Jean-Pierre/FARON, Olivier. “Des enfants sans enfance. Sur les abandonnés de l'époque moderne”. En BECCHI, Egle/JULIA, Dominique. *Histoire de l'enfance en Occident*. Éditions du Seuil, Paris, 1998, páginas 121 a 156.

CARDONA MOLTÓ, María Cristina / GÓMEZ CANET, Pedro F. *Manual de Educación Especial*. Editorial Promolibro. Valencia, 2001.

CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo V*. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1985.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n° 9 (2006). Los derechos de los niños con discapacidad*. 43º período de sesiones. Ginebra, 11 a 29 de septiembre de 2006 (CRC/C/GC/9; 27 de febrero de 2007)

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras*. Bruselas, 15.11.2010. COM(2010) 636 final.

CONGRESO DE EXPERTOS JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Informe de conclusiones. *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el acceso a la justicia en España*. Madrid, 1 de junio de 2010.

COUNCIL OF EUROPE. COMMITTEE OF MINISTERS. Recommendation N° R (98) 9 of the Committee of Ministers to member states *on dependence* (Adopted by the Committee of Ministers on 18 September 1998 at the 641st meeting of the Ministers' Deputies)

COUNCIL OF EUROPE. COMMITTEE OF MINISTERS. Recommendation N° R(99)4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults (Adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999 at the 660th meeting of the Minister's Deputies)

COUNCIL OF EUROPE. COMMITTEE OF MINISTERS. Recommendation CM/Rec(2010)2 of the Committee of Ministers to member states *on deinstitutionalisation and community living of children with disabilities* (Adopted by the Committee of Ministers on 3 February 2010 at the 1076th meeting of the Ministers' Deputies)

COUNCIL OF EUROPE. COMMITTEE OF MINISTERS. Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member states *concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder* (Adopted by the Committee of Ministers on 22 September 2004 at the 896th meeting of the Ministers' Deputies), artículo 29.

COUNCIL OF EUROPE. COMMITTEE OF MINISTERS. Recommendation Rec(2006)19 of the Committee of Ministers to member states *on policy to support positive parenting* (Adopted by the Committee of Ministers on 13 December 2006 at the 983rd meeting of the Ministers' Deputies)

COUNCIL OF EUROPE. Explanatory Report to the Recommendation *concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder* CM(2004)97 Addendum 3 9 June 2004.

CRÉOFF, Michele. *Guide de la protection de l'enfance maltraitée*. 2e édition. Dunod, Paris, 2006.

DE GABRIEL, Narciso. “Alfabetización, semialfabetización y analfabetismo en España (1860-1991)”, *Revista Complutense de Educación*, vol. 8, n° 1, 1997. Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense. Madrid, 1997.

DEFENSOR DEL PUEBLO. *Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*. febrero de 2009.

DÍAZ HUERTAS, José A./RUIZ DÍAZ, Miguel A./RUIZ DÍAZ, Víctor. *Infancia y discapacidad*. Edita: Sociedad de Pediatría Social. Madrid, 2007.

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia y Derecho de sucesiones* (6ª edición). Editorial Tecnos. Madrid, 1992.

DIEZ-PICAZO, Luis, *La representación en el Derecho Privado*. Madrid, 1979 (reimpresión de 1992).

FEDERACIÓN ESTATAL DE PROFESIONALES DE ATENCIÓN TEMPRANA – GAT. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD. *Libro Blanco de la Atención Temprana*. Madrid, 2000.

FEDERACIÓN ESTATAL DE PROFESIONALES DE ATENCIÓN TEMPRANA – GAT. MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD. REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD. *La realidad actual de la Atención Temprana en España*. Madrid, 2011.

FELIU REY, Manuel-Ignacio. *Comentarios a la Ley de Adopción*. Ed. Tecnos. Madrid 1989.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María-Begoña. *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*. Thomsom-Aranzadi. Cizur Menor, 2007.

FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy. *Defensa del Derecho a la enseñanza obligatoria: El papel del Ministerio Fiscal*. Edita: Fundación Aequitas. Colección “La llave” nº 6, Madrid, 2011.

GONZALEZ POVEDA, Bienvenido. *La jurisdicción voluntaria*, página 444, Ed. Aranzadi, 1989.

HAWES, Joseph M. *The Children's Rights Movement*. Twayne Publishers, Boston, 1991.

INTERNATIONAL DISABILITY CAUCUS. *Mensaje del Caucus Internacional de la Discapacidad en la 61ª Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006*. (Disponible en internet: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/convidocs/idcgasts.doc>).

MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA. *Evaluación PISA 2003. Resumen de los primeros resultados en España* (disponible en internet: http://www.oei.es/quipu/espana/resumen_pisa2003.pdf)

MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Nota de prensa de 31 de diciembre de 2010 sobre Presentación del Informe PISA 2009 elaborado por la OCDE (<http://www.educacion.gob.es/horizontales/prensa/notas/2010/12/informe-pisa-ant.html>)

MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. *Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud. Estrategia aprobada por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 11 de diciembre de 2006*. Madrid, 2007, página 98.

MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL. *Protocolo básico de actuación en centros y/o residencias con menores diagnosticados de trastornos de conducta*. Madrid, 20 de mayo de 2010 (texto consensuado en la Comisión interautonómica de Directores y Directoras Generales de la Infancia).

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Education at a Glance 2007. OECD indicators*. OECD, 2007.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Education at a Glance 2010. OECD indicators*. OECD, 2010.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*. (HRI/GEN/1/Rev.7) 12 de mayo de 2004, páginas 165 a 167.

PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Colección cermi.es (nº 36). Madrid, 2008

PALACIOS, Agustina/ROMAÑACH, Javier. *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Ediciones Diversitas-AIES. Madrid, 2006.

PALMA DEL TESO, Ángeles. *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*. Ministerio de Administraciones Públicas. INAP. Madrid, 2006

TOMÁS, Catarina / FONSECA, Diana. “Crianças em Perigo: O Papel das Comissões de Proteção de Menores em Portugal”. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 47, no 2, 2004

UNESCO, Declaración de Salamanca y Marco de Acción sobre Necesidades Educativas Especiales, 1994.

UNESCO. Directrices sobre políticas de inclusión en la educación. París, 2009.

UNESCO. *Informe de Seguimiento de la EPT en el Mundo 2011. Una crisis encubierta: conflictos armados y educación*. París, 2011.

VARELA, Julia/ÁLVAREZ-URÍA, Fernando. *Arqueología de la Escuela*. Ediciones Endymion, Madrid, 1991.

VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso. *La representación y disposición de los bienes de los hijos*. Madrid, 1989.

VV.AA. Y MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*. 2ª Edición. Ed. Colex. Madrid, 2000

WARNOCK, Mrs H M. *Special Educational Needs. Report of the Committee of Enquiry into the Education of Handicapped Children and Young People*. Presented to Parliament by the Secretary of State for Education and Science, the Secretary of State for Scotland and the Secretary of State for Wales by Command of Her Majesty. Her Majesty's Stationery Office. London, May 1978.

WERTHEIMER, Allan. *Coercion*. Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 1989