

Desamparo y discapacidad

María Núñez Bolaños

La realidad, en un marco jurídico, de las personas con discapacidad en situación de desamparo puede abarcar múltiples y muy variadas situaciones, imposible de abordar en una comunicación.

Es por ello que no será objeto de la misma cuestiones de orden penal, o la situación de desamparo de las personas mayores con discapacidad, sus ingresos residenciales o la asunción de su tutela ex Art. 239CC por la entidad pública. Tampoco lo será la figura de la adopción o acogimiento cuya reforma se contempla en el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia.

Es mi propósito, en esta intervención, limitarme a analizar la figura de la declaración de desamparo del menor por la entidad administrativa pero desde una perspectiva práctica, analizando cuales son las situaciones de riesgo que vemos en la realidad de los casos, y qué incidencia tiene la discapacidad física o psíquica tanto de los menores como de los progenitores.

Por supuesto que para explicar esta situación, porque es una situación, en la que se pueden encontrar las personas con discapacidad, bien sean éstas los progenitores o los niños, es necesario explicar cómo se regula esta figura en nuestro derecho, qué se hace por la administración, qué papel tenemos los jueces en estas situaciones, por qué intervenimos. Y todo ello para que, en un clima de diálogo, podamos buscar maneras de mejorar nuestra realidad jurídica en relación a esta realidad social. Sin olvidar el Anteproyecto de la Ley de Protección a la Infancia.

La declaración de desamparo de un menor supone la asunción inmediata de la guarda o tutela de dicho menor por la administración pública, lo que conlleva la retirada del menor de su familia biológica. Esta resolución o medida, adoptada por la administración, puede ser consentida e incluso instada por la familia del menor, pero también puede ocurrir, que dicha familia, se oponga a la medida adoptada. En este supuesto la resolución se recurre o impugna ante los juzgados competentes.

El artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) determina la competencia territorial para conocer de este tipo de procesos en base al domicilio de la entidad protectora. Así será competente para conocer el Juzgado de 1º Instancia, al que por reparto corresponda, sito en la localidad donde tenga su domicilio la entidad pública. Es evidente, que siempre conocerán los juzgados de 1ª Instancia sitios en la capital de provincia, sede de la delegación actuante.

No obstante ha de tenerse presente como excepción, lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (artículo 44). El nuevo artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducido por dicho precepto, establece que en los casos en que concurren los requisitos previstos en el apartado 3 (existencia de un proceso penal por violencia de género en el que sean parte quienes a su vez lo son en el proceso civil de familia correspondiente), será competente para conocer del procedimiento sobre oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (apartado 2 g) el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que conozca del proceso penal. Juzgado de Violencia que territorialmente viene a su vez determinado por el nuevo artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al señalar que lo será el del lugar del domicilio de la Víctima.

En la provincia de Sevilla, sólo conocen, por norma de reparto, lo cual es positivo por lo que a la especialización se refiere, de los 27 juzgados de 1ª instancia, sólo los cinco Juzgados de Familia, ello sin perjuicio de la competencia, conforme a lo referido, de los juzgados de Violencia de Género.

El control jurisdiccional de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores es quizás una de las parcelas del Derecho de Familia menos estudiada desde la praxis de los Juzgados que conocen de este tipo de procesos. Esa escasa atención compagina mal con la importancia de una materia que afecta a derechos fundamentales (artículos 18 y 39 de la Constitución) y también, todo hay que decirlo, con la trascendencia que determinados casos relativos a menores desamparados o en proceso de adopción, alcanzan en los medios de comunicación y en la sociedad en general. Quién no ha oído hablar y comentar en las más diversas tertulias los casos de “la niña de Benamaurel” o el de “Iván y Sara” por citar solo algunos de ellos. O más recientemente de caso del niño británico, Ashya, cuya tutela fue asumida por las autoridades británicas ante la conducta de los padres de sacar al menor del hospital donde estaba siendo tratado de un tumor.

Cuestión ésta que introduce un tema muy interesante como lo es el ingreso de los menores por razón de trastorno psíquico en centros psiquiátricos o residenciales para menores con trastorno de conducta. A este respecto es de destacar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso Nielsen contra Dinamarca¹¹⁵

En el caso Nielsen, un niño, respecto del cual, tras la separación de la pareja, conforme a la legislación danesa de 1973, únicamente la madre ostentaba la patria potestad, y ella 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 interna-

miento 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 dónde 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 en un hospital ordinario. El TEDH, recordando los casos *Asingdane* 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.

Al margen de la posible polémica sobre si este tipo de ingresos son ingresos por razón de salud, normales, digamos, y por lo tanto en la esfera del ejercicio de las funciones parentales, sin necesidad de intervención judicial, o por el contrario ingresos por razón de trastorno psíquico y necesaria la intervención judicial, es lo cierto, que la falta de asistencia médica al menor afectado por enfermedad mental constituye causa de desamparo, tanto si lo es por negligencia o por imposibilidad para prestarla..

La importancia de las cuestiones señaladas, la intervención judicial en el control de la legalidad de actuaciones administrativas sobre declaración de desamparo o el internamiento de menores, no lo es sólo cualitativa sino también cuantitativa. Según el Observatorio para la Infancia, Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia, el total de expedientes de desamparo de menores con asunción de tutela por la entidad pública fueron en España, un total de 29.754, en el año 2012. Se echa en falta un estudio estadístico sobre la incidencia de la discapacidad en declaración de desamparo.