

NORMATIVA INTERNACIONAL, EUROPEA, NACIONAL Y AUTONÓMICA APLICABLE A LOS RECURSOS DE ACOGIMIENTO RESIDENCIAL PARA MENORES

INTERNATIONAL, EUROPEAN, NATIONAL AND REGIONAL REGULATIONS APPLICABLE TO RESIDENTIAL CARE RESOURCES FOR MINORS

Fátima El Shafi Rodríguez

ABSTRACT

This article represents a compilation of the regulations related to residential care resources for minors in order to contextualize the methods that regulate the use of these measures from an international, European, national and regional perspective.

In this way we will be able to make visible the reality in legislative matters in the field of protection of minors who are in residential care measures. For this, a descriptive documentary analysis has been carried out that allows us to collect all this information. Of the 187 legislative references found, we have worked on 52 specific legislative references that focused specifically on the object of investigation. The content analysis has been carried out from a hermeneutical-critical approach through documentary analysis (Navarro et al., 2017). Subsequently, and after applying a series of inclusion and exclusion criteria, the information from the different studies analyzed is shown, explaining the specific legislation that affects children who are part of the child and adolescent protection system.

Key words: international legislation; european legislation; national legislation; autonomous legislation; minors

RESUMEN

El presente artículo representa una recopilación de la normativa relacionada con los recursos de acogimiento residencial de protección de menores con la finalidad de contextualizar sobre los métodos que regulan el uso de estas medidas desde una perspectiva internacional, europea, nacional y autonómica.

De esta manera, podremos visibilizar la realidad en materia legislativa en el ámbito de la protección de menores que se encuentran en medidas de acogimiento residencial. Para ello, se ha realizado un análisis documental descriptivo que nos permita recopilar toda esta información. De las 187 referencias legislativas encontradas, se ha trabajado sobre 52 referencias legislativas concretas que se centraban específicamente en el objeto de investigación. El análisis del contenido se ha llevado a cabo desde un enfoque hermenéutico-crítico por medio de un análisis documental (Navarro et

al., 2017). Posteriormente, y tras la aplicación de una serie de criterios de inclusión y exclusión se muestra la información de los diferentes estudios analizados que explican la legislación concreta que afecta a los niños y niñas que forman parte del sistema de protección a la infancia y adolescencia.

Palabras clave: Legislación internacional; legislación europea; legislación nacional; legislación autonómica; menores

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, se debe prestar atención a los diversos procesos educativos que se lleven a cabo con niños, niñas, y jóvenes, acompañándolos de una reflexión sobre el origen de los conceptos y su construcción sociocultural. Así, se hace necesario revisar los diversos aspectos histórico-culturales que han contextualizado los modos en que se han establecido las relaciones de la sociedad en general con los niños y adolescentes.

Tal y como mencionan Pérez y Gardey (2008), el término “infancia” procede del latín, “infantia” y es la etapa que se inicia desde que el ser humano nace hasta la adolescencia. El concepto también es utilizado para recoger a aquel conjunto social que forma parte de dicho grupo de edad. Ahora bien, el concepto de “infancia” no es un concepto natural, si no que ha sido construido a lo largo de los años, adaptándose al momento socio histórico de manera que la infancia hoy en día tiene su espacio propio y hay que atenderla como un colectivo social al que se debe tratar de forma concreta.

Cuando se realizó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se hizo referencia a la importancia de dar especial atención a la infancia. Los derechos humanos amparaban la infancia en sus inicios, pero se puede afirmar que la infancia posee una serie de características concretas y necesitan especial protección y por ende especiales derechos que respondan a sus necesidades. El objetivo de la Convención sobre los Derechos del niño es el de proteger a nivel legal e internacional los derechos generales y especiales de los niños y niñas. Contempla los Derechos Civiles, Sociales, Económicos y Culturales, integrando de forma amplia y vital los atributos esenciales analizados respecto de los derechos humanos.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por unanimidad el 20 de noviembre de 1989, por la Asamblea General de la Naciones Unidas, entrando en vigor el 2 de setiembre de 1990 luego de ser ratificada por los veinte primeros Estados Parte.

Después de diez años de intensas negociaciones, reflexiones y debates el grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U. culminó con tan ardua tarea, siendo hoy el instrumento jurídico más completo y el más importante a nivel ético en el campo de la infancia. La iniciativa de elaborar una Convención sobre los Derechos del Niño procedió de la delegación de Polonia, la cual presentó un anteproyecto en el cual proponía en 1978 a la Asamblea General de las Naciones Unidas, la aprobación de la Convención para 1979 Año Internacional del Niño. Este anteproyecto original consistía en el cambio de formulación de los derechos ya reconocidos en la Declaración de Derechos del Niño de 1959. Tiene como antecedentes a la Declaración de Ginebra de 1924, aprobada por la Sociedad de Naciones Unidas y la Declaración de Derechos del Niño de 1959. La Convención transformó al niño de objeto de derecho en sujeto de derecho, y abarca todo lo recogido en los derechos humanos tanto para los niños como para los adolescentes. Es un documento vasto y completo, un texto jurídico que “obliga” a analizar la relación entre el niño, el

Estado, la familia y la sociedad en su conjunto (UNICEF, 1990). Los diferentes Estados que forman parte de la Convención tienen la responsabilidad y la obligación de cumplir estos derechos, por lo que, amparándonos en el Artículo 20 de dicha Convención, “En caso de que los menores no puedan vivir en su entorno familiar se debe proteger a estos menores, estableciendo aquella medida que se considere más oportuna para garantizar dicha protección”, deberemos analizar la legislación vigente en referencia a materia de protección de menores.

En la actualidad, casi 49.171 de niños, niñas y adolescentes se encuentran bajo una medida de protección en acogimiento residencial en España (DGSFyI, 2020). Como menciona Poyatos (2015), se deben unificar los criterios legislativos a establecer ante una situación de desprotección. Esta cuestión hace necesaria la elaboración de esta revisión de la normativa, para poder reunir la información y ahondar en su aplicación.

La confección de esta investigación nos permite, por un lado, conocer la legislación vigente en materia de protección de menores tanto en el ámbito internacional, europeo, nacional y autonómico; y por otro lado, situarnos en la trayectoria legislativa en materia de protección de menores.

Para el desarrollo de este estudio se ha llevado a cabo un análisis documental descriptivo, a través del cual podemos conocer situaciones y tendencias (Niño, 2011). En primer lugar, se ha llevado a cabo una recogida de la información sobre la legislación existente, profundizando en las leyes que existen relacionadas con la materia en cuestión, desde el plano internacional, europeo, nacional y autonómico. Para la recopilación de la información y su posterior comprensión y manejo, se ha utilizado la técnica de elaboración de fichas hemerográficas, que facilitan la visión general de la cuestión (Bisquerra, 2004).

Revisando la normativa referente a materia de menores de edad, se ha encontrado un amplio abanico de información. La búsqueda se ha llevado a cabo a través de la web, accediendo en la mayoría de los casos desde Google a la página Web: boe.es y [Eur-Lex](http://eur-lex.europa.eu), así como el centro documental bienestaryproteccioninfantil.es, que contiene registrada toda la legislación en términos de menores. Ahora bien, se quiere atender a aquella legislación que tenga relación con las medidas de protección en acogimiento residencial y materia de protección de menores, por lo que se han utilizado una serie de criterios de inclusión y de exclusión de cara a poder clasificar y seleccionar la información de forma más concreta relacionada con esta temática.

Los criterios de inclusión fueron: legislación en menores en acogimiento residencial, normativa internacional sobre medidas de protección de la infancia, legislación con respecto a las medidas de protección de la infancia en Europa y España. Asimismo, los criterios de exclusión fueron: legislación sobre menores extranjeros no acompañados, trata de menores, explotación sexual en menores, sustracción de menores, violencia, conflictos armados.

Con respecto a la documentación encontrada en relación con legislación en materia de acogimiento residencial, utilizaremos el siguiente número de referencias:

a) 62 fuentes documentales de origen internacional, que, tras la aplicación de los criterios de inclusión y exclusión establecidos sólo reseñaremos un total de 6 criterios legislativos que pueden ser aplicables, por lo que quedan excluidos un total de 56 referencias¹.

b) 55 fuentes encontradas circunscritas al ámbito europeo, de las cuales 9 referencias legislativas atienden a materia de protección de menores y recursos residenciales, siendo por lo tanto excluidas un total de 46².

c) Por último, en el marco nacional español (de ámbito de aplicación nacional y autonómica), este tema se amplía a 70 fuentes documentales, de las cuáles 7 especifican cuestiones concretas sobre acogimiento residencial y medidas de protección en el ámbito nacional, y 37 fuentes autonómicas concretas, siendo así excluidas un total de 26³.

Tras establecer estos criterios pasaremos a describir la realidad encontrada.

NORMATIVA INTERNACIONAL

El primer documento en el que se hace referencia a los derechos de los menores surge en 1924 con la aprobación de la Declaración de Ginebra por el organismo predecesor a la Organización de las Naciones Unidas; la Asamblea de la Sociedad de Naciones. En esta Declaración, se hace por primera vez un reconocimiento a las necesidades básicas de la infancia reflejadas en cinco únicos artículos, donde se garantiza que deben desarrollarse en todos los ámbitos cubriendo sus necesidades (Sociedad de Naciones, 1924).

Más adelante en 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas, adopta en París la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En ella encontramos treinta artículos sobre los derechos humanos considerados básicos. En el primer artículo se hace referencia a que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Después, en 1959, fue aprobada la Declaración de los Derechos del Niño. En esta Declaración, las Naciones Unidas aprobaron un conjunto de 10 principios que protegían y salvaguardaban los derechos de la infancia reconociendo a toda la infancia sin distinción (Asamblea General de la ONU, 1959).

Esta medida no fue suficiente ya que no poseía un carácter obligatorio, por lo que, en 1978, el Gobierno de Polonia presentó a las Naciones Unidas la versión provisional de la Convención sobre

¹ Véase: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional [A/RES/55/25], Asamblea General de Naciones Unidas (NNUU), 2004; Declaración de la reunión plenaria conmemorativa de alto nivel dedicada al seguimiento de los resultados del período extraordinario de sesiones sobre la infancia, Asamblea General de Naciones Unidas (NNUU), 2007; Acuerdo Final de Ljubljana contra la Violencia a los Niños y Niñas, Comité de los Derechos del Niño, 2007; entre otras.

² Véase: Estrategia de la Unión Europea para una lucha más eficaz contra el abuso sexual infantil, Comisión Europea 2004; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo COD (2010)0064 relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, Parlamento Europeo y Consejo de, 2011; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Protección de los menores migrantes, Comisión Europea, 2017; entre otras.

³ Véase: Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Jefatura del Estado. (14/05/1982); Proposición no de Ley relativa al impulso de una Ley Orgánica para erradicar la violencia contra la infancia. (162/000447), Varios Grupos Parlamentarios (España), 2017; Real Decreto 165/2019 de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional. Gobierno de España. Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, 2019; entre otras.

los Derechos del Niño que, tras 10 años de negociaciones con gobiernos de todo el mundo, líderes religiosos, ONG y otras instituciones, se logró aprobar el texto final de la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989, cuyo cumplimiento sería obligatorio para todos los países que la ratificasen.

La Convención sobre los Derechos del Niño se convirtió en ley en 1990, después de ser firmada y aceptada por 20 países, entre ellos España. En la actualidad, la Convención ya ha sido aceptada por todos los países del mundo excepto Estados Unidos. Además, tras años de rigurosa evaluación de medidas de atención a la infancia, es en el año 2000 cuando nace el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño, sobre “la participación en conflictos armados” así como el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”, que fueron de utilidad para sumar nuevos esfuerzos establecidos por dicha Convención.

Es en esta Convención donde se establecen, regulan y defienden los Derechos de los niños y las niñas, en la que se prevén medidas en relación con las decisiones que deben tomar las administraciones en caso de darse una situación de desprotección de los menores, relacionadas con buscar recursos que garanticen su desarrollo integral. En el artículo 1 se define el concepto de niño como “a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, por cualquier cambio marcado por la ley, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Siguiendo con la importancia de que los y las menores de edad tengan capacidad de decisión y se cuente con ellos, cabe mencionar el artículo 13, que manifiesta que todo niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, teniendo en cuenta su capacidad de decisión y el interés superior de los mismos. Para garantizar la protección de los menores, la Convención Naciones Unidas (1989), declaró que los Estados debían proteger a los menores ante cualquier tipo de riesgo, quedando establecido un protocolo cuyo objetivo fuera el de proporcionar la asistencia necesaria a los niños y niñas.

Además, prevé en el artículo 20:

“Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”.

Cabe destacar que a nivel internacional en 2006 se establecieron compromisos más específicos por parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, que han ido en la línea de ampliar los derechos de la infancia a todos los ámbitos de la vida cotidiana, procurando garantizar su cobertura total de necesidades, cumplimiento de derechos y preservación del interés superior del menor.

Además, continuando con la legislación en medida de protección a la infancia se aprobó en el Tratado de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de febrero de 2010; (durante su 64º período de sesiones) la resolución “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”. El artículo 5 de dichas directrices delimita la responsabilidad de los estados respecto de los niños y niñas en situación de desamparo, autorizando a las autoridades competentes al acogimiento de los menores en caso de desprotección.

Estas directrices aclaran que las medidas tomadas en consecuencia como el acogimiento residencial debe ser algo excepcional y temporal, de forma que se primará que los niños y las niñas en la medida de lo posible regresen cuanto antes al núcleo familiar, así como se evitará la separación de estos salvo que sea estrictamente necesario y se ponga en riesgo el bienestar de los y las menores. Es por esto por lo que el artículo 14 indica que “la separación del niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso y, en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo posible”.

Así, por ejemplo, es en el artículo 21 donde se menciona la limitación del uso de recursos de acogimiento residencial, ya que menciona que “el recurso al acogimiento residencial debería limitarse a los casos en que ese entorno fuera específicamente apropiado, necesario y constructivo para el niño interesado y redundase en favor de su interés superior”. Dando un paso más allá, el artículo 23 considera la progresiva eliminación de los centros de acogimiento residencial:

Aunque se reconoce que los centros de acogimiento residencial y el acogimiento en familia son modalidades complementarias para atender las necesidades de los niños, donde siga habiendo grandes centros (instituciones) de acogimiento residencial convendría elaborar alternativas en el contexto de una estrategia global de desinstitucionalización, con fines y objetivos precisos, que permitan su progresiva eliminación.

NORMATIVA EUROPEA

A lo largo de los años, desde la Unión Europea se han establecido diversos convenios, normativas y programas que pretenden defender los derechos de la infancia y establecer medidas que faciliten y protejan su bienestar y desarrollo.

La Carta Social Europea fue hecha en Turín en 1961 y fue ratificada por España en 1980. La Carta Social Europea fue revisada de nuevo en Estrasburgo en 1996; ratificándose por España en el año 2000. Ambas completan el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), ratificado por España en 1979. La Carta Social Europea hace referencia al derecho de los niños y de los adolescentes a la protección (artículo 7), a la protección social, jurídica y económica de la familia (artículo 16), así como el derecho de las madres y los niños a una protección social y económica (artículo 17).

Como se menciona en el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, en su artículo 4 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, el interés superior del menor será un factor determinante para poder instaurar, modificar y cesar las medidas que se establezcan.

El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores adoptado por la Conferencia de La Haya el 25 de octubre de 1980, es el primero en establecer medidas con respecto a la cuestión de sustracción de menores. En este Convenio más de 70 Estados cooperan conjuntamente para proteger a los niños de los efectos perjudiciales del traslado o retención ilícita en el extranjero. Se menciona, en su artículo 11.1, que en caso de necesidad las autoridades de cualquier estado deben adoptar las medidas de protección que se consideren necesarias para salvaguardar el bienestar de los menores. Es importante tomar medidas acordes con las necesidades concretas, respetando el interés superior de los menores, así

como los derechos de los niños. La finalidad de este Convenio es establecer y regular aquellos aspectos que repercutan en el desarrollo y bienestar de los menores y pretenden adoptar las medidas de protección que se consideren necesarias en cada momento.

El Parlamento Europeo aprobó en 1992 la Carta Europea sobre los Derechos del Niño. Propone, como principios mínimos, la protección de la Carta a todos los menores de 18 años, el reconocimiento de sus derechos y el establecimiento de las medidas para la protección de este grupo de población.

En 1993, se hace un nuevo Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, en el que se reconoce que para un correcto desarrollo de los niños y las niñas estos deben crecer en un ambiente sano que garantice su bienestar. El estado debe establecer las medidas adecuadas para garantizar esto, dando siempre prioridad a que esto suceda en un espacio con la familia de origen.

De la misma manera, el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, refuerza el Convenio de 1980 porque subraya el papel primordial de las autoridades del lugar de residencia habitual del niño al decidir cualquier medida que podría ser necesaria para proteger al niño a largo plazo. Es el más moderno de los Convenios, y se centra en la protección de los menores y en lo referente a responsabilidad parental; otorgando a los estados la capacidad y responsabilidad de tomar decisiones en caso de que no se esté proporcionando una correcta protección a los menores de edad, tomando las medidas que sean necesarias para salvaguardar su bienestar. Aumenta también la eficacia de cualquier medida de protección temporal dictada por el juez por la que se ordene el retorno del niño al país del cual ha sido sustraído, haciendo dichas órdenes ejecutables en ese país hasta en tanto las autoridades de este se encuentren en situación de tomar las medidas de protección necesarias.

Según la Carta De los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), en su artículo 12 del título II “Sobre Libertades”, se pone de nuevo en manifiesto el derecho a tener cubierta una educación y una protección de los menores de edad. Es el artículo 24 de título III “Sobre igualdad” donde se afirma que los niños tienen derecho a la protección y a recibir los cuidados necesarios que garanticen su bienestar, y se contará con el menor para ciertos asuntos que le repercutan. Primará el interés superior del niño y el derecho a mantener relación con sus figuras paternas salvo que esto ponga en riesgo su seguridad o bienestar.

Más adelante, se aprueba el denominado Reglamento (CE) 2001/2003 (conocido como Bruselas II bis), relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Este Reglamento refuerza lo establecido en la conferencia de la Haya, de manera que este pone en evidencia que debe ser cumplida la normativa anterior. En el Artículo 14 se afirma que a cada estado miembro le corresponde la competencia de tomar las decisiones necesarias en materia de protección de menores en caso de que se ponga en riesgo el desarrollo de su bienestar.

Además, entre 2007 y 2013 se establecen en Europa programas educativos e iniciativas comunitarias vinculadas a la protección del menor (en concreto cabe mencionar el “Plan de acción sobre los menores no acompañados” como principal programa que presta atención a la infancia desprotegida). Este Plan de acción pone sobre la mesa diferentes recomendaciones de cara al establecimiento de medidas con respecto a los menores no acompañados, haciendo hincapié en

que la Unión Europea debe establecer cierta rigurosidad en cuanto a medidas de protección y ayuda a los que se refiere. Se deben incluir unos medios que garanticen los derechos de estos niños y adolescentes, como es favorecer el uso de instalaciones educativas y el derecho a la atención médica, así como información sobre los derechos y procedimientos. Se deben adoptar las medidas oportunas para garantizar el alcance de la mayoría de edad de los menores que corran el riesgo de perder la protección.

Para finalizar cabe mencionar que desde la Unión Europea se llevan a cabo algunas recomendaciones del Comité de Ministros (Recn 2005), relativas a los derechos de los niños que viven en instituciones. Establece que la familia es el entorno natural donde el niño debe crecer, en una atmósfera de bienestar, y que los padres son los primeros responsables de la educación y desarrollo de los hijos. La institucionalización debe ser entendida de forma excepcional; se debe primar el interés superior del niño y garantizar el respeto pleno de sus derechos fundamentales. En caso de producirse una situación de institucionalización, esta no debe durar más tiempo del necesario, siendo evaluada de forma periódica, y debe proporcionarse a los padres toda la ayuda que sea posible, a fin de favorecer el retorno del niño al hogar familiar. El procedimiento, organización y modalidades de institucionalización tendrán en cuenta la opinión del niño, en función de su edad y madurez. Las medidas de disciplina y control aplicadas en las instituciones deben fundamentarse en reglamentaciones oficiales y en normas establecidas.

NORMATIVA NACIONAL

Con respecto al ámbito nacional y de manera introductoria, cabe mencionar lo expuesto por la Constitución Española de 1978, en los siguientes artículos, referentes a materia de protección a la infancia y adolescencia: En el Artículo 39 se establece la obligación de que los Poderes Públicos aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta con carácter singular la de los niños, niñas y adolescentes. Determinó un nuevo marco jurídico de protección a la infancia que quedaría esencialmente delimitado por el reconocimiento de la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia y, en particular, la protección integral a los hijos (artículo 39.1 y 2) y el reconocimiento a los niños de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (artículo 39.4).

La Ley de 24 de octubre de 1983, trae consigo una reforma del Código Civil en el tratamiento de la materia de tutela y guarda de menores, donde se aplican las medidas a seguir en situación de guarda o tutela de menores en España.

Ahora bien, se debe prestar atención al impacto que tuvo la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican los artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, en la que se cambia el concepto de abandono por el de desamparo, dando lugar a una mayor exhaustividad ante los procedimientos de protección al menor. Según el Real Decreto de 24 de julio de 1989 por el que se publica el Código Civil se atribuye la responsabilidad al estado en materia de protección de menores.

Al existir diferentes medidas encaminadas a asegurar la protección de la infancia y adolescencia se establece más adelante la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En esta ley se constata que las personas menores de 18 años son personas, con altos niveles participación y capacidad de intervenir y cambiar su medio personal y social, así como ser sujetos activos con capacidad de

conocer la búsqueda de sus necesidades y las de los demás. Desde este momento se pretende alcanzar la finalidad de potenciar la autonomía de las personas salvaguardando su bienestar y potenciando la protección para poder alcanzar ciertos fines, de forma que puedan tener proyecciones de futuro, por lo que esta ley se centra en las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección. Es la primera ley en España destinada de forma concreta a regular los principios generales de actuación frente a situaciones de desprotección social, incluyendo la obligación de la entidad pública de investigar los hechos que conozca para corregir la situación mediante la intervención de los Servicios Sociales o, en su caso, asumiendo la tutela del menor por ministerio de la ley. Además, queda establecida y estipulada dentro de la ley una diferenciación entre las diferentes situaciones de desprotección social, atribuyendo diferentes medidas e intervenciones ante situaciones de “riesgo” frente a situaciones de “desamparo.” Mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar y se lleva a cabo un proceso de intervención cuya finalidad es reducir los factores de riesgo; en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, las funciones se concretan en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria. Por último, se considera importante mencionar que esta ley obliga a los y las ciudadanos a informar en caso de detectar alguna situación de desprotección de menores a las instituciones públicas competentes para que se tomen las medidas necesarias que salvaguarden el bienestar del menor.

Pasando a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en España, se establece que el ingreso de un menor en un centro residencial se produce a instancia de la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda de un menor o del Ministerio Fiscal, quienes habrán de solicitar la previa autorización judicial. Esta solicitud de ingreso necesariamente debe estar motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos previamente por personal especializado en protección de menores. Esta ley afirma que estos centros -que serán utilizados sólo cuando no sea posible la intervención a través de otras medidas de protección menos restrictivas- deben proporcionar a los menores con problemas de conducta, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existan o hayan fracasado, un marco adecuado para su educación, la normalización de su conducta y el libre y armónico desarrollo de su personalidad. El artículo 778 bis se encarga de la ordenación del procedimiento (judicial) para ingresar a un menor donde es competente el Juez de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública.

Actualmente, está vigente la Ley 26/2015 de Protección Jurídica del Menor, de 28 de julio, con la intención de crear una serie de medidas que favorecen el desarrollo integral de los niños y niñas en caso de desprotección, como son los denominados recursos residenciales. Según el artículo 6, estos recursos están caracterizados por ser viviendas o residencias con características concretas (especificadas de manera diferente en cada comunidad autónoma) de atención integral y carácter educativo para niños y adolescentes en situación de guarda y/o tutela por diversas situaciones familiares. Según el artículo 11, que “las Administraciones Públicas son las encargadas de facilitar a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen para su desarrollo integral”. Además, el artículo 12 menciona que:

Las Administraciones Públicas serán las encargadas de prevenir, detectar y solucionar situaciones que supongan un riesgo, garantizando la protección de los menores a través de servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley.

Es por esta razón que las Administraciones Públicas, en los ámbitos que les corresponden, son las que deberán articular políticas integrales encaminadas a garantizar el desarrollo de la infancia y la adolescencia. Es en el artículo 17 donde se establece la definición de “situación de riesgo” entendida como:

Aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar.

Para finalizar, el artículo 21, sobre acogimiento residencial pone en manifiesto las obligaciones que deben cumplir las entidades públicas y los servicios y centros donde se encuentren los menores; asegurando la cobertura de las necesidades de la vida cotidiana y garantizando los derechos de los menores adaptando su proyecto general a las características personales de cada menor. Además, estas entidades deben contar con un plan individual de cada menor que establezca claramente la finalidad del ingreso, los objetivos a conseguir y el plazo para su consecución y contarán con una normativa interna de funcionamiento y convivencia que responda a las necesidades.

NORMATIVA AUTONÓMICA

En sus inicios, las principales normativas que se podían adoptar en relación con protección de menores y medidas de acogimiento residencial pertenecen a competencia exclusiva de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores. A lo largo de tiempo se pudo apreciar que esto no generaba un criterio unitario estatal, por lo que se decidió adoptar medidas referentes a temáticas como la protección de menores desde el establecimiento del Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889), con la intención de que unificase dichos criterios. Para ello, el camino que se emprendió fue el de regular esta materia al amparo del título competencia legislación civil. La finalidad, confesada por el propio legislador estatal, era evitar una regulación divergente en el conjunto del estado a través de dispersas normas administrativas. Por la misma razón, en la disposición final del proyecto se afirmaba que “la tutela, el acogimiento y las demás instituciones de protección de menores se regirán exclusivamente, en materia civil, por las disposiciones del Código Civil y las compilaciones que el código deja a salvo”, aunque esta disposición no pasó al texto final de la ley. Así, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, incorporó al Código Civil las instituciones de la tutela de la Administración de los menores desamparados y la guarda administrativa. Las instituciones jurídicas a través de las que se encauza la protección pública de los menores, como vemos, fueron incorporadas al Código Civil y, por tanto, pasaron a ser reguladas por normas civiles (en lugar de normas administrativas como había sucedido hasta entonces) con el objeto de garantizar su aplicación general y evitar que cada una de las comunidades autónomas tuviera una regulación diferente.

Cabe mencionar que, la primera comunidad autónoma que reguló las instituciones de protección pública de menores al amparo del título competencia legislación civil fue Cataluña. En el caso de Navarra, su compilación contemplaba instituciones como la filiación, la patria potestad, la adopción

y el prohijamiento. Esto permitió invocar el título competencial legislación civil para regular algunas de las instituciones de protección de menores previstas en la Ley Foral 15/2005, de 4 de diciembre, de promoción, atención y protección de la infancia y la adolescencia. Por lo que se refiere a Aragón, su compilación tenía un título dedicado al derecho de la persona y la familia en el que se regulaban las relaciones tutelares y parentales; además, se contemplaba la adopción al regular los pactos sucesorios entre parientes adoptivos. Sin embargo, la primera regulación de las instituciones públicas de protección de menores, mediante la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores, fue realizada al amparo de la competencia que el Estatuto de Autonomía atribuye a esta comunidad en materia de asistencia, bienestar social, desarrollo comunitario y juventud (artículo 25.1.9). Por otro lado, en Galicia se ha llegado más lejos. La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, ha procedido a regular en normas civiles el conjunto de la actuación de las Administraciones públicas en materia de protección de menores y las instituciones jurídicas a través de las que la misma se articula (artículos 5 a 26). Así, no sólo se ha regulado la intervención de la Administración en situaciones de desamparo sino incluso en situaciones de riesgo, aunque lo cierto es que todas las comunidades autónomas habían asumido competencias en materia de asistencia social. Es más, algunas comunidades habían dictado incluso Leyes de protección de menores en las que ya se contemplaban algunas de las medidas previstas por la citada Ley estatal. Así, por ejemplo, la actuación protectora en situaciones de riesgo, dirigida a prevenir el desamparo, ya había sido prevista en la Ley de Madrid 6/1995, de 29 de marzo, de garantía de los derechos de la infancia y la adolescencia (artículo 50); la Ley de Asturias 1/1995, de 27 de protección de menores (artículo 15) o la Ley de Murcia 3/1995, de la infancia (artículos 18 y 19).

Exponer que todas las comunidades autónomas han establecido un órgano gestor para todo lo que tiene relación con los servicios sociales de atención a la infancia⁴. Su necesidad es del todo manifiesta, pues son los servicios sociales los encargados de valorar la situación de desamparo del menor, con el fin de tomar las medidas urgentes que proceda ante cualquier situación de riesgo y, en cualquier caso, ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial. Por otra parte, existen muchas actuaciones relacionadas con la asunción de la guarda o tutela; tales como el acogimiento familiar, la acogida temporal en centros, la derivación a centros educativos, y un sinnúmero de actividades que requiere una población tan vulnerable hoy en día como es la de los niños y adolescentes. Actuaciones que los servicios sociales deben realizar en el contexto de la familia, pues ésta es el núcleo insustituible donde debe crecer y desarrollarse el niño para conseguir un desarrollo completo y una plena integración social.

CONCLUSIONES

En el ámbito internacional, ya desde 1924 se apeló a la idea de elaborar una serie de derechos fundamentales, que atendieran en la medida de lo posible a aquellos niños y niñas que contaran con algún factor de desprotección, garantizando su alimentación, sus cuidados en caso de

⁴ Andalucía: Dirección General de Infancia y Familias; Aragón: Servicio de Prevención y Protección a la Infancia y Adolescencia y Ejecución de Medidas Judiciales; Asturias: Instituto Asturiano de Atención Social a la Infancia, Familias y Adolescencia; Baleares: Servicio de Protección de Menores; Canarias: Dirección General de Protección del Menor y la Familia; Cantabria: Dirección General de Servicios Sociales de Atención a la Infancia, Adolescencia y Familia; Castilla la Mancha: Dirección General de la Familia; Castilla y León: Dirección Técnica de Protección e inclusión social; Cataluña: Dirección General de Atención a la Familia y Adolescencia; Ceuta y Melilla: Servicio de Infancia y Familia de Ceuta y Dirección General de la Familia y el Menor de Melilla; Comunidad Valenciana: Dirección General de la Familia; Extremadura: Dirección General de Inclusión Social, Infancia y Familias; Galicia: Secretaría General de Familia y Bienestar Subdirección General de Familia y Menores; La Rioja: Dirección General de Familia y Acción Social; Madrid: Dirección General de Infancia, Familia y Natalidad; Murcia: Dirección General de Familia y Menor; Navarra: Dirección General de Familia, Infancia y Consumo; País Vasco: Departamento de Política Social Dirección General de Infancia y Juventud.

enfermedad y el derecho a la reeducación. La Convención de los derechos del niño fue la encargada de dar valor a este tipo de cuestiones, garantizado así unos derechos de la infancia que deben cumplirse en todo el mundo. Ya en esta Convención se atiende a cuestiones importantes que sostienen esta investigación, como la importancia de preservar el interés superior del niño a la hora de tomar decisiones que les afecten o a la búsqueda de alternativas en caso de que se encuentren en una situación de desprotección. La legislación internacional sostiene la idea de garantizar el bienestar de los menores en riesgo o desamparo, a pesar de que esto suponga la separación del ambiente familiar. Eso sí, en todo momento apela evitar este tipo de situaciones, así como promover el acogimiento familiar frente al residencial en familias acogedoras y revisar las medidas de acogimiento residencial que se lleven a cabo de forma que estas tengan un carácter temporal. Asimismo, una tónica general se mantiene desde la legislación europea, donde el interés superior del menor se considera una premisa fundamental, así como la necesidad de establecer medidas que permitan evitar el acogimiento residencial de los menores.

A nivel nacional, se mantiene una coherencia fuerte con los lineamientos internacionales en la materia. Ahora bien, cabe mencionar algunas ideas extraídas del análisis de la legislación autonómica: En primer lugar, se ha observado existen tres comunidades autónomas con legislación más diferenciada en materia de menores, como son Cataluña y el País Vasco y Navarra. Hay que destacar que lo mencionado en las leyes de las tres comunidades posee unos principios y objetivos que traen consigo diferencias en materia de menores y acogimiento residencial. Todas las comunidades autónomas promueven que los centros de acogimiento residencial deben contar con los recursos necesarios para dotar de calidad los mismos, existiendo equipos cualificados, recursos materiales apropiados, y abogando por la implementación de los pequeños hogares convivenciales. Asimismo, otra de las conclusiones que podemos extraer tras este análisis, es que el acogimiento residencial debe ser una medida a llevar a cabo en última instancia y debe tener una duración determinada en el tiempo, donde la manutención y desarrollo de los menores en su núcleo familiar prevalezca.

Por último, cabe mencionar que todas las comunidades autónomas poseen un órgano gestor específico que atiende las necesidades relacionadas con el acogimiento residencial, por lo que se debe promover un proceso de intervención que atienda las necesidades personales de los y las menores, ajustándose a lo afirmado por la legislación vigente: potenciar el acogimiento familiar frente al residencial, garantizar que los recursos residenciales cubran de manera total las necesidades que tengan los menores que participen en ellos y mantener unas características normalizadoras que permitan su integral desarrollo.

En la actualidad, los recursos existentes de acogimiento residencial deben contar con las características precisas que favorezcan todo este tipo de situaciones y garanticen el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

BIBLIOGRAFÍA

- Bisquerra, R. (2004). Metodología de la investigación educativa. Madrid, La Muralla S.A.
- Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. Consejo de Europa. Boletín Oficial del Estado, de 26 de junio de 1980. núm. 153, pp. 14533 a 14540 (consultado el 04 de diciembre de 2018) Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-13567>.
- Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010. Boletín Oficial del Estado, de 30 de marzo de 2010, núm. 83, pp. 389 a 403. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70003>.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Protección de los menores migrantes de 03 de julio de 2017. Comisión Europea. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/LSU/?uri=CELEX%3A52017DC0211>.
- Consejo de Europa: Comité de Ministros, Recomendaciones Recn (2005), del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los derechos de los niños que viven en instituciones, 11 Enero 2005. Disponible en: <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/>
- Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989. Disponible en: https://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp
- Convenio de la Haya sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=39>
- Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>
- Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/intercountry-adoption>
- Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-protection/>
- Constitución Española de 29 de diciembre 1978. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, 311, pp. 29313-29424. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229.

Declaración de Ginebra (1999). Comissió de la Infància de Justícia i Pau Barcelona. Recuperado de:

https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf.

Dirección General de Servicios para la Familia y la Infancia (DGSFyI) (2020). Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia número 23. Madrid: Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Boletín Oficial del Estado, 115, de 14 de mayo de 1982, pp. 12546 a 12548. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-11196>.

Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 51, de 1 marzo 1983. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1983/02/25/3/com>.

Ley Orgánica 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 Boletín oficial del Estado, 275, de 17 de noviembre de 1987, pp. 34158-34162. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-25627>.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 180, de 29 de julio de 2015, pp. 3-71. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>.

Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, de 8 de enero de 2000, 575-728. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

Ley Orgánica 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Boletín Oficial del Estado, 276, 18 de febrero de 2004. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-20977>.

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Boletín Oficial del Estado, 106, de 4 de mayo de 2006. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-7899>.

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Boletín Oficial del Estado, 172, pp. 1-76. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-13087>.

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Boletín Oficial del Estado, 68, pp. 11871-11909. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-5825>.

Ley Orgánica 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia. Boletín Oficial del Estado, 34, de 22 de enero de 2011, pp. 6872-6930. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-1141>.

Ley Orgánica 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. Boletín Oficial del Estado, 156, de 2 de junio de 2010. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10213&p=20100602&tn=1>.

Ley Orgánica 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de Protección a la Infancia y adolescencia. Boletín Oficial del Estado, núm. 180, de 29 de julio de 2015, pp. 23-50. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470>.

Navarro, E., Jiménez, E., Rappoport, S. y Thoilliez, B. (2017). Fundamentos de la investigación y la innovación educativa. UNIR editorial.

Niño, V. M. (2011). Metodología de la investigación. Bogotá, ediciones de la U.

Poyatos, A. (2015). La construcción social del acogimiento familiar de la infancia: discursos profesionales. Documentos de Trabajo Social, 56, 7-26.

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de personas, especialmente mujeres y niños, adoptado por las Naciones Unidas en Palermo el 15 de noviembre de 2000. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en

Pérez, J. y Gardey, A. (2008). Definición de infancia. Recuperado de <https://definicion.de/infancia/>

Real Decreto 1480/1968 aprobado por el decreto de 2 de julio 1948, por el que se modifican determinados artículos del texto refundido de la legislación sobre protección en menores. Boletín Oficial del Estado, 11 de julio de 1968, núm. 166, pp. 10101-10103. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1968-795

Real Decreto 1095/1984, de 29 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Madrid en materia de Protección de menores. Boletín Oficial del Estado, de 11 de junio de 1984, pp. 16836-16842. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-13112>

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, de 25 de julio de 1889, núm. 206. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>.

Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional. Boletín Oficial del Estado, 81, de 4 de abril de 2019, pp. 34616 a 34641. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4951b

Reglamento (CE) de Bruselas, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de

responsabilidad parental. Boletín Oficial del Estado, núm. 338, de 23 de diciembre de 2003, pp. 1-29 (consultado el 15 de diciembre de 2018). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-82188>.

Tratado 64/142 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 24 de febrero de 2010, sobre Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños (A/RES/64/142). Disponible en: <https://www.unicef.org/spanish/protection/files/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf>.

SOBRE EL AUTOR

Fátima El Shafi Rodríguez

Diplomada en Educación Social por la Universidad Complutense de Madrid (UCM) en 2011. Máster en Intervención Social en las Sociedades del Conocimiento en la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR) en 2013 y Máster en psicopedagogía en la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR) en 2015. Doctorado en educación en la Universidad Autónoma de Madrid con tesis de índole social denominada "Posibilidades y límites de la acción pedagógica en la red de recursos residenciales para atender a la infancia con necesidades de protección en la Comunidad de Madrid" calificada con sobresaliente Cum Laude.

Actualmente contratada como profesora asociada en la UAM y como profesora colaboradora en la UNIR, en el grado de educación social impartiendo docencia de diversas asignaturas del Grado de Educación Social y el Máster de formación al profesorado" y directora de trabajos de fin de Máster en el Máster de Psicopedagogía.

Hasta la actualidad, poseo 10 años de experiencia profesional en el ámbito de la educación social habiendo trabajado todo este tiempo en el campo de la intervención, por lo que mi desarrollo en el campo universitario ha sido complementaria durante todos los años de dedicación.

Información de contacto: 645129460, fatimaelshafi@gmail.com