

FUNDAMENTACIÓN LEGAL

Ámbito Internacional

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 20 de noviembre de 1989.

Es innegable el cambio considerable que ha experimentado la legislación internacional en materia de infancia, desde los primeros instrumentos legales que vieran la luz (Declaración de Ginebra de N.U de 1924, Declaración de los Derechos del Niño de 1959...) hasta la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante CDN), la cual se ha convertido en el texto normativo de referencia universal en lo que a derechos humanos se refiere.

Desde que nuestro país ratificó dicha convención el 30 de noviembre de 1990, se produce el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo, cambio que es notorio en nuestro ordenamiento jurídico interno y en el desarrollo de las políticas de infancia en todos los ámbitos¹.

Todo el marco normativo de actuación contemplado por este instrumento se encuentra presidido por el principio del **“interés superior del menor”** (contemplado en su artículo 3) y que como se contemplara con posterioridad, fue acogido por el legislador español en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992.

Es necesario destacar de dicho instrumento, la combinación de los tradicionales derechos civiles y políticos con otros de carácter económico, social y cultural, teniendo presente los derechos de los niños pertenecientes a grupos desfavorecidos o minorías, siguiendo por tanto el espíritu plasmado por la Convención de los Derechos del niño, donde se reconoce a los/as niños/as como sujetos titulares de derechos, como verdaderos ciudadanos/as.

Convenio de la Haya sobre 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.

Este Convenio 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 se celebró en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que tuvo lugar el 19

¹ El desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes”, M.ª Begoña Fernández González, 2007, Editorial Thomson Aranzadi

de octubre de 1996, es bastante completo ya que regula la totalidad de los aspectos de Derecho internacional Privado que pueden plantearse en materia de protección de menores y tomando como principio prioritario del interés superior del niño como piedra angular sobre la que se asienta².

Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.

Este reglamento se extiende a todas las medidas sobre responsabilidad parental del menor, ya sean las adoptadas sobre hijos comunes o no, y ya se deriven o no de un procedimiento judicial de nulidad, separación o divorcio y en relación al tema que nos ocupa, tanto la tutela como la guarda administrativa encuentran su lugar en este reglamento, haciendo especial referencia a la medida de protección de acogimiento tanto en su modalidad residencial como familiar³.

Constitución europea.

Este texto claramente inspirado en la CDN, plasma los principios más fundamentales como son (el interés superior del menor, el derecho a mantener contactos periódicos con su familia...)⁴.

Otras disposiciones a tener en cuenta: Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad, (Consejo de Europa).

Este instrumento normativo comunitario reconoce que el ejercicio de la parentalidad, aunque vinculado a la intimidad familiar, debe ser considerado como un ámbito de la política pública y deben adoptarse todas las medidas necesarias para apoyar el ejercicio parental y crear las condiciones necesarias para un ejercicio positivo de la parentalidad.

Dicha recomendación es clara al establecer a la familia como una unidad primordial de la sociedad y que el ejercicio de la parentalidad juega un papel fundamental en la sociedad y para el futuro de los niños, por ello se insta a los Gobiernos de los Estados Miembros a que reconozcan el carácter fundamental de las familias y el papel de los padres, creando las condiciones necesarias para promover un ejercicio positivo de la parentalidad en el interés superior del

² El desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes”, M.^a Begoña Fernández González, 2007, Editorial Thomson Aranzadi. Pág.140

³ El desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes”, M.^a Begoña Fernández González, 2007, Editorial Thomson Aranzadi. Pág.147.

⁴ El desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes”, M.^a Begoña Fernández González, 2007, Editorial Thomson Aranzadi.

niño; adoptando para ello todas las medidas legislativas, administrativas, financieras y de otro carácter, que se consideren adecuadas.

Ámbito Nacional

Constitución Española de 1978:

La intervención protectora con la infancia y la familia viene exigida legalmente desde la Constitución Española, que establece en el Capítulo Tercero de su Título I, entre los principios rectores de la política social y económica, y más concretamente en su artículo 39, tal y como se ha expuesto con anterioridad, 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, señalando igualmente que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia...”, así como “la protección integral de los hijos (...) y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (...)”.

Asimismo contempla el apartado cuarto del precepto legal señalado, que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” debiendo destacar, en este sentido, lo previsto por las distintas normas que a nivel internacional regulan los derechos que asisten a los y las menores, y así a lo señalado en líneas anteriores, entre otras, por la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y por la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño, ratificada por España a través de Instrumento de 30 de noviembre de 1990.

De este modo, en aras de cumplir con el mandato constitucional expresado, nuestro ordenamiento jurídico desarrolla, a través de distintos textos normativos, el sistema de protección a la infancia, sistema que ha sufrido a lo largo del tiempo modificaciones importantes con el fin de ser adaptado a las necesidades que han ido surgiendo tras la aprobación de nuestra Carta Magna, así como a los cambios que ha sufrido la institución de la familia. Así, por ejemplo, debemos citar las modificaciones introducidas por la Ley 21/ 1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, siendo éste el texto básico sobre el que se articula el actual sistema de protección a la infancia. Como novedades introducidas por dicha norma podemos destacar, entre otras, la desjudialización de las actuaciones encaminadas a la protección del menor, otorgando además la tutela “ex lege” (por ministerio de la Ley), de los menores que se encuentren en situación de desamparo, a la entidad pública competente en cada territorio.

Este mandato constitucional acoge un sistema de protección de menores calificado por muchos autores como un sistema mixto, donde la responsabilidad

se comparte entre familia y poderes públicos⁵ y donde existe una graduación de dicha responsabilidad, una relación de subsidiariedad gradual, progresiva, caracterizada porque la familia es la primera y directamente responsable de la guarda, crianza y formación del menor, mientras que las Administraciones públicas actuarán subsidiariamente en aquellos casos en que los padres o tutores no cumplan adecuadamente o incumplan sus obligaciones legales y los menores no tengan debidamente garantizado el disfrute de sus derechos⁶.

Código Civil

En la actualidad, la atención y protección que las Administraciones públicas deben brindar a los menores constituye una actividad de asistencia o bienestar social, enmarcable en el concepto de servicio público de carácter social o personal, si bien la reforma que se produce del Código Civil tiene como objetivo reconducir al ámbito civil la regulación de determinadas figuras jurídicas de protección que se desarrollan mediante actividad administrativa, quedando contemplado en su Capítulo V la regulación de “La adopción y otras formas de protección de menores”, Sección Primera “de la guarda y acogimiento de menores” (arts. 172 al 174), Sección Segunda “de la adopción (arts. 175 al 180).

[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. \(En adelante LO 1/1996, LOPJM\).](#)

La mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos, de esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro, y eso es un reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección⁷.

Por otra parte, del conjunto de derechos de los menores, se ha observado la necesidad de matizar algunos de ellos, combinando, por una parte, la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que, por razón de la edad, los menores merecen.

Una de las innovaciones que incorpora dicho texto legal es la distinción, dentro de las situaciones de desprotección infantil, de las situaciones de riesgo de las de desamparo, que darán lugar a un grado distinto de intervención por

⁵ *Administraciones Públicas y Protección a la Infancia, en especial, estudio de la tutela de los menores desamparados, Ángeles de Palma del Teso, Estudios y Documentos del Ministerio de Administraciones Públicas, Pág.38*

⁶ *Administraciones Públicas y Protección a la Infancia, en especial, estudio de la tutela de los menores desamparados, Ángeles de Palma del Teso, Estudios y Documentos del Ministerio de Administraciones Públicas*

⁷ *Exposición de motivos de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

parte de la Administración, con el fin de dar cumplimiento al **principio de mantenimiento del menor en el medio familiar de origen**.

En este sentido, se define como **situación de desamparo** “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”, estableciéndose el deber de las Administraciones Públicas de actuar para detectar e intervenir en situaciones de este tipo, de cara a lograr la efectiva protección al menor, señalando en su artículo 17 que “en **situaciones de riesgo** de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por Ministerio de la Ley.

Por otro lado, enuncia los que serán **principios rectores de la acción administrativa**, en su artículo 11, que son los que a continuación se exponen:

- a) La supremacía del interés del menor.
- b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés.
- c) Su integración familiar y social.
- d) La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.
- e) Sensibilizar a la población ante situaciones de indefensión del menor.
- f) Promover la participación y la solidaridad social.
- g) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas.”

[Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.](#)

1. Finalidad de la norma

Esta norma tiene por objeto complementar la inminente Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia (conocida como Ley del menor), introduciendo los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos reservados a la Ley Orgánica 1/1996. Para ello se lleva a cabo una profunda reforma de la LO 1/1996 y otra veintena de normas más relacionadas con la materia, entre ellas la LEC, la LOPJ, la LO sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y la LO de Protección contra la Violencia de Género.

2. Contenido más relevante

2.1. Fijación del concepto de "interés superior del menor" (nueva redacción del art. 2 LO 1/1996)

2.2. Derecho del menor a ser escuchado (nueva redacción de los arts. 9 y 10 LO 1/1996)

Se establece entre otras:

- El derecho del menor ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado.
- Se sustituye el término juicio por el de madurez, considerando, en todo caso, que los menores tienen suficiente madurez a los doce años cumplidos.

2.3. Ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta (nuevo Capítulo IV del Título II de la LO 1/1996, arts. 25 a 35)

Se regulan los ingresos, actuaciones e intervenciones en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, estableciendo límites y medidas de seguridad.

2.4. Nuevos procedimientos judiciales (nuevos arts. 778 bis y 778 ter LEC)

Se crean dos procedimientos ágiles y sumarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la autorización del ingreso de un menor en un centro de protección y para las solicitudes de entrada en domicilios en casos de protección de menores.

2.5. Trata de seres humanos (Nueva redacción del art. 59 bis 2 de la LO 4/2000, reguladora de los derechos de los Extranjeros en España)

Se amplía de treinta a noventa días el período de reflexión que se da a las víctimas de trata de seres humanos, para que decidan si desean cooperar con las autoridades en la investigación del delito, y, en su caso, en el procedimiento penal.

2.6. Menores víctimas de violencia de género (Nueva redacción de los arts. 1.2, 61.2, 65 y 66 de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género)

Se reconoce expresamente como víctimas de violencia de género a los menores y se hace hincapié en la obligación de los jueces de pronunciarse sobre las mediadas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia.

3. Disposiciones afectadas:

La Ley modifica varios artículos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Poder Judicial, la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

[Ley Orgánica 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.](#)

1. Finalidad de la norma

La norma tiene por objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia.

Además, y de modo recíproco, esta ley incorpora algunas novedades que ya han sido introducidas por algunas normas autonómicas estos años atrás.

2. Contenido más relevante

1. Principales modificaciones de la LO de Protección Jurídica del Menor

- Se introduce un nuevo Capítulo III en el Título I de la LO 1/1996 con la rúbrica «**Deberes del menor**».
- Se refuerza la posición del menor frente a los **delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos y explotación de los menores**, estableciendo el deber de toda persona que tuviera noticia de un hecho que pudiera constituir un delito de este tipo de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.
- Se crea el **Registro Central de Delincuentes Sexuales**.
- Se lleva a cabo una reforma de las **instituciones de protección a la infancia** bajo el principio rector de prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas.
- En materia de **adopción**, entre otras medidas, se regula con más detalle la capacidad de los adoptantes y se incorpora una definición de la idoneidad para adoptar; se crea la figura de la *guarda con fines de adopción* y la *adopción abierta*, que permite mantener al adoptado/a relación con su familia de origen.

[Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia](#)

Se trata de una ley integral sobre la violencia contra los niños, niñas y adolescentes. Sus disposiciones finales afectan a una gran cantidad de leyes, entre ellas, el Código Civil, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica

del Menor, la LO 8/2015, de 22 de julio y la Ley Ordinarias 26/2015, de 28 de julio.

En concreto el Título IV hace referencia a centros de menores haciendo alusión a la aplicación de **protocolos** de actuación, cuya eficacia se someterá a evaluación, y que recogerán las actuaciones que prevengan la violencia y permitan detectarla precozmente.

Estos centros estarán supervisados por parte del **Ministerio Fiscal**.

Ámbito Autonómico

[Ley 1/1997, de 7 de febrero de Atención Integral a la Infancia.](#)

La Ley de Atención Integral a los Menores en la Comunidad Autónoma de Canarias establece el marco legal para la protección y atención de los menores. Esta ley se basa en los preceptos constitucionales y estatutarios que otorgan a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en **asistencia social, servicios sociales y e instituciones públicas de protección y tutela de menores**.

El objetivo de la ley es abordar de manera integral los problemas que afectan a los menores, considerándolos uno de los grupos más vulnerables de la sociedad. Se busca no solo atender situaciones de inasistencia moral o material, sino también promover el bienestar y el desarrollo integral de los menores, garantizando un nivel de vida adecuado a sus necesidades.

La ley establece que la responsabilidad de la atención a los menores recae tanto en las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma como en la sociedad en general. Se destaca la importancia de la atención al hecho insular como punto de referencia para la prestación de los servicios públicos.

La ley detalla las competencias del Gobierno de Canarias, que incluyen la aprobación de disposiciones generales, planes autonómicos, evaluación de necesidades y programas de formación, entre otros. Los Cabildos Insulares tienen competencias en la prestación de servicios especializados, ejecución de medidas de amparo y cooperación técnica a los municipios. Las Entidades Municipales se encargan de funciones de información, prevención e integración sociofamiliar, y pueden asumir la guarda provisional de los menores.

En resumen, la ley establece un sistema de protección a la infancia y la familia en Canarias, siguiendo el marco normativo estatal. Define actuaciones de prevención, atención en situaciones de riesgo y medidas de amparo para proteger a los menores en diferentes niveles de intervención.

[Decreto 159/1997, de 11 de julio, de Transferencias de la Comunidad Autónoma a los Cabildos Insulares:](#)

Establece el reparto de competencias en materia de atención a menores entre la Administración Pública y los Cabildos Insulares. El objetivo es acercar la administración a los ciudadanos y mejorar la relación con los usuarios de los servicios de atención a menores y familia. El decreto determina las competencias transferidas a los Cabildos Insulares, que son prácticamente las mismas que establece la Ley 1/1997, mientras que otras competencias siguen correspondiendo a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma.

[Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las Actuaciones de Amparo de los Menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias:](#)

El Decreto establece un procedimiento ágil y sencillo para la declaración de desamparo y asunción de tutela, con el objetivo de proteger a los menores en situaciones de desprotección. Se busca garantizar la asistencia moral y material del menor, equilibrando la inmediatez de la intervención administrativa con la protección de los derechos de los demás involucrados. El interés primordial del menor es el enfoque principal de las acciones de las Administraciones Públicas, priorizando su atención en el seno de su propia familia, a menos que no sea conveniente para sus intereses. Además, se regula de manera detallada el proceso de selección de acogedores y se establecen criterios de idoneidad y trámites procedimentales según la modalidad y finalidad del acogimiento familiar.

[Decreto 40/2000, de 15 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento de los centros de atención a la infancia.](#)

Este decreto constituye la respuesta normativa de los instrumentos normativos mencionados, en el ámbito de las competencias de nuestra Comunidad Autónoma, pero no sólo la respuesta normativa de los textos legales citados sino también del Plan Integral del Menor de Canarias (PIMC) aprobado por el gobierno, celebrada el día 9 de julio de 1998, uno de cuyos objetivos generales finalistas lo constituye, precisamente, el proteger la integridad y seguridad de las y los menores mediante alternativas convivenciales que le procuren su desarrollo personal, articulándolo a través de varios objetivos generales intermedios, a saber:

- Dotar de los servicios de día suficientes para dar guarda y protección a aquellos menores cuyos padres necesiten ser apoyados en sus tareas parentales.
- Adecuar a la demanda los centros de acogida inmediata para menores y familia en situación de extrema gravedad.

- Reestructurar y completar la oferta de centros de menores para procurar alternativas convivenciales de carácter temporal.

En cuanto a su estructura jurídico-normativa, a través de este instrumento, **se aprueba, el reglamento de organización y funcionamiento de los centros de atención a menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias**, conteniendo una disposición adicional, sobre la regulación de los núcleos familiares y de convivencia destinados a proporcionar acogimiento familiar a menores, dos disposiciones transitorias, en las que se establece un régimen transitorio de adaptación de los centros y servicios existentes en la actualidad a la regulación contenida en la presente normativa, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.