

# EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES<sup>1</sup>

Gema Borrego Muñoz<sup>2</sup>

**Abstract:** This article is a review of legal texts which regulate the protection of minors, analyzed from international, European and Spanish perspectives. The protection of infancy is a social issue that has begun to be regulated over the last 50 years, for which reason, it is continuously evolving. The welfare of infancy is a constant in current public policies, which attempt to put in place mechanisms necessary for real protection.

**Keywords:** legislation; protection; rights; children

**Resumen:** Este artículo es una revisión de los textos legales que regulan la protección de los menores, analizados desde una perspectiva internacional, europea y española. La protección de la infancia es una cuestión social que comenzó a regularse en los últimos 50 años, por lo que se encuentra en constante evolución. El tratamiento de la infancia es una constante en las políticas públicas actuales, que pretenden establecer los mecanismos necesarios para una protección real.

**Palabras Clave:** legislación; protección; derechos; menores

## Introducción

Son muchas las voces que se alzan para mejorar las condiciones de vida de los niños en el mundo, pues es una cuestión que nos ocupa a todos.

Lo cierto es que son muchos los menores que forman parte del sistema público de protección que se encuentran viviendo en instituciones y sería deseable que todos ellos convivieran en un entorno familiar.

La sociedad internacional ha venido demostrando una especial preocupación, por la protección de los menores, consolidando un ámbito de cooperación desde dos perspectivas distintas: Por un lado la que corresponde al Derecho Internacional Privado, cuyo objeto es la coordinación de los ordenamientos jurídicos estatales frente a situaciones en las que se evidencia una conexión internacional, al objeto de determinar la autoridad competente o ley nacional aplicable o bien, articular mecanismos de reconocimiento multilateral o bilateral de decisiones administrativas o judiciales en materia de menores.

Por otro lado se intenta atender a las diferencias ideológicas, políticas, culturales y de desarrollo económico entre los Estados, que hacen que los menores ocupen una posición distinta

en el seno de las familias y las sociedades, siendo realidades muy diferentes y conjugando el respeto por el tratamiento desigual derivados de realidades diacrónicas. El proceso de globalización en el que se encuentra la Sociedad Internacional favorece la homogenización de los criterios, coadyuvando a mejorar los instrumentos de protección del menor.

### **Textos legales de aplicación que contemplan aspectos relativos a la protección de los menores**

En cuanto a los textos legales de aplicación que contemplan aspectos relativos a la protección de los menores podemos citar:

#### **1.- Desde el ámbito Internacional:**

**La Declaración Universal de los Derechos Humanos**, fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Es un texto de naturaleza declarativa que enuncia derechos y libertades los cuales constituyen un ideal común para todos los pueblos y naciones, esforzándose por garantizar el respeto a los derechos humanos.

La Declaración fue un catálogo de base, a partir del cual se desarrollan normativamente a escala Universal los Derechos Humanos, incluyendo referencias muy concretas a los menores. Por ejemplo, se menciona el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia a partir de la edad núbil, el derecho de toda persona a tener un nivel adecuado de vida para él y su familia, estableciéndose la necesidad de la protección social de la infancia (art. 25), y se reconoce el derecho a la educación, dentro del cual se entiende que la instrucción elemental debe ser gratuita y obligatoria (art. 26).

Sin perjuicio de su carácter inicialmente no vinculante, ya que las Declaraciones son meras recomendaciones intersubjetivas para los miembros de una Organización, es evidente que en la práctica internacional y nacional los derechos y libertades enunciados en la Declaración han sido generalmente aceptados por los Estados *adherentes*.

Entre los instrumentos del marco internacional de los derechos humanos se encuentra la **Declaración sobre los Derechos del Niño**.

En 1945 la Carta de las Naciones Unidas estableció las bases de la Convención sobre los Derechos del Niño, al exhortar a todos los países a promover y alentar el respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales para todos. La Declaración

Universal de los Derechos Humanos hizo hincapié en que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y especiales asistencias” y se definió a la familia como “elemento natural y fundamental en la sociedad”.

Durante el siglo XX se aprobaron varias Declaraciones de los Derechos del Niño, la última de ellas en 1959, en la que se reconocía que “la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”, pero las Declaraciones son manifestaciones de intenciones y no son instrumentos jurídicamente vinculantes –como ya comentamos anteriormente–.

La **Convención sobre los Derechos del Niño**, aprobada el 20 de noviembre de 1989, es el primer documento internacional jurídicamente vinculante para casi todos los Estados, (ratificado por 191), su finalidad es establecer las obligaciones jurídicas que deben asumir los Estados respecto a los problemas que puedan encontrar los menores en el ejercicio de los Derechos y Libertades considerados de especial protección; incorpora toda la gama de derechos humanos para los niños y niñas del mundo, siendo los más significativos los siguientes:

- Derecho a la Igualdad.
- Derecho a la Protección.
- Derecho a la Identidad y a la Nacionalidad.
- Derecho a tener una casa, alimentos y atención.
- Derecho a la educación y a la atención al disminuido.
- Derecho al amor de los padres y la sociedad.
- Derecho a la educación gratuita y a jugar.
- Derecho a ser el primero en recibir ayuda.
- Derecho a ser protegido contra el abandono y la explotación.
- Derecho a crecer en solidaridad, comprensión y justicia entre los pueblos.

## **2.- Desde la Unión Europea**

El **Consejo de Europa**, desde el comienzo manifestó su preocupación por los derechos y libertades del menor, sobre todo por los fenómenos de explotación de los menores, dictando varias Recomendaciones al Comité de Ministros, como: R (91) 11, sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y el tráfico de niños y adolescentes, la R (2000) 33, sobre la lucha contra la trata de seres humanos para la explotación sexual.

Ha elaborado dos Tratados Internacionales en relación con la protección del menor en la sociedad europea: el *Convenio*

*Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH<sup>3</sup>).

En cuanto al **Convenio Europeo de Derechos Humanos**, reconoce los derechos y libertades establecidos en la Declaración Universal, aportando como novedad la posibilidad de acudir de forma directa al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para la garantía en el ejercicio de los mismos, imponiendo la obligación a los Estados de remover los obstáculos que puedan oponerse a dicha efectividad. Como consecuencia de ello, existe una amplia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya interpretación es en sí misma es una evolución de los derechos y libertades reconocidas.

Mencionar la importancia de esta jurisprudencia del TEDH<sup>4</sup> en relación con el derecho a la vida familiar del menor (art. 8 de la CEDH), estableciendo la obligación de los Estados a no intervenir en ella y a adoptar las medidas que la hagan posibles. En este sentido destacan las decisiones del TEDH sobre la relación de la vida familiar y la inmigración, existiendo decisiones que consideran la expulsión o extradición de los extranjeros que poseen arraigo familiar en el Estado como una vulneración de los derechos reconocidos en la CEDH, estableciendo la obligación de facilitar la reagrupación familiar de los familiares del inmigrante en su territorio.

Por otro lado, la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**, de 7 de diciembre de 2000, aunque es un texto esencialmente declarativo, implica un importante reconocimiento del valor e importancia del respeto a los Derechos y Libertades, siendo uno de sus objetivos establecer un marco de actuación conjunta basada en los principios de libertad, democracia, respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales y por el Estado de Derecho. Este Texto hace una referencia genérica a la protección del menor, sin embargo podemos encontrar medidas específicas dirigidas a proteger a los menores desde la cooperación entre los Estados en materia de justicia e interior.

La **Carta Europea de los Derechos del Niño**, aprobada por el Parlamento Europeo, el 8 de julio de 1992. Destaca por configurar los principios mínimos necesarios para garantizar a los menores un ámbito jurídico de libertad y autonomía que contribuye a su formación como personas libres, participativas y comprometidas socialmente; ha de subrayarse la insuficiente regulación que en el texto se dedica a la tutela y protección de menores.

Una lectura de la **Carta Europea de los Derechos de Niño**, permite fundamentar la tutela jurídica del niño desde una triple perspectiva por la que al menor se le debería garantizar: a) a integración social; b) integración familiar y c) tutela reforzada por su especial debilidad.

Otro aspecto importante a destacar es el extenso catálogo de derechos que se reconocen y cuya configuración jurídica permite garantizar de forma efectiva la tutela y protección desde los tres ámbitos que anteriormente han sido señalados como elementos para la definición del menor en el ámbito jurídico internacional.

Por otra parte, dicha **Carta Europea** afirma que "todo niño tiene derecho a gozar de su propia cultura, a practicar su propia religión o creencias y a emplear su propia lengua", lo que en definitiva viene a significar el reconocimiento al disfrute de la propia cultura y de la integración del niño en un determinado ámbito cultural, como por otra parte otros textos internacionales ya habían anticipado.

### **3.- En España**

Durante el siglo XIX, el Estado carecía de estructura administrativa, asistencial o financiera eficaz, dejando en manos de la Iglesia la cobertura de las necesidades más urgentes de la población, siendo esta la que se ocupará de los colectivos más desfavorecidos socialmente, entre ellos los menores. Esta situación se mantiene en el tiempo hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

#### *3.1 La Constitución Española de 1978*

La aprobación de la Constitución determinó un nuevo marco jurídico de protección de la infancia, delimitado por el derecho fundamental a la igualdad (art. 14), la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia y, en particular, la protección integral de los hijos (art. 39.1 y 2) y el reconocimiento a los menores de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4).

El texto constitucional acoge un sistema de protección de menores calificado de mixto, ya que se basa en la colaboración entre lo público y lo privado, las responsabilidades se comparten entre la familia y las administraciones públicas, siendo de ambos la responsabilidad de prestar asistencia y protección a los menores.

Los padres tienen la obligación legal de brindar asistencia de todo orden a sus hijos en el seno de la familia, concretándose en los deberes y facultades inherentes a la patria potestad: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral y representarlos y administrar sus bienes.

Por su parte, las administraciones públicas deben garantizar a los menores el disfrute de sus derechos y, para ello, arbitrar la asistencia y protección necesaria, tanto de los aspectos personales como sociales, en los ámbitos de la familia, la salud, la educación, la justicia, la cultura, el consumo o el ocio. A tal efecto deberán actuar a través del sistema sanitario, educativo o de servicios sociales de responsabilidad pública.

La familia es directamente responsable de la guarda del menor, de su crianza y formación. Los menores deberían crecer siempre que sea posible al amparo y bajo la responsabilidad de los padres. Las administraciones públicas no son ajenas a esta tarea privada, la propia Constitución (en adelante CE) encomienda a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1). Además, las administraciones están, obligadas a velar porque los padres u otros responsables del menor cumplan debidamente sus funciones de guarda. Así, en el supuesto de que las administraciones detectaran que un menor, en el seno de la familia, padece una situación de desprotección, deberían intervenir y garantizar la necesaria atención al menor.

El art. 39.4 de la CE<sup>5</sup> garantiza a los menores la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Por tanto, las administraciones públicas deberán actuar de forma subsidiaria, siempre que los padres no cumplan de forma adecuada sus obligaciones legales, y los menores no tengan debidamente garantizada su protección y el disfrute de sus derechos, en definitiva, su pleno desarrollo como personas.

La Constitución de 1978 estableció el marco de un nuevo modelo de organización territorial descentralizada, por lo que es esencial plantear la cuestión de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en la atención y protección de los menores.

Tras la aprobación de la CE, el Estado inició el proceso de traspaso a las Comunidades Autónomas de los servicios de protección de menores que hasta entonces había prestado. Estos fueron realizados al amparo de las competencias que los respectivos Estatutos de Autonomía habían ido atribuyendo a las

Comunidades Autónomas en materia de *asistencia social, bienestar social, política infantil y juvenil, protección y tutela de menores o instituciones públicas de protección y tutela de menores.*

### 3.2 El Código Civil

El Código Civil tradicionalmente se había ocupado únicamente de regular las instituciones jurídico-privadas de protección de los menores. En la etapa preconstitucional, las instituciones jurídicas para protección pública no se encontraban reguladas en el Código Civil, sino en la Ley de 2 de julio de 1948 de Protección de Menores y la Ley de 11 de 1949 de 41 Tribunales Tutelares de Menores. Esta última Ley encomendaba a la Administración pública funciones denominadas tutelares. Estas funciones tutelares nada tenían que ver con la tutela civil u ordinaria regulada en el Código Civil.

Nuestro Código Civil define la patria potestad como el conjunto de derechos y obligaciones que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, siendo esta irrenunciable, intransmisible e imprescriptible. La patria potestad no se limita a los hijos habidos en el matrimonio, sino también a los nacidos fuera del matrimonio, ya sean por una relación natural o por adopción.

La figura jurídica de la tutela surge de la necesidad de crear una institución supletoria de la patria potestad, puede definirse como el conjunto de deberes que la Ley le impone a una o en algunos casos, a varias personas, físicas o jurídicas, en beneficio y para la guarda y protección de los bienes y de la persona del menor o incapacitado no sometidos a la patria potestad.

La expresión tutela se utilizaba por las citadas leyes como sinónimo de la acción protectora en materia de menores desarrollada por la Administración. Sin embargo, en 1987, el legislador estatal, en ejercicio de su competencia en materia de legislación civil, incorporó al Código Civil dos instituciones para la protección de los menores por las administraciones públicas: la tutela administrativa de los menores desamparados y la guarda administrativa. A partir de este momento se inicia un cierto proceso de “civilización” de la actuación pública en materia de protección de menores.

La Ley 21/1987, pretendía regular la adopción en nuestro país, intentando subsanar deficiencias normativas que se habían generado desde los años 70, en las que el legislador no tenía control

de las actuaciones necesarias para la adopción, sin que se garantizarán los derechos de los menores, ni existieran selección de los adoptantes.

Esta ley ha introducido cambios sustanciales en el ámbito de protección del menor; desde ese momento se sustituye el concepto de abandono por el de desamparo, cambio que ha supuesto una agilización de los procedimientos de protección de menores, al permitir la asunción automática por parte de la entidad pública competente para la tutela de los menores en situación de desprotección.

También es importante el reconocimiento del interés superior del menor en cualquier actuación, siendo necesaria su intervención y consentimiento para la adopción y acogimiento, a partir de los 12 años.

### *3.3 La Ley 1/1996, de 1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)*

Esta Ley constituye un paso decisivo en el proceso de renovación y construcción de un nuevo sistema jurídico público de protección de menores, iniciado tras la aprobación de la Constitución. Esta Ley vino a dar respuesta a ciertas lagunas y dudas interpretativas planteadas tras la reforma del Código Civil, operada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que incorporó a nuestro ordenamiento nuevos instrumentos para la protección pública de los menores.

El legislador estatal, mediante la LOPJM<sup>6</sup>, deseaba construir un amplio marco jurídico para la protección pública de los menores en nuestro ordenamiento, tal como se afirma expresamente en la propia Exposición de Motivos. Por ello, la Ley estableció unas bases generales del sistema de protección pública de menores en el conjunto del territorio, que finalmente tuvo la virtualidad deseada al servir de referencia a las comunidades autónomas al regular esta materia. Así, en realidad, solo algunos preceptos de la LOPJM tienen carácter orgánico, buena parte de los cuales constituyen legislación supletoria de la que dicten las comunidades autónomas con competencia en materia de asistencia social (disposición final 21<sup>a</sup>). Lo cierto es que el conjunto de comunidades autónomas han regulado los respectivos sistemas de protección pública de menores, considerando el marco general establecido en la LOPJM.



Esta ley sólo contiene 24 artículos, pero su trascendencia es inmensa, además contiene 3 disposiciones adicionales, 1 disposición transitoria y 24 disposiciones finales.

El artículo 1 de la LOPJM, establece que la citada ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, lo que significa que la ley es de aplicación a todos los menores que se encuentren en España con independencia de la nacionalidad que posean, siendo obligación de la Administración ofrecer la protección necesaria.

Entre los derechos que reconoce la LOPJM se encuentran los siguientes:

- Derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen (art. 4).
- Derecho a la información (art. 5).
- Derecho a la libertad ideológica (art. 6).
- Derecho a la participación, asociación y reunión (art. 7).
- Derecho a la libertad de expresión (art. 8).
- Derecho a ser oídos, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial que conduzcan a una decisión que afecte a sus intereses (art. 9).

Asimismo, establece las medidas y principios rectores de la acción administrativa, regulando los principios generales de actuación frente a las 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. De igual modo, establece una obligación general para cualquier ciudadano que tenga conocimiento de una situación de desamparo de un menor, debiendo prestarle el auxilio necesario e inmediato y su comunicación a las autoridades pertinentes, pudiendo incurrir en un delito de omisión de socorro.

Es a partir de este momento, cuando la desprotección social se clasifica en dos situaciones distintas que van a tener intervenciones diferentes por parte de la entidad pública, es aquí cuando se establece la diferencia entre las situaciones de riesgo y las situaciones de desamparo, definiendo ambas situaciones e intervenciones.

Recientemente, el Presidente del Senado, encargó a una Comisión Especial de Expertos para estudiar la problemática de la adopción nacional y los temas afines como acogimiento, desamparo e institucionalización, que darán origen a las modificaciones que

necesitaría a su criterio la Ley Orgánica 1/1996, de Protección jurídica del menor. Desde esa Comisión se han realizado más de setenta recomendaciones en relación con la normativa de aplicación y los modelos de gestión, el interés superior del menor y la mejora de las medidas de protección. Hasta el momento no se han aceptado las recomendaciones propuestas ni se han realizado modificaciones a la Ley Orgánica de Protección del menor.

### **Conclusiones**

La sociedad internacional demanda mayor efectividad y transparencia en los procesos que se llevan a cabo, para proteger a los niños en cualquier parte del mundo. Hoy los menores de edad son considerados sujetos de derechos y obligaciones, y así lo confirman los textos expuestos, pero ¿es real?; son muchos los niños que viven en centros de menores desde que nacen hasta que cumplen la mayoría de edad, sin tener la oportunidad de convivir en familia y tener la posibilidad de hacer una vida normalizada. Si bien es cierto que los sistemas están evolucionando, aún queda mucho trabajo por hacer pero es necesaria mayor implicación de los poderes públicos, con medidas preventivas a través de la educación y eficaces respuestas a los problemas de la infancia, trabajando directamente con las familias para evitar que las situaciones de desamparo continúen existiendo.

### **Referencias**

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. DOCE C 364, de 18 de diciembre de 2000.

CARTA EUROPEA DE LOS DERECHOS DE NIÑO. Resolución A3- 0172/92, de 8 de julio de 1992. DOCE C241 de 21 de septiembre de 1992.

CÓDIGO CIVIL, 1889 (Real Decreto de 24 de julio de 1889).

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA de 1978. BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978.

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Aprobada mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas R 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

COMISIÓN EUROPEA. COM (2006): Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia. 367 - final, Bruselas.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Adoptada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Adoptada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. BOE de 8 de enero de 2000.

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. BOE de 17 de noviembre de 1987.

LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR, modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE de 17 de enero de 1996.

LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. BOE de 13 de enero de 2000.

---

<sup>1</sup> ***The protection system of the infancy***

<sup>2</sup> Doctoranda.

Fundación Ceuta Crisol de Culturas 2015, Ceuta (España).

E-mail: gborrego@fundacionceuta2015.org

<sup>3</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos.

<sup>4</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>5</sup> Constitución Española de 1978.

<sup>6</sup> Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.