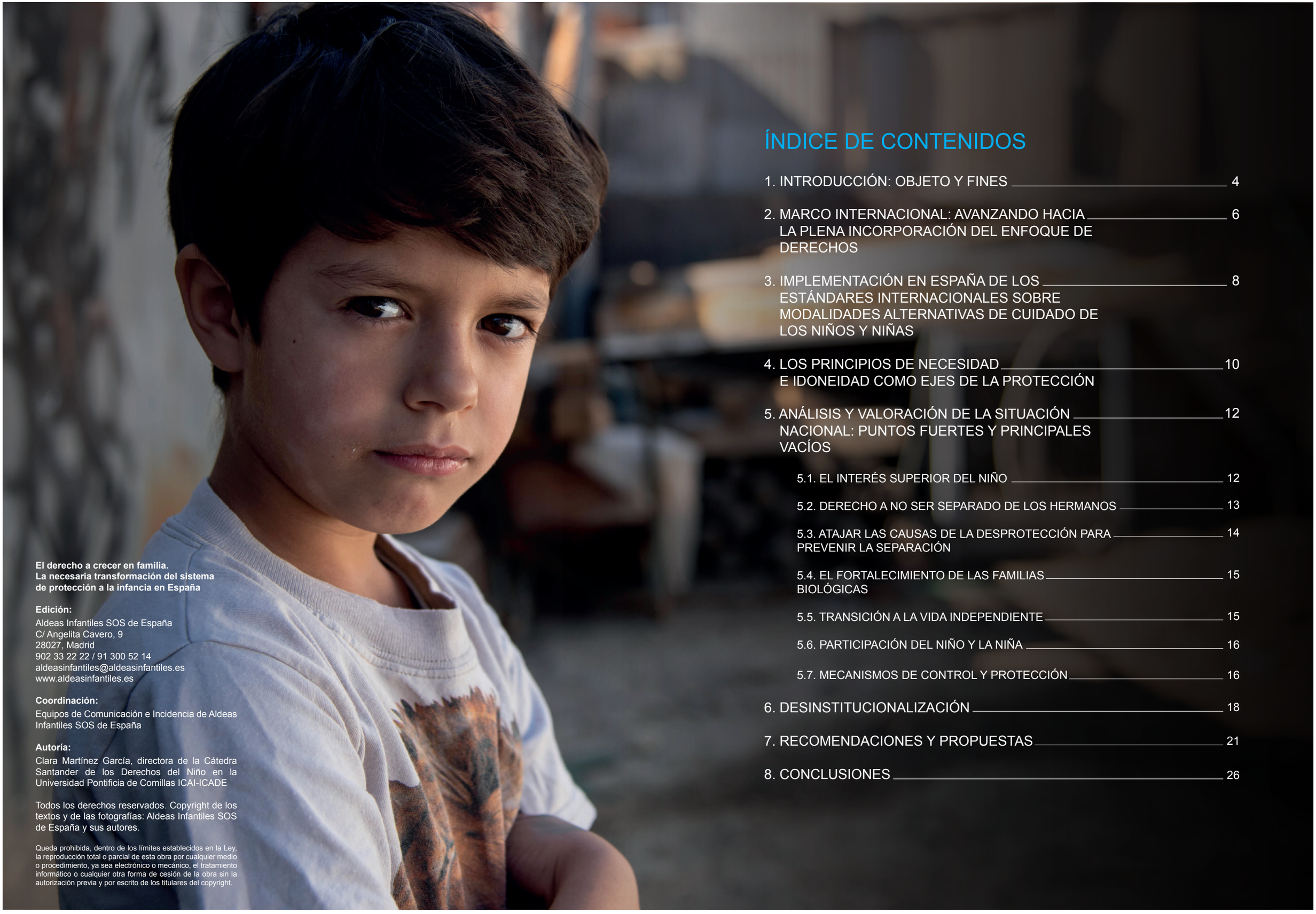
EL DERECHO A CRECER EN FAMILIA

LA NECESARIA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA EN ESPAÑA

RESUMEN EJECUTIVO

ALDEAS INFANTILES SOS





ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN: OBJETO Y FINES ____ 4

2. MARCO INTERNACIONAL: AVANZANDO HACIA LA PLENA INCORPORACIÓN DEL ENFOQUE DE DERECHOS ____ 6

3. IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE MODALIDADES ALTERNATIVAS DE CUIDADO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS ____ 8

4. LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD E IDONEIDAD COMO EJES DE LA PROTECCIÓN ____ 10

5. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN NACIONAL: PUNTOS FUERTES Y PRINCIPALES VACÍOS ____ 12

- 5.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO ____ 12
- 5.2. DERECHO A NO SER SEPARADO DE LOS HERMANOS ____ 13
- 5.3. ATAJAR LAS CAUSAS DE LA DESPROTECCIÓN PARA PREVENIR LA SEPARACIÓN ____ 14
- 5.4. EL FORTALECIMIENTO DE LAS FAMILIAS BIOLÓGICAS ____ 15
- 5.5. TRANSICIÓN A LA VIDA INDEPENDIENTE ____ 15
- 5.6. PARTICIPACIÓN DEL NIÑO Y LA NIÑA ____ 16
- 5.7. MECANISMOS DE CONTROL Y PROTECCIÓN ____ 16

6. DESINSTITUCIONALIZACIÓN ____ 18

7. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS ____ 21

8. CONCLUSIONES ____ 26

El derecho a crecer en familia.
La necesaria transformación del sistema de protección a la infancia en España

Edición:
Aldeas Infantiles SOS de España
C/ Angelita Cavero, 9
28027, Madrid
902 33 22 22 / 91 300 52 14
aldeasinfantiles@aldeasinfantiles.es
www.aldeasinfantiles.es

Coordinación:
Equipos de Comunicación e Incidencia de Aldeas Infantiles SOS de España

Autoría:
Clara Martínez García, directora de la Cátedra Santander de los Derechos del Niño en la Universidad Pontificia de Comillas ICAI-ICADE

Todos los derechos reservados. Copyright de los textos y de las fotografías: Aldeas Infantiles SOS de España y sus autores.

Queda prohibida, dentro de los límites establecidos en la Ley, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, ya sea electrónico o mecánico, el tratamiento informático o cualquier otra forma de cesión de la obra sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

1. INTRODUCCIÓN: OBJETO Y FINES

La aprobación de las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños en 2010 marcó un punto de inflexión en la atención a los niños y niñas privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo. Supuso el primer intento de sistematización de las políticas y prácticas de los Estados para asegurar su protección y garantizar sus derechos.

Este tratado internacional venía a complementar la Convención sobre los Derechos del Niño, si bien, al contrario que esta, no es jurídicamente vinculante, constituyéndose, no obstante, en un instrumento de referencia fundamental para la correcta aplicación de la Convención en lo que a la infancia que ha perdido el cuidado parental o está en riesgo de perderlo se refiere.

El carácter de orientación voluntaria de las Directrices hacía preciso un nuevo empuje que vino a materializarse en diciembre de 2019, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas dedicó su Resolución anual sobre los Derechos de la Infancia a los niños y niñas sin cuidado parental o en riesgo de perderlo. Esta Resolución histórica y fundamental no solo reconoce la especial vulnerabilidad de este grupo de niños y niñas y establece las medidas necesarias a adoptar para asegurar su protección, sino que además señala a las Directrices como el estándar para el cambio sistemático de políticas y su implementación.

En los 30 años que han pasado desde que España ratificase la Convención, se ha hecho un esfuerzo de adaptación de la legislación y de las medidas de protección a la infancia. Sin embargo, como demuestra este informe, una y otras continúan ancladas en una inercia asistencial que hace necesaria la transformación progresiva de nuestro sistema de protección hacia una plena integración del enfoque de derechos del niño.

Año tras año, aumenta el número de niños y niñas tutelados por las distintas comunidades autónomas, que ya alcanza los 49.985*. Al contrario de lo que indica la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el acogimiento residencial continúa superando al familiar con 21.283 niños, niñas y adolescentes, frente a los 19.545 en acogimiento familiar. El resto se encuentra en situación de estudio o con medida de apoyo previa a dictarse una medida protectora.

Para que estas cifras cambien, es preciso asumir los estándares internacionales marcados en las Directrices y en la Resolución, tanto a nivel normativo como institucional, profesional y social, priorizando la prevención de la separación y el fortalecimiento de las familias biológicas con el fin de evitar acogimientos innecesarios. De lo contrario, el sistema de protección continuará siendo ineficiente.

En Aldeas Infantiles SOS llevamos más de 70 años ofreciendo un cuidado de calidad a los niños y niñas privados del cuidado parental o en riesgo de estarlo. Nuestra experiencia pone de manifiesto que cuando estos no pueden crecer con sus padres, un cuidado alternativo de calidad, unido a políticas de fortalecimiento familiar, puede ayudarlos a redirigir sus vidas y a romper el ciclo intergeneracional de separación y abandono. Por eso, queremos poner nuestra experiencia en el cuidado a la infancia al servicio del Estado para contribuir a la ineludible implementación de la Resolución y las Directrices.

El camino requerirá voluntad política, pero también responsabilidad y compromiso social para cumplir con nuestra obligación legal y moral de garantizar los derechos de la infancia.



* *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia*. Número 21. Datos 2018. Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social.

2. MARCO INTERNACIONAL: AVANZANDO HACIA LA PLENA INCORPORACIÓN DEL ENFOQUE DE DERECHOS

Los niños y las niñas privados de los cuidados parentales o en riesgo de estarlo se encuentran en el corazón de todo sistema de protección. Sin embargo, la garantía de sus derechos exige superar el enfoque asistencial y reactivo frente al abandono o desamparo para adoptar plenamente el enfoque de derechos que proclama la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN). En consecuencia, el fundamento de la respuesta protectora no puede ser la necesidad de la separación sino la garantía del derecho del niño a crecer en familia, tal como prescribe la CDN.

El entendimiento cabal del alcance de este nuevo enfoque se ha recogido a lo largo de varias Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño (en adelante CRC, por sus siglas en inglés) y de las Observaciones Finales emitidas tras los sucesivos exámenes a España, donde se recomendaba: aumentar los recursos para prevenir la separación del niño y asegurar la disponibilidad de apoyo y asistencia, tanto económica como profesional; acelerar el proceso de desinstitucionalización, que ha de contemplarse como último recurso y debe cumplir unas normas mínimas de calidad; garantizar que un juez adopte o revise las decisiones sobre la separación de un niño tras una evaluación en profundidad de su interés superior en el caso concreto; vigilar y supervisar la calidad de las modalidades alternativas de cuidado de los niños, ofreciendo canales para denunciar, vigilar y remediar el maltrato, así como velar por que existan mecanismos de queja de los que puedan hacer uso los propios niños.

Los avances logrados por la incorporación de la doctrina del Comité (pese a no ser jurídicamente vinculante) se vieron plenamente respaldados con la aprobación del marco de estándares internacionales que contienen las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños y, sobre todo, con la aprobación de la Resolución sobre los Derechos de la Infancia de diciembre de 2019, dedicada a los niños y niñas sin cuidado parental o en riesgo de perderlo.

Las Directrices se aprobaron hace ya diez años como un conjunto de orientaciones para guiar la política y la práctica sobre protección y bienestar de los niños privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo. Este primer y esencial documento de sistematización de los estándares sobre esta materia era totalmente voluntario para los Estados y fue construido desde la óptica de la pérdida del cuidado parental. Frente a ello, la Resolución, desde el compromiso político internacional que la sustenta, incorpora plenamente el discurso de derechos humanos y eleva las Directrices al estándar que los Estados han de implementar en los sistemas de protección y bienestar de los niños privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo. Es, pues, un documento esencial en la materia, con una capacidad de obligar mayor que las Directrices, aunque inferior a la Convención, y con un planteamiento ambicioso pero realizable y necesario para garantizar la protección de los niños y las niñas privados del cuidado parental.



3. IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE MODALIDADES ALTERNATIVAS DE CUIDADO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS

España cuenta con diecisiete leyes autonómicas sobre protección de la infancia y la adolescencia, dictadas en virtud de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en esta materia. La legislación autonómica, que abarca un intervalo de años comprendido entre 1994 y 2019, opta por soluciones legislativas dispares entre sí y no siempre acordes con las Directrices ni con la Resolución.

Por su parte, la modificación que se hizo en 2015 de la legislación sobre el sistema de protección de la infancia y la adolescencia, incluyendo la del Código Civil, se dictó con el fin -entre otros- de incorporar los estándares internacionales que incluían el tratamiento de la respuesta protectora en casos de riesgo y desamparo. La Ley 26/2015 se dictó al amparo de la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil (salvo donde exista Derecho civil foral o especial, que será de aplicación prioritaria). Esto permite que los aspectos relativos a los niños privados del entorno familiar o en riesgo de perderlo partan de un título competencial que permite una regulación de aplicación común a la mayor parte del territorio nacional. Con todo, tampoco la legislación estatal recoge la totalidad de las previsiones de las Directrices y menos aún de la Resolución.

En consecuencia, pese al avance que puede suponer la incorporación de estos estándares, aun con desigual alcance en la legislación autonómica, sería necesario avanzar y profundizar en la modificación legislativa no solo para cumplir “formalmente” con lo dispuesto en ellos, sino principalmente, para abordar la transformación del sistema desde el enfoque de derechos. La lógica asistencial que -aun en distinta medida- permanece en algunos de nuestros textos legales, debe dejar paso a la asunción del enfoque de derechos humanos para abordar correctamente la situación de los niños privados del cuidado parental o en riesgo de estarlo.

El cambio necesario no es, pues, cuantitativo, sino cualitativo. No se protege mejor a los niños privados del cuidado parental o en riesgo de estarlo aumentando el número y la cantidad de servicios y prestaciones desde las Administraciones Públicas, sino ofreciendo los necesarios y adecuados, de acuerdo con el enfoque de derechos. Los elementos del sistema están en términos generales bien definidos; lo que falta es desplazar el centro del sistema desde la reacción protectora ante la desprotección hacia la garantía de los derechos de los niños privados del cuidado parental o en riesgo de estarlo por medio de una amplia gama de opciones alternativas de calidad que, a su vez, eviten nuevas vulnerabilidades derivadas de las consecuencias de la separación del entorno familiar.



4. LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD E IDONEIDAD COMO EJES DE LA PROTECCIÓN

El **principio de necesidad** implica prevenir situaciones que puedan requerir una modalidad de cuidado alternativo; prevenir el ingreso a una de ellas, de modo que este solo se produzca después de haber descartado todas las demás opciones protectoras; y desalentar el recurso al acogimiento alternativo. Dicho de otra manera, el acogimiento alternativo solo procede cuando sea estrictamente necesario porque todas las demás opciones, que deben intentarse de manera prioritaria, no han dado resultado y porque responde al interés superior del niño individualmente considerado. El carácter excepcional de la decisión de la separación supone que debe ser objeto de una interpretación restrictiva que la convierte en una opción subsidiaria, residual (ultima ratio), temporal y por el menor tiempo posible; y que, además, requiere de una evaluación, planificación y supervisión para adaptarla a una eventual modificación de circunstancias, con vistas a la reintegración familiar del niño, si fuera posible.

De acuerdo con la principal responsabilidad de los padres sobre el cuidado de los niños, la primera obligación del Estado es precisamente apoyar a estos para que desempeñen correctamente esa función. Para ello, se deben contemplar medidas de protección social de mejora del medio familiar o servicios de apoyo a las familias que vayan más allá de las ayudas económicas (apoyo domiciliario) e incluyan el acceso a servicios básicos (asistencia sanitaria, educación, servicios sociales o Seguridad Social). Estas medidas de prevención primaria no son recogidas con carácter general en la legislación de protección como medidas inherentes al sistema.

Las acciones de protección dirigidas a una intervención individualizada cuando las medidas de prevención primaria no han sido adecuadas o suficientes y un niño está en riesgo de que la familia renuncie a su guarda e incluso se plantee su posible separación del hogar parental se regulan en España dentro del concepto de situación de riesgo. En estos casos, debe actuarse mediante planes y programas adaptados a cada familia y circunstancia con el objetivo de mantener al niño en la familia (como es su derecho) y evitar su separación. La regulación de la situación de riesgo en España se ha mejorado técnicamente en la legislación estatal, pero no lo suficiente como para dar por incorporado el principio de necesidad y las medidas de prevención secundaria que exige.

También falta en la legislación española la incorporación del principio de necesidad a la hora de abordar la decisión sobre la guarda voluntaria de un niño solicitada por sus padres. No se contempla el asesoramiento y el apoyo social necesarios para alentarlos a continuar asumiendo la guarda del niño, de modo coherente con el carácter de ultima ratio de la separación del niño.

Por su parte, el **principio de idoneidad** implica la exigencia de cumplimiento de unos mínimos estándares cuando el niño, excepcionalmente, haya debido ser separado de la familia y requiera una modalidad de cuidado alternativo, ya sea familiar o residencial. Es fundamental ofrecer una amplia gama de opciones de cuidado alternativo para poder satisfacer las necesidades específicas que cada niño pueda tener, priorizando las soluciones basadas en la familia y en la comunidad y, de forma complementaria, mediante acogimiento residencial, siempre que cumpla unas condiciones de calidad y responda al interés superior del niño. Los estándares generales que han de cumplirse en acogimiento alternativo se deberían exigir en el momento de conceder la idoneidad a los acogedores familiares o la habilitación a los centros de acogimiento residencial respectivamente. Además, ambos tipos de acogimiento formal deben cumplir estándares de calidad con los que medir el grado de adecuación de la medida a la protección de los derechos del niño y la niña. No se trata de sacar al niño de su entorno familiar para ubicarlo en otro entorno (familiar o residencial) sin más, sino de garantizar que en esta alternativa sí se protegen y garantizan efectivamente todos sus derechos, tras comprobar que ello no fue posible en su propia familia. La acción del Estado no se justifica en función de cómo han actuado los responsables parentales del niño, sino en función de los estándares derivados de la CDN. De este modo, la respuesta del Estado no obedece tanto a la conducta de los padres como a la necesidad de garantizar los derechos del niño, como obligación asumida en virtud de la CDN.

La legislación española no acoge de manera explícita los principios de necesidad e idoneidad como los dos ejes que, junto con el interés superior del niño, deben guiar toda actuación o medida que se adopte respecto de los niños privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo. Se contemplan algunos aspectos concretos recogidos en las Directrices y en la Resolución, pero no parece asumirse íntegramente el alcance de esos dos principios, lo que permite que la inercia asistencial perdure pese a las actualizaciones legislativas de 2015. Una amplia gama de opciones y la garantía del cumplimiento de estándares de calidad en todas las modalidades es una condición necesaria para cumplir la Resolución. Sin embargo, pese al avance que supuso respecto de la versión de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) de 1996, la legislación actual no la contempla en toda su necesaria extensión.

El acogimiento familiar, en sus diversas modalidades, es preferente respecto del residencial. Se exige la idoneidad de los acogedores, que será tenida en cuenta para la constitución del acogimiento, sin que en la ley se establezca la obligación de motivar la resolución sobre el interés superior del niño y la adecuación o congruencia de la medida concreta con aquel. También establece los requisitos de idoneidad de los acogedores, pero no se contemplan medidas específicas para garantizar la seguridad y protección del niño frente a la violencia.

En cuanto al acogimiento residencial, la diversidad de opciones legales en las distintas Comunidades Autónomas no parece equivaler a la amplia gama de opciones de alta calidad que exigen las Directrices y la Resolución, sino más bien a la inexistencia de parámetros comunes en la legislación que aseguren el cuidado y protección del niño privado del cuidado parental. Esa calidad debería acreditarse antes de poner en marcha la unidad residencial para obtener la habilitación necesaria, pero la legislación no aclara qué alcance tiene, qué exigencias se van a establecer para su otorgamiento, qué supervisión e inspección se va a realizar, por quién y con qué consecuencias. No todo acogimiento en un centro vale como opción para el ejercicio de la guarda. Falta también una previsión sobre el régimen de infracciones y sanciones por el incumplimiento de los estándares, así como un sistema de exigencia de responsabilidad de la Administración por los perjuicios que puedan causar en el desempeño de su labor protectora.

5. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN NACIONAL: PUNTOS FUERTES Y PRINCIPALES VACÍOS

5.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño ha sido incorporado a la legislación nacional en la triple dimensión desarrollada por el Comité de Derechos del Niño de derecho subjetivo, principio y norma de procedimiento. Además, se ha recogido con carácter orgánico en la legislación estatal, lo que garantiza su aplicación común en todo el territorio nacional. En virtud del interés superior del niño, aplicable también a todas las decisiones y medidas que se adopten en relación con los niños y las niñas privados del entorno familiar o en riesgo de estarlo, se debe asegurar que estas sean las más idóneas para satisfacer sus necesidades y garantizar el ejercicio de sus derechos, atendiendo a su desarrollo personal e integral en su entorno social o cultural y a su condición de sujeto de derechos, y ello tanto en el momento de proceder a esa determinación como a más largo plazo mientras se desarrolla la medida.

No se exige, sin embargo, que en las resoluciones administrativas en virtud de las cuales se adopte una medida de protección se justifique precisamente cómo se ha evaluado y determinado dicho interés. Con ello no solo se cumpliría la exigencia legal de adecuar toda decisión que afecte a un niño a la satisfacción de su interés superior, sino que también facilitaría el control judicial efectivo porque el juez podría valorar los motivos y razones de la decisión. Legalidad y control judicial son esenciales en la actuación administrativa.

Asimismo, conviene remarcar que el interés superior del niño es un derecho que corresponde a todos los niños y niñas que se encuentren dentro del territorio nacional y, por tanto, debe aplicarse con idéntico alcance a todos ellos, incluyendo a grupos en situación de especial vulnerabilidad, como los niños con discapacidad o los niños migrantes no acompañados. La plena incorporación del enfoque de derechos prohíbe cualquier tipo de trato discriminatorio hacia ellos que les impida el disfrute de todos sus derechos, incluyendo el derecho a no ser separado de su entorno familiar y a recibir del Estado la misma protección que todo niño privado del cuidado parental o en riesgo de estarlo.

Respecto de los primeros, se deben establecer procedimientos especiales para identificarlos, derivarlos, prestarles cuidados, reunirlos con las familias y darles acceso a los servicios de atención sanitaria, incluida la salud mental, así como a la educación, la asistencia jurídica y el derecho a ser escuchado en los procesos administrativos y judiciales, incluso designando un representante legal competente e imparcial como medida esencial para abordar su especial vulnerabilidad, así como protegerlos frente a cualquier forma de violencia. Ninguna norma internacional impone que la acción protectora del Estado pueda ser únicamente el ingreso de estos niños en un centro de protección. Como titulares de derechos, su interés superior debe ser evaluado y determinado caso por caso y la modalidad de acogimiento alternativo debe responder a los principios de necesidad e idoneidad, como para todo niño y niña privado del cuidado parental o en riesgo de perderlo. El Estado debe promover y proteger de manera efectiva los derechos humanos de los niños y niñas migrantes y poner en primer lugar el interés superior del niño.

En cuanto a los niños y niñas con discapacidad, cuando los familiares directos no puedan cuidarlos adecuadamente, se deben proporcionar cuidados alternativos de calidad en la familia extensa si fuera posible o en un entorno familiar en la comunidad. En todo caso, solo si conforme al principio de idoneidad se ofrece una gama amplia de modalidades de calidad, se garantizarán los derechos de estos niños y niñas.

5.2. DERECHO A NO SER SEPARADO DE LOS HERMANOS

Los hermanos en principio no deberían ser separados para confiarlos a distintos entornos de acogimiento alternativo, salvo por exigencias de su interés superior.

La legislación española en general regula la no separación de hermanos como mero criterio de actuación administrativa (con la salvedad de las últimas leyes autonómicas), no como principio ni como derecho del niño (salvo algunas leyes autonómicas).

Esta previsión queda corta respecto de las exigencias de las Directrices y la Resolución, que lo contemplan desde el derecho del niño a vivir en familia, dentro de la cual están los hermanos. La separación de los hermanos en entornos de acogimiento distintos supondría una excepción al derecho a vivir en familia que solo podría justificarse por el interés superior del niño. Dicho de otro modo, cuando se adopte una decisión sobre una modalidad de acogimiento alternativo, es preciso mantener a los hermanos juntos como regla general y con independencia de la modalidad concreta, que deberá decirse de acuerdo al principio de idoneidad. Así, por ejemplo, con el objetivo de permitir que grandes grupos de hermanos se mantengan unidos puede que la opción más adecuada sea un acogimiento residencial de calidad.

La introducción del artículo 172.5 del Código Civil supone un avance respecto de la legislación anterior, pero debe ir más lejos, puesto que no garantiza la no separación como derecho del niño ni como principio a seguir en las decisiones sobre acogimiento alternativo, como marcan los estándares internacionales.

No obstante, cuando los hermanos hayan tenido que ser separados se debe facilitar el contacto para preservar los vínculos significativos.



5.3. ATAJAR LAS CAUSAS DE LA DESPROTECCIÓN PARA PREVENIR LA SEPARACIÓN

Detrás de la necesidad de decidir la separación de un niño de su entorno familiar confluyen múltiples vulnerabilidades que exigen un enfoque holístico de la situación que garantice los derechos del niño.

En la idea de gradualidad o progresividad de la intervención estatal en las situaciones de desprotección, la prevención primaria aparece como la primera actuación obligada para el Estado. Sin embargo, salvo algunas leyes autonómicas, no se contempla una regulación general al respecto. Las necesarias medidas de fortalecimiento del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, y la mejora de las alternativas de cuidado desde su coordinación intersectorial y el fortalecimiento de las capacidades de los profesionales son cuestiones que no se mencionan en la legislación estatal, que se limita (y fue un avance de 2015) a establecer que la pobreza económica y material o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza nunca constituirán la única justificación para separar a un niño del cuidado de sus padres. Las carencias materiales más bien deben abordarse con ayudas a la familia, no solo económicas, y en ningún caso separando al niño del entorno familiar. Falta, sin embargo, el entendimiento de la pobreza más allá del contexto socioeconómico y la necesidad de abordarla con actuaciones complementarias de apoyo familiar que prevengan la separación del niño de su entorno familiar, que pueden ubicarse en la prevención primaria. Concretamente, las Directrices y la Resolución coinciden en apuntar a la pobreza como uno de los mayores problemas para garantizar el desarrollo sostenible y los derechos humanos.

El objetivo de la prevención primaria es empoderar y dar medios a los padres para que puedan cuidar de sus hijos, de forma que las familias puedan permanecer juntas. Este planteamiento es acorde con los principios de necesidad y de idoneidad. La legislación estatal acoge como principio rector de la actuación administrativa “la prevención y detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar el desarrollo personal del niño”, si bien no desarrolla esta dimensión de la obligación de protección que corresponde al Estado. Sí lo hacen algunas leyes autonómicas, pero no todas, que prevén ayudas técnicas o profesionales, ayudas económicas, el desarrollo de programas formativos. Falta una actuación integral y coordinada con otros sectores (sanidad, educación, justicia, seguridad social) que ataje las causas de la pobreza y evite que esta sea generadora de nuevas vulnerabilidades en el niño. Así, pese a la valoración positiva de la aprobación del Ingreso Mínimo Vital, serían necesarias otras medidas complementarias de naturaleza no solo económica. En esta línea se encuentra también la Garantía Infantil Europea.



5.4. EL FORTALECIMIENTO DE LAS FAMILIAS BIOLÓGICAS

Este es posiblemente el aspecto menos positivo de los que se analizan en este informe, lo que obedece al enfoque desviado de nuestra legislación en cuanto al acogimiento alternativo. En línea con lo apuntado sobre la prevención primaria, se debe trabajar con la familia para prevenir la separación, pero también, y no es menos importante, para lograr la reintegración del niño en la familia una vez se ha producido dicha separación. Sin embargo, cuando un niño es abandonado o se renuncia temporal o permanentemente a su guarda, nuestra legislación no contempla como obligación el apoyo a la familia en los términos previstos en las Directrices.

La familia debe recibir asesoramiento y apoyo social para intentar que conserve la guarda y custodia del niño y evitar su separación. Asimismo, si se ha tenido que separar al niño, es necesario trabajar en paralelo con la familia para lograr la reintegración del niño lo más rápidamente posible. Ese debe ser el objetivo prioritario de toda actuación o intervención con niños y niñas que han perdido el cuidado parental o están en riesgo de perderlo. La decisión última al respecto deberá ser el resultado de una evaluación realizada por un equipo profesional y multidisciplinar en el que participen todos los interesados y que garantice el interés superior del niño. Sin embargo, esta exigencia no está taxativamente contemplada en nuestra legislación como obligación que debe ir en paralelo al cuidado del niño, de modo que el sistema no está completo, impidiendo con ello el derecho del niño a vivir en familia, incluso cuando ha debido ser separado de ella con base en su interés superior.

El apoyo a la familia, pues, debe tener lugar antes de decidir la separación, durante el desarrollo de la medida de acogimiento, siempre con la finalidad de reintegrar al niño en su familia, con la que tiene derecho a vivir, según la CDN.

5.5. TRANSICIÓN A LA VIDA INDEPENDIENTE

El acogimiento alternativo cesa cuando el niño llega a la mayoría de edad, lo que no equivale a que el Estado pueda desentenderse de él. Los jóvenes que están en acogimiento alternativo deben recibir apoyo durante un periodo transitorio después de haber alcanzado la mayoría de edad. El acogimiento alternativo, en la modalidad que sea, no es un fin en sí mismo que concluye con la mayoría de edad del niño, sino que es un medio para permitir a este asumir su independencia e integrarse plenamente en la comunidad. Para ello, el Estado debe proporcionarles acceso a los servicios sociales, jurídicos, de salud, capacitación, vivienda y un apoyo económico adecuado, de acuerdo con las Directrices y la Resolución.

La legislación estatal incluyó en 2015 la obligación de las Entidades Públicas de ofrecer programas de preparación para la vida independiente desde dos años antes de que el niño alcance la mayoría de edad y una vez cumplida esta siempre que participen activamente y con aprovechamiento. Dichos programas deben propiciar seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción sociolaboral, apoyo psicológico y ayudas económicas. La legislación autonómica es muy dispar en este punto.

Pese al avance que supone respecto de la legislación anterior, se echa en falta la presencia del interés superior del niño como guía para la determinación de la actuación procedente, tras la realización de una evaluación y planificación equivalente a las que se realizaron para decidir el ingreso del niño a la modalidad de acogimiento y la asunción de estas tareas por parte de las Administraciones Públicas como parte de su obligación de protección, que proyecta sus efectos más allá de la mayoría de edad del niño.

5.6. PARTICIPACIÓN DEL NIÑO Y LA NIÑA

El artículo 9 LOPJM se modificó para incluir una previsión en términos muy amplios del derecho del niño y la niña a ser oído y escuchado en todas aquellas decisiones que le afecten. Se regula y garantiza, además, como derecho fundamental. Para los niños y las niñas privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo se reconoce el derecho a ser oídos en los términos del citado precepto y, en su caso, a ser parte en el proceso de oposición a las medidas de protección y declaración en situación de desamparo en función de su edad y madurez. Para ello, tienen derecho a ser informados y notificados de todas las resoluciones de formalización y cese del acogimiento.

La limitación de la participación por razón de la edad y madurez del niño es contraria al artículo 12 CDN, que no establece límite alguno a la misma. Lo que el CRC ha señalado es que la valoración de la opinión del niño se hará en función de esos criterios, pero eso no es lo mismo que impedirle la participación. Por otro lado, el derecho a ser escuchado no puede limitarse a los procedimientos administrativos o judiciales en los que sea parte, sino que debería articularse en términos mucho más amplios en todas las modalidades de acogimiento. Este es otro ámbito de asistencialismo y paternalismo que no se corresponde con los estándares internacionales.

5.7. MECANISMOS DE CONTROL Y PROTECCIÓN

El acogimiento alternativo (familiar o residencial) debe ser un entorno de protección y cuidado a los niños y las niñas que garantice el pleno disfrute de todos sus derechos como parte de la obligación de protección asumida por el Estado. Los entornos de cuidado alternativo deben garantizar no solo la seguridad del niño y su protección frente a toda forma de violencia o de vulneración de sus derechos, sino también promover su desarrollo integral. En consecuencia, la legislación debe contemplar un conjunto de mecanismos que detecten, prevengan y protejan frente a la violencia o el abuso y promuevan su protección integral.

La legislación de 2015 incorporó como principio rector la protección de los niños (todos, no solo los niños privados del cuidado parental o en riesgo de estarlo) frente a todas las formas de violencia, lo que supuso un avance respecto de una legislación que carecía de una mención al respecto. Asimismo, contempla algunos mecanismos de queja para los niños en acogimiento residencial, aparte de la comunicación con el Ministerio Fiscal, y exige la certificación negativa del registro de delincuentes sexuales a todas aquellas personas que trabajen habitualmente con niños y niñas.

Sin embargo, la seguridad de los niños debe garantizarse mediante la exigencia de estándares técnicos oficialmente aprobados en todas las modalidades de acogimiento alternativo. En el caso del acogimiento residencial, falta una regulación legal sobre la extensión de la potestad sancionadora y disciplinaria que no puede dejarse a lo que disponga el reglamento de régimen interior del centro. Se trata de la limitación o suspensión de derechos que exige ser al menos enmarcada en un texto con rango de ley que, de momento, no existe.

En el caso del acogimiento familiar, es necesario apoyar a la familia y a los cuidadores para potenciar su capacidad en relación con el desarrollo del niño, en particular mediante una educación y una formación integrales y la promoción de una parentalidad implicada y positiva que les permita cuidar de los niños en un entorno seguro.

El Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia (LOPIIAV) no parece que vaya a colmar por completo las carencias del actual marco legal en este aspecto.



6. DESINSTITUCIONALIZACIÓN

La legislación española acoge de manera explícita la preferencia del acogimiento familiar sobre el residencial y la prioridad de las soluciones familiares frente a las residenciales, en línea con lo que disponen las Directrices. Estas contienen una mención a la necesidad de ir proponiendo alternativas a los grandes centros (instituciones) de acogimiento residencial que conduzcan a su progresiva eliminación. Lejos de querer decir que debe ponerse fin al acogimiento residencial, inequívocamente contemplan esta modalidad de acogimiento como complementario del familiar, aun priorizando este, pero exigiendo que cumpla unos estándares de calidad y garantizando unas condiciones propicias para el desarrollo del niño. Es decir, lo que las Directrices promueven es la progresiva supresión de los grandes centros en los que no se garantiza ni la calidad ni el desarrollo integral del niño, pero contemplan a los que sí lo hacen como una alternativa perfectamente válida y complementaria y, en ocasiones, incluso preferente (por ejemplo, en los grupos de hermanos).

La desinstitucionalización se ha de concebir como un proceso en el que se prioricen las opciones de cuidado alternativo de calidad frente al "simple internamiento". Para ello es necesario que las habilitaciones se otorguen en función del cumplimiento de los estándares de calidad del cuidado, se refuerce la prevención primaria y la secundaria, se sustituya progresivamente el internamiento por modalidades alternativas de cuidado de calidad, entre ellas, el cuidado en la familia y la comunidad, con formación y apoyo a los cuidadores y con mecanismos de control y supervisión adecuados. Asimismo, hay que destinar recursos a todo ello.

El acogimiento residencial como medida de protección será adecuado en tanto los elementos y prestaciones que lo componen garanticen la satisfacción de los derechos del niño. Si la calidad se puede definir como la propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo que permiten juzgar su valor, la del acogimiento residencial vendrá determinada por el nivel de satisfacción de los derechos del niño que logre alcanzar. Y para juzgar la calidad (o valor) del acogimiento residencial como medida garantizada por el Estado, será preciso aprobar normas que midan la adecuación de las propiedades inherentes a dicha medida, tanto para saber a qué criterios ajustar las prestaciones como para poder exigir su cumplimiento. La calidad no es un fin en sí misma, sino un medio más para asegurar los derechos de los niños y las niñas privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo.

Con la previsión legal actual no parece factible poner en marcha el imprescindible proceso de desinstitucionalización que, junto con las medidas de apoyo familiar y prevención de la separación, permita cumplir con los estándares internacionales de cuidado alternativo de los niños. Es, además, una exigencia de los principios de necesidad e idoneidad del sistema.





7. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS

Incorporar plenamente el enfoque de derechos a la actuación protectora respecto de los niños y las niñas privados de los cuidados parentales o en riesgo de estarlo. Es necesario incorporar a nuestra legislación los principios de necesidad e idoneidad como ejes de la actuación protectora en este ámbito para lograr que los avances realizados se traduzcan en una nueva forma de actuar.

Elaborar una estrategia integral, coordinada, multisectorial e interterritorial sobre el acogimiento alternativo. La reforma del marco legal es condición necesaria pero no suficiente para abordar la necesaria transformación del sistema de protección. Es precisa una estrategia que, desde la garantía del derecho del niño a vivir en familia, contemple los principios rectores, los sujetos responsables, los objetivos a lograr, las inversiones necesarias y los plazos para ello.

Contar con datos confiables para la toma de decisiones basadas en evidencias. Para garantizar la correcta aplicación de la CDN, el Estado debe mejorar la recopilación de datos conforme a indicadores comunes que permitan una adecuada gestión de la información y sirvan como base para la elaboración de las políticas públicas y las decisiones sobre los niños y las niñas privados del cuidado parental o en riesgo de estarlo. La formulación de las políticas públicas debe basarse en evidencias y ser objeto de evaluación para medir su impacto.

Asignar recursos para luchar contra la pobreza infantil: invertir en infancia eleva la probabilidad de éxito en la vida adulta. Forma parte de la obligación del Estado invertir recursos en la prevención de la separación de los niños y las niñas de su núcleo familiar. La prevención y el fortalecimiento familiar deben, además, ser la opción prioritaria de acuerdo con el enfoque de derechos, puesto que el acogimiento alternativo no deja de ser una respuesta alternativa a la imposibilidad de cumplir ese derecho. Los recursos humanos y financieros disponibles se deben destinar a este objetivo en todo lo posible y atender especialmente a colectivos en situación de especial vulnerabilidad, como los niños privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo.

Mejorar la coordinación intersectorial e interadministrativa para proteger mejor. La protección de los derechos del niño no es una tarea exclusiva de los servicios sociales, sino que debe adoptarse un enfoque sistémico que articule el sector del bienestar y protección de la infancia y la adolescencia con el de salud, la educación y la justicia para ofrecer una respuesta acorde al interés superior del niño y que cuente con la participación de todos los niveles territoriales y de la sociedad civil.

Acercar la toma de decisiones protectoras al niño y la niña para mejorar su protección. El desplazamiento de los mayores esfuerzos del sistema hacia la prevención primaria y secundaria ponen el foco en la necesidad de descentralizar en favor del nivel local algunas de las funciones de protección. Con ello, es posible individualizar más la respuesta protectora y hacerla más eficiente. La proximidad al niño es clave para la sensibilización, la detección y la intervención con las familias en el propio entorno del niño.

Reforzar y articular mecanismos de comunicación y queja accesibles y eficaces para todos los niños y las niñas en acogimiento alternativo, ya sea familiar o residencial. La doble condición de juez y parte del cuidador cuya conducta es cuestionada por el niño impide que los entornos de cuidado alternativo sean verdaderamente protectores y seguros para los niños. El papel del Ministerio Fiscal en este punto resulta insuficiente.

Contar con la sociedad civil para implementar los estándares internacionales sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños. El papel de la sociedad civil es determinante en el éxito del proceso de transformación, tanto como impulsora de iniciativas como colaboradora del Estado en las funciones cuidadoras.

Proporcionar formación y capacitación a los profesionales sobre las Directrices, para traducirlas a la acción concreta y cotidiana en el marco del enfoque de derechos humanos.

Garantizar el interés superior del niño en todas y cada una de las decisiones que afectan a los niños y las niñas privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo, especialmente a colectivos en situación de especial vulnerabilidad, como los niños con discapacidad o los niños migrantes no acompañados. Asimismo, debe modificarse la legislación para atender los casos en que los niños quedan privados de libertad a causa del ingreso de la madre en prisión. Estos niños son titulares de derechos, por lo que la respuesta del Estado debe adecuarse también a los principios de necesidad e idoneidad. En todo caso, sería aconsejable diseñar y aprobar un instrumento técnico para la evaluación y determinación del interés superior de los niños privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo que asegure el acuerdo, la seguridad jurídica, la igualdad en la aplicación de la norma y el ulterior control judicial sobre la base de elementos objetivos.

Prevenir la necesidad de acogimiento alternativo: promover el cuidado parental y prevenir la separación de la familia. La asunción del enfoque de derechos del niño y de los principios de necesidad e idoneidad exigen priorizar las medidas de prevención frente a las reactivas. El acogimiento alternativo es una opción que solo excepcional, residual y temporalmente debe escogerse. Debe prestarse, además, atención al acogimiento informal para asegurar que los derechos del niño se cumplen también en esos casos.

Reconocer el derecho de los hermanos y hermanas a permanecer juntos, salvo que fuera contrario a su interés superior. La no separación de los hermanos forma parte del derecho del niño a vivir en familia, como concepto que no incluye solo a los padres. La regulación debe recogerlo como tal, no como mero criterio de actuación administrativa.

Potenciar y articular mecanismos para la participación de los niños en la toma de decisiones en entornos de las modalidades de acogimiento alternativo. La determinación del interés superior del niño privado del cuidado parental o en riesgo de perderlo exige que siempre sea escuchado. Ello exige proporcionar información al niño y explicarle en qué medida se han tenido en cuenta sus deseos y opiniones. El niño no puede ser un mero receptor de cuidados y servicios, sino que debe participar activamente en el desarrollo y planificación de todas las medidas que le incumban.

Explicitar la reintegración familiar como principio y fin de las actuaciones en acogimiento alternativo. La reintegración del niño a su familia no puede reducirse a un objetivo más o menos deseable, sino que debe acogerse como parte de la obligación de protección del Estado. La protección del niño privado del cuidado parental o en riesgo de perderlo no se limita a las intervenciones y decisiones dirigidas específicamente al niño, sino que debe comprender también el trabajo con la familia para que el retorno a la misma que exigiría su derecho a vivir en ella pueda quedar garantizado. El derecho a vivir en familia no decae por la separación del niño, sino que debe quedar garantizado en lo posible, permitiendo su retorno en cuanto desaparezcan las causas de la separación.

Garantizar la planificación y el apoyo hacia la vida independiente como parte de las obligaciones del Estado. El cese de la tutela administrativa cuando el niño llega a la mayoría de edad no tiene por qué suponer el cese de las obligaciones del Estado. El Estado debe seguir apoyando a los niños y las niñas que salen del sistema más allá de la mayoría de edad para que la acción protectora logre su fin último de lograr que alcancen una vida independiente.





Garantizar entornos de acogimiento alternativo seguros y protectores para los niños y las niñas privados del cuidado parental o en riesgo de estarlo. El acogimiento alternativo en cualquiera de sus modalidades tiene que ser un entorno seguro y protector para el niño, que evite toda forma de violencia y promueva su desarrollo integral. La idoneidad de los acogedores y la habilitación de los centros deberían prever especificaciones tendentes a garantizar esos entornos. Además, tienen que ser inspeccionados periódicamente y sancionados conforme a la ley si se producen incumplimientos, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera derivarse. Los entornos de acogimiento alternativo que se ofrecen como respuesta "protectora" no deben poner al niño ante nuevas situaciones de desprotección o vulneración de sus derechos.

El uso de la fuerza y las medidas de coerción en los centros deben constituir un último recurso y estar reguladas en una ley que establezca los supuestos habilitantes, los límites a su ejercicio y los controles que se pueden activar. En este sentido, es preciso modificar el Proyecto de la Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia para incorporar las siguientes previsiones:

- Prohibir, por ley, todas las formas de violencia en contra de los niños en modalidades alternativas de cuidado.
- Garantizar que todos los profesionales y cuidadores sean conscientes de las diferentes formas de violencia, incluyendo el abuso físico, psicológico y verbal.
- Establecer instrucciones claras y ejecutadas en todo el sistema de acogimiento alternativo con respecto a las técnicas aceptables de control del comportamiento y a las medidas disciplinarias.
- Contar con políticas de protección de los niños que garanticen que sus necesidades sean satisfechas.
- Garantizar que se proporcionen a los profesionales y a los cuidadores capacitación y sensibilización relativas a los enfoques apropiados respecto de la disciplina y el castigo, de conformidad con la CDN, las Directrices y el derecho internacional de los derechos humanos.
- Exigir la formación de los cuidadores en materia de técnicas no violentas de desintensificación y, cuando sea necesario, de uso apropiado de la coerción física.
- Garantizar que los niños y las niñas conozcan las políticas relativas a las medidas disciplinarias, al control del comportamiento y al uso de la fuerza y de la coerción, y que sepan manifestar sus preocupaciones y presentar quejas.
- Exigir que se mantengan y se monitoricen registros sobre el uso de la disciplina en general y de la coerción física.
- Garantizar que el suministro de medicamentos se utilice únicamente para necesidades terapéuticas y bajo la supervisión de especialistas.
- Prohibir expresamente cualquier forma de violencia contra los niños y las niñas en las modalidades alternativas de cuidado, incluyendo el abuso físico, psicológico y verbal.

8. CONCLUSIONES

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de los niños y las niñas a vivir en familia y no ser separados de ellas salvo por exigencias de su interés superior. Correlativamente, para garantizar ese derecho impone al Estado la obligación de asistir a los padres en su responsabilidad de crianza y desarrollo. Solo por exigencia de su interés superior podrá un niño ser separado de sus padres, como excepción a su derecho a vivir en familia. En tales casos, el Estado está obligado a procurarle la asistencia y protección necesarias mediante modalidades alternativas de cuidado de los niños. Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños y la Resolución de 2019 constituyen el marco de estándares internacionales en esta materia y, pese a ser *soft law*, no pueden ser desconocidas por los Estados para cumplir con la Convención.

El interés superior del niño, como principio fundamental de la CDN, junto con los de necesidad e idoneidad deben ser los ejes que articulen la regulación, las políticas y todas las actuaciones relativas a los niños privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo. Su implementación ha de conducir hacia una necesaria transformación del sistema de protección que atañe a varias dimensiones del mismo: una transformación normativa, para adaptar el marco regulatorio a los estándares internacionales; una transformación institucional, con mecanismos de coordinación multisectorial y con mayor protagonismo del nivel local para apoyar las medidas de prevención; una transformación profesional, capacitando a los profesionales para mejorar la aplicación de los estándares y la detección de situaciones que puedan abordarse evitando separaciones innecesarias; y una transformación social, mediante la sensibilización, concienciación y la capacitación de las familias en el ejercicio de una parentalidad implicada y positiva.

El proceso debe partir de una estrategia integral que aborde esas dimensiones desde un enfoque multisectorial, basado en los derechos del niño y en evidencias y datos, y que cuente con la asignación de recursos presupuestarios y humanos suficientes.

Dicha transformación no se reduce a la desinstitucionalización que promueven las Directrices y la Resolución. Ese proceso persigue sustituir progresivamente el internamiento por una gama amplia de modalidades alternativas de cuidado de calidad. No pretende, por tanto, la eliminación del acogimiento residencial en su totalidad y su sustitución por el acogimiento familiar, sino la exigencia de unos estándares de calidad que aseguren la adecuada protección de los derechos del niño. El Estado debe reforzar y mejorar la función de habilitación, registro, inspección y supervisión de la actividad protectora, y prever mecanismos para exigir responsabilidad por el funcionamiento inadecuado del sistema, es decir, por los daños que puedan derivarse del incumplimiento de los estándares.

Asimismo, es imprescindible priorizar el fortalecimiento de las familias y la prevención de la separación. Una de las causas profundas que puede conducir a la necesidad de separar al niño de su familia se debe a la situación de pobreza, aunque en ningún caso podrá ser la única razón para ello. La erradicación de la pobreza es uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta el mundo y un requisito indispensable para el desarrollo sostenible. La pobreza va más allá de su dimensión monetaria y, por tanto, debe ser abordada con un enfoque multisectorial. Ningún niño puede ser separado de sus padres únicamente por la pobreza económica o por condiciones directa y exclusivamente imputables a dicha pobreza. Dichas situaciones deben abordarse a través de políticas y programas de reducción de la pobreza, inclusivas, receptivas y orientadas a la familia, y diseñadas también con el fin de promover y potenciar la capacidad de los padres para cuidar de sus hijos y de hacer frente a la pobreza de las familias y la exclusión social, que se centren en la educación inclusiva y de calidad y en el aprendizaje permanente para todas las personas, incluidas las iniciativas que promuevan una parentalidad implicada y positiva, la salud y el bienestar, la igualdad de acceso a los recursos económicos, el empleo pleno y productivo, el trabajo decente, la seguridad social, los medios de vida y la cohesión social, y que promuevan y protejan los derechos humanos de todos los miembros de la familia.

La implementación de políticas de apoyo a la familia como clave para evitar la pérdida del cuidado parental pasa por la incorporación a estas de la dimensión sanitaria (ODS 3), educativa (ODS 4), de protección social y reducción de la pobreza (ODS 1), igualdad de género (ODS 5), trabajos dignos (ODS 8) e incluso el cambio climático y la reducción del riesgo de desastres (ODS 13). La incorporación de la interrelación entre erradicación de la pobreza, desarrollo sostenible, protección social y la protección a la infancia es uno de los aportes de la Resolución y, por tanto, el cumplimiento de lo previsto en ella, más allá del carácter vinculante jurídicamente o no, es condición para cumplir con la Agenda 2030. Ese debe ser el horizonte para la necesaria transformación del sistema, para que ningún niño quede atrás.



EL DERECHO A CRECER EN FAMILIA

LA NECESARIA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA EN ESPAÑA

RESUMEN EJECUTIVO

ALDEAS INFANTILES SOS

www.aldeasinfantiles.es