

**Teresa PICONTO NOVALES, *La protección de la infancia (Aspectos sociales y jurídicos)*, Zaragoza, Egido Editorial, 1996 («Colección Egido Universidad», núm. 5), 317 páginas.**

Nos hemos acostumbrado, con sorprendente naturalidad, a que el Estado asuma determinadas tareas que, tradicionalmente, habían venido correspondiendo a otras formas de organización social, como puede ser la familia. Aparentemente, es éste un proceso imparable. Y es así, entre otros motivos, porque resulta útil a los principales protagonistas del cambio. Por un lado, el aparato estatal adquiere nuevas dosis de su imprescindible ración de legitimidad («el estado *debe* existir, porque tiene *funciones* que cumplir»). Por otro, los individuos nos exoneramos, gustosos, de nuestra parte alícuota, pequeña, pero pesada, de responsabilidad social («*ya existe un estado para encargarse de eso*»).

El volumen que nos ofrece Teresa Piconto aborda el papel que están jugando las Administraciones públicas en una materia crucial en este sentido: la protección de la infancia. Y realiza ese abordaje desde un punto de vista fundamental, y yo diría que ineludible, si se quiere hacer una investigación realmente profunda sobre el particular: el enfoque socio-jurídico.

Demasiado a menudo los profesionales y estudiosos de la ley tendemos a analizar el Derecho como un fenómeno puramente normativo, estrictamente formal. Sin embargo, existe toda una realidad social envolviendo cada institución jurídica; una realidad de la que el Derecho trae causa, y sobre la que el Derecho incide; una realidad que, a la postre, es el verdadero referente de todo nuestro trabajo. *Ubi societas, ibi ius*, reza el famoso aforismo latino; pero con frecuencia parece que olvidamos que, sin sociedad, no hay Derecho posible, ni ocasión de aplicarlo, ni claves para entenderlo.

En este sentido, el trabajo que nos ofrece esta investigadora y docente de la Universidad de Zaragoza, basado en el que sirvió de fundamento a su tesis doctoral, pretende con éxito dibujarnos, tras un primer plano normativo analizado con exhaustividad, el telón de fondo de la aplicación legislativa real.

Legislación, por otro lado, prácticamente neonata en nuestro país, al menos en los términos y con la filosofía que hoy la anima. Precisamente, en una primera parte del libro (caps. I a III), la autora nos relata la evolución histórica de la protección pública de los menores, por cierto que relativamente reciente. No es hasta el siglo XVII que la protección del niño comienza a contar con una atención social distinta de la familia o los allegados más próximos. Se trata entonces de una preocupación de contenido esencialmente moral, traducida en la creación de escuelas y centros benéficos de acogida para menores sin recursos, abiertos a golpes de liberalidad por los particulares y algunas instituciones, sin que existan mecanismos que racionalicen este primer y endeble esfuerzo. El movimiento «filantrópico» de los siglos XVIII y XIX tratará de paliar estas carencias organizativas, pero a cambio de introducir un fortísimo control social sobre la existencia del menor acogido. Será precisamente el siglo pasado el que asista al nacimiento de la primera ley española reguladora de los derechos del menor: la «Ley sobre el ejercicio peligroso de los niños en los circos», de 1878, primer hito de una legislación protectora insuficiente y, para colmo, sistemáticamente incumplida. Ya en el siglo XX, y mientras que en el resto de Europa se va afianzando el nuevo papel del «Estado social», en nuestro país el franquismo trató de establecer una suerte de «Estado providencia» en el que, además de carecerse de la necesaria planificación y continuidad en las políticas sociales, se fortalecía la vertiente caritativa

y paternalista de éstas, siendo inexistentes o inoperantes los cauces de participación social en su diseño y control. El carácter eminentemente moralista y autoritario de la actitud del Estado en materia de protección de la infancia se tradujo en la defensa a ultranza de la familia tradicional y, en particular, del papel del padre, dejando al materno en un muy segundo plano. Los Tribunales Tutelares de Menores, nacidos en los años veinte, se convierten en el instrumento represivo ideal para el caso de que la figura paterna no cumpla con el que se entiende que es su cometido de manera satisfactoria para el régimen.

Como es de suponer, la Constitución democrática de 1978 cambia radicalmente el panorama. Precisamente, la protección de la familia y de los derechos del menor se constitucionaliza (art. 39), y se refuerza con una referencia a los acuerdos internacionales sobre la materia. En este ámbito, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, pese a su debilidad en cuanto a garantías jurídicas de ejecución, supone para la autora un esperanzador comienzo. La consagración de nuestro país como un Estado social implicará la asunción por parte de los poderes públicos del papel de garantes de unas cotas mínimas de bienestar para los individuos, ajenas, o al menos así debiera ser, a cualquier actitud paternalista. Ahora bien, en este proceso, el Estado va insensiblemente erosionando el papel que tradicionalmente ha jugado la familia, limitando su autonomía, con el peligro que ello representa, y contra el que la autora advierte, de convertir ese ámbito social en mero beneficiario pasivo de asistencia.

La segunda parte del volumen (caps. IV y V) se consagra al análisis de la normativa actual en materia de protección de menores en nuestro país. Tras un prolongado período de vigencia postconstitucional de la obsoleta legislación de los Tribunales Tutelares de Menores, la normativa española afronta por fin su *aggiornamento* con la ley estatal 21/1987, reguladora del acogimiento y adopción de menores. Con ella se introduce una novedad de fondo llena de consecuencias trascendentales: la abierta tendencia hacia la desjudicialización y, paralelamente, hacia la administrativización de la protección de los derechos del menor y la determinación de su situación jurídica. A esta nueva filosofía corresponde la introducción del concepto de *desamparo*, entendiendo por tal «un concepto material, una situación de hecho que da lugar a la tutela administrativa de forma automática, obviando la apreciación judicial» (p. 116). Novedad de planteamiento ésta a la que fue refractario un sector de la doctrina jurídica, pero que ha venido a ser corroborada por la ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor. Esta Ley orgánica ha permitido al legislador español incorporar directamente los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño ya citada, entre los cuales cabe citar el derecho del niño a ser oído en todos aquellos procedimientos administrativos o judiciales que le afecten.

A nivel autonómico, la ley aragonesa 10/1989, de protección de menores; la catalana 8/1995, de atención y protección de los niños y adolescentes, y la madrileña 6/1995, de garantías de los derechos de la infancia y adolescencia, han venido a reforzar por lo general la garantía de los derechos del menor, aunque la autora no deja de apuntar algunos problemas graves que pueden plantearse en asuntos tales como la especificidad cultural de las minorías étnicas o la población inmigrante. Se remata esta segunda parte con el análisis de las normativas equivalentes en dos países de nuestro entorno: Italia y el Reino Unido.

Pero es indudablemente la tercera y última sección del libro (caps. VI a VIII) la que imprime carácter al conjunto. Se trata de una verdadera investigación de, como advierte su autora, sociología *en el derecho*, «esto es, una sociología que se construye desde la teoría del derecho, desde sus conceptos, que rastrea

en su interior para aprehender la mecánica funcional del derecho» (p. 307). Su intención es ofrecer una imagen fidedigna de la aplicación real de las normas jurídicas expuestas en el apartado precedente. El método empleado para ello es el de grupos de discusión –dos, en concreto–, compuestos por una muestra representativa de profesionales vinculados a la aplicación de la legislación sobre protección del menor (asistentes sociales, educadores, psicólogos, juristas, responsables de la administración, etc.). Esta vía de obtención de datos se acompañó y completó con una serie de entrevistas semi-estructuradas realizadas igualmente a diversos operadores jurídicos y sociales de relevancia para el tema. La deliberada actitud no dirigista de los investigadores trató de facilitar al máximo el afloramiento de las preocupaciones genuinas y las opiniones francas y abiertas de los participantes. Una tarea, en todo caso, hartamente complicada, habida cuenta de los celos que provoca abordar una materia que tiene una repercusión tan inmediata en la opinión pública, los eternos conflictos institucionales e interprofesionales y, desde luego, lo inhabitual que en nuestro país sigue siendo todavía –aunque afortunadamente cada vez menos– este tipo de investigaciones científicas.

La autora pone el dedo en la llaga al partir en su planteamiento de lo que indudablemente constituye el problema central en la intervención estatal en materia de menores: la conjugación de la necesaria eficacia de la mecánica jurídica con una sensibilidad prioritaria hacia las necesidades del niño y su familia, sin la que la propia actividad del Estado en este campo carece de sentido. Ahora bien, dos rasgos del sistema jurídico contemporáneo suponen, según la profesora Picontó, los principales escollos en dicha tarea: por un lado, el formalismo y falta de flexibilidad del Derecho y, por otro, su tendencia excesiva a la inmediatez, su falta de visión a largo plazo.

En nuestra sociedad, y por fortuna, la plena disposición de los padres sobre los hijos, protegida por la «intimidad familiar», ha dejado de estar legitimada. Es preciso, por tanto, arbitrar medios de control y reconducción que eviten abusos intolerables, respetando el interés de la familia, pero siempre dando prioridad al interés del menor. Sin embargo, la actividad estatal en este campo difícilmente puede guiarse, si quiere de veras ser socialmente útil, por reglas generales y rígidas, sino por normas abiertas que permitan resolver los complicados y muy sensibles conflictos familiares caso por caso. Efectivamente, de su contacto con los profesionales implicados en el tratamiento de estas situaciones, la autora concluye que «las soluciones automáticas –tipo silogismo jurídico y otras hipótesis formalistas– o la rutina no caben en las resoluciones “jurídicas” relacionadas con la protección del menor» (p. 200).

Quizá tomen especial relieve estas carencias, según los datos obtenidos por la autora, en los conflictos de intereses entre los menores y sus padres biológicos. El excesivo celo garantista del Derecho en estos casos hace, por ejemplo, que se erija un verdadero «*laberinto procesal*» de dilaciones e incertidumbres en el que se pierden o ven gravemente menoscabados los fines terapéuticos y educativos del menor que la propia ley se fija como esenciales. «El orden judicial civil» tradicional, en el que se incardinan las figuras jurídicas de protección de derechos del menor, resume la profesora Picontó, «es un proceso concebido para establecer *un* acuerdo entre las partes en conflicto, para garantizar los derechos *de ambas partes*», por lo que la aplicación rigurosa de sus principios difícilmente puede ser satisfactoria para contenciosos en los que los intereses de una de las partes, el menor, en este caso, debieran ser tutelados por encima de cualesquiera otros (pp. 222-3; la cursiva es nuestra).

No es de extrañar, pues, que los técnicos sociales acusen al Derecho de simplificar en exceso la compleja realidad social, al tratar de estrecharla en unas pocas categorías jurídicas que permitan establecer una «verdad oficial» respecto a las acciones humanas, sin pararse a penetrar en lo realmente trascendental: sus causas profundas, sus consecuencias futuras y, de ser preciso, la manera de paliar estas últimas. De hecho, la autora observa cómo el punto de vista de los psicólogos, educadores, asistentes sociales, etc., generalmente difiere del de los operadores jurídicos en los procesos de aplicación normativa. Cuestiones como la valoración de las declaraciones de los menores, o la propia recogida e interpretación de datos en un mismo caso así lo demuestran: los informes técnicos mutuos, elaborados con lógicas muy distintas, son íntimamente considerados poco útiles por unos y por otros, por concienzudos y razonados que sean. Simplemente, los apriorismos de ambos puntos de vista son profundamente dispares. Los operadores sociales, según revela esta investigación, se encuentran en una situación particularmente incómoda ante este estado de cosas, al verse a sí mismos y a su trabajo en colaboración con el Derecho «como una cortina de humo que ayuda a ocultar las carencias de una sociedad» (p. 286).

La solución no puede ser otra, según la autora, que una mayor apertura entre ambas esferas, la social y la jurídica. Una apertura que facilite la incorporación al Derecho de conceptos y formas de actuación distintos a los tradicionales, y aproveche mejor las aportaciones de los profesionales de las ciencias humanas y sociales en la búsqueda de una aplicación normativa más acorde con las verdaderas necesidades del menor. Al mismo tiempo, sería imprescindible repensar los planteamientos de la práctica jurídica actual si se quiere verdaderamente maximizar su eficacia, de tal manera que la actitud del Derecho deje de ser puramente *reactiva* ante las transgresiones, y comience a contemplar acciones organizadas y planificadas a medio y largo plazo con miras fundamentalmente preventivas.

En definitiva, tenemos entre manos un trabajo riguroso desde el punto de vista técnico, y muy completo desde el punto de vista conceptual. Uno echaría de menos, quizá, un mayor peso en el libro de su tercera parte, que es indudablemente la más innovadora y refrescante. En cualquier caso, la combinación entre el análisis histórico, el normativo y el sociojurídico que la autora nos ofrece nos proporciona, con toda probabilidad, una visión de conjunto del estado actual de la protección de menores en nuestro país difícilmente superable.

Miguel A. RAMOS ULGAR  
Universidad de Sevilla