

POLÍTICA Y DERECHO EN LA APLICACIÓN DE LA NUEVA NORMATIVA ARAGONESA DE PROTECCIÓN DE MENORES

TERESA PICONTO NOVALES

SUMARIO: 0. Presentación. — 1. La reforma del derecho de protección de menores: 1.1. El nuevo derecho de protección de menores. — 1.2. «Administrativización» y «sociologización» de la aplicación de la ley. — 2. Factores políticos en la aplicación del derecho: 2.1. Aplicación adaptativa. — 2.2. Incidencia de criterios e intereses políticos. — 2.3. Política y eficacia del derecho. — 3. Conclusiones.

PRESENTACIÓN

Este es un trabajo de investigación sobre la aplicación de la ley aragonesa de protección de menores. Lo cual quiere decir que se limita al ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, aunque pensamos que las conclusiones a las que se llegue serán extrapolables al resto de las Comunidades Autónomas y al derecho estatal.

Se trata también de un trabajo de sociología jurídica. Hasta la fecha, lo corriente es que los problemas de aplicación del derecho sean considerados desde una perspectiva dogmática; si bien, el marco conceptual, jurídico y organizativo de la aplicación de la ley es importante, debe complementarse con una perspectiva más amplia. En este sentido, uno de los aspectos más descuidados en la dogmática tendría que ver con la incidencia de factores profesionales y políticos en la aplicación del derecho. La sociología empírica del derecho aporta una metodología interdisciplinar útil para alcanzar este objetivo.

Los métodos sociológicos empleados en esta investigación han sido de carácter cualitativo. Estos métodos, algo marginados por el abrumador dominio de planteamientos positivistas en la sociología, muestran su utilidad en este tipo de trabajos en los que se trata de estudiar las actitudes y las

causas de las decisiones encaminadas a aplicar una ley. Los métodos cuantitativos de la sociología positivista llevan a la utilización de cuestionarios, inventarios, etc. En otras palabras, estos métodos cuantitativos producen datos susceptibles de análisis estadísticos. Por contra, la utilización de métodos cualitativos, como la entrevista no estructurada, los grupos de discusión, la observación participante, etc., permiten al sociólogo conocer las motivaciones determinantes de la acción de las personas. Aquí, se trata de recoger y también de analizar datos descriptivos, por eso se ha optado por métodos cualitativos.

En concreto, en esta investigación, se han organizado dos «grupos de discusión» formados por operadores jurídicos y sociales de las distintas administraciones públicas y de las entidades privadas imbricadas en la problemática de la protección del menor y especialistas en el tema. El primero de ellos tuvo lugar el 30 de junio de 1992 y estuvo formado por una asistente social de la Diputación Provincial de Zaragoza (D.P.Z.), un profesor de derecho civil de la Universidad de Zaragoza, un profesor de derecho administrativo de la misma Universidad, una asistente social de una entidad privada colaboradora y el jefe de sección de atención al menor de la Diputación General de Aragón (D.G.A.) El segundo tuvo lugar el 2 de julio de 1992 y en él participaron una educadora familiar del servicio provincial de la D.G.A., una letrada del servicio de asistencia jurídica al menor de la D.G.A., una educadora de calle del Ayuntamiento de Zaragoza, un abogado y un administrativo del área de infancia del servicio provincial de la D.G.A. Como complemento, se han realizado entrevistas a responsables políticos, a directores de las instituciones privadas más relevantes, a fiscales y jueces de la Comunidad Autónoma aragonesa y a letrados de la Comunidad Autónoma y del Justicia de Aragón. Por la misma razón que ha determinado la preponderancia de los grupos de discusión, las entrevistas no han sido estructuradas, con el fin de no limitar las perspectivas de este trabajo a una idea fija. Lo cual no ha sido obstáculo para que haya sido posible extraer de estos métodos una óptima productividad para valorar la incidencia de factores políticos en la aplicación de la ley.

1. LA REFORMA DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DE MENORES

1.1. *El nuevo derecho de protección de menores*

La Constitución española de 1978 ha reconocido el principio de protección integral del menor como uno de los principios rectores de la política social de los poderes públicos (art. 39). La aplicación de este principio ha puesto en marcha una serie de reformas legislativas e institucionales encaminadas a la protección del menor. La ley estatal 21/1987, de 11 de no-

viembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y acogimiento familiar, ha sido una de las de mayor trascendencia social y jurídica al respecto. En la Comunidad Autónoma aragonesa, esta ley ha tenido reflejo en la ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores, que introduce cambios importantes en cuanto a los principios de actuación encaminados a la protección del menor desamparado (1).

La protección del menor desamparado no era, hasta ahora, una obligación de las instituciones públicas. Por el contrario, la asistencia social dependía de Juntas de caridad y eclesiásticas. Frente a esta concepción la asistencia del menor se configura, en el Estado del bienestar, como una obligación jurídica, que dentro del marco de acción social, deben asumir los poderes públicos y supervisar el ministerio fiscal y los jueces. Esta solución es acorde con el art. 39 de la Constitución y con la Convención de

(1) Sobre la reforma de la adopción y acogimiento se recomiendan, entre otras, las siguientes referencias: ARCE FLÓREZ-VALDÉS, J., «El acogimiento familiar y la adopción en la ley de 11 de noviembre de 1987», en *RGLJ*. n.º 5 (1987), p. 741-783; AA.VV., *El nuevo régimen de la Familia, IV: Acogimiento y Adopción*, Madrid, Civitas, 1990; FELIU REY, M.I., *Comentarios a la ley de adopción*, Madrid, Tecnos, 1989; GARCÍA CANTERO, G., «La reforma del acogimiento familiar y de la adopción» en *Derecho Civil español*, tom. V, vol. 2, Madrid, 1988; EMBID IRUJO, A., «Protección de Menores», en *Derecho Público Aragonés*, Zaragoza, 1990, p. 669-684; GIL MARTÍNEZ, A., *La reforma de la adopción. Ley 21/1987. Comentarios, formularios judiciales y administrativos*, Madrid, Dykinson, 1990; LORCA MARTÍNEZ, J., «La tutela 'ex lege' o tutela de los menores en situación de desamparo», en *Actualidad civil 24* (1989), p. 530 ss.; LLEBARIA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la L. 21/1987, de 11 de noviembre*, Barcelona, Bosch, 1990; MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, Barcelona, Bosch, 1991; MUÑOZ ROJAS, T., «Perspectiva judicial del acogimiento y la adopción», en *Actualidad Civil* (1989/1), p. 577-590; OLIVER SOLA, M.C., «La reinserción familiar del menor», en *Cuestiones en torno al trabajo social*, Madrid, E. Popular, 1990, p. 37 ss.; PAZ AGUERAS, J.M., *La adopción consular*, Madrid, M.º de Asunt. Ext., 1990; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, Madrid, Civitas, 1989; RUIZ-RICO RUIZ, J.M., «La tutela 'ex lege', la guarda y el acogimiento de menores», en *Actualidad civil 2 y 3* (1988), p. 24 ss., 44 ss.; ID., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Granada, Comares, 1989. Ya antes de la reforma estatal de la adopción y el acogimiento la ley catalana 11/1985 de 13 de junio modificó la protección de menores en Cataluña, al respecto puede consultarse: EGEA I FERNÁNDEZ, «La tutela de menores a la Llei catalana 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors. L'acolliment», en *RCJ* (1987), p. 23-59. La reforma de la legislación de protección de menores ya se reclama por otros autores, los cuales van más allá del plano estrictamente jurídico: AMORÓS MARTI, P., *La adopción y el acogimiento familiar*, Madrid, Narcea, 1987. La situación española coincide con la evolución del derecho de protección de menores en otros países. En el caso de Italia puede verse: DOGLIOTTI, M., *Affidamento o Adozione*, Milano, Giuffrè, 1990; DONATI, P. P. y NICOLETTI, G., «Famiglia, adozione e servizi sociali: una ricerca sociologica», en *La ricerca sociale* n.º 5 (1974), p. 43-72; MAGGIONI, G., y RONFANI, P., «Cultura dell'adozione ed evoluzione normativa. Il minore, il giudice e gli operatori sociali», en *Vita pensiero* n.º 5 (1986), p. 45-68. Y sobre la reciente modificación del derecho inglés: BARTH, R.P. y BERRY M., *Adoption and disruption*, N. York, Aldine de Gruyter, 1988; FELDMAN, L., *Child Protection Law*, London, Longman, 1992; KING, A., *Adoption and Fostering*, Marlborough, The Crowood Press, 1989.

los derechos del niño, ratificada por el Estado español en diciembre de 1990, cuyo artículo 3 recoge la ineludibilidad de la acción estatal positiva. Así pues, el principio de protección integral del menor, como principio rector de la política social de los poderes públicos (art. 39 CE.) ha determinado una serie de reformas legislativas e institucionales con el fin de articular las prácticas sociales de atención al menor con carencias familiares. De esta forma, se produce una reforma de la adopción y del acogimiento con la aprobación de la ley estatal 21/1987 de 11 de noviembre. La aparición de esta ley trae causa, como se dice en el preámbulo de la misma, de que «el régimen hasta ahora vigente no ha llegado a satisfacer plenamente la función social que debe cumplir esta institución (...) de *protección de los menores privados de una vida familiar normal*». Parece, pues, que la función promocional que tienen que cumplir estas instituciones va a ser, precisamente, la de proteger los intereses del menor sobre la base de una articulación de la responsabilidad de los poderes públicos. Por tanto, la asistencia social se está consolidando como una responsabilidad directa e ineludible de los poderes públicos competentes y como una responsabilidad correlativa a los derechos de la infancia regulados en la Constitución y tratados internacionales (2). Como fácilmente se habrá deducido, esta nueva lógica protectora y promocional da al traste con la anterior regulación privatística, caracterizada por defender los intereses patrimoniales privados.

La asistencia del menor se configura en el Estado del bienestar, como una obligación jurídica exigible a los poderes públicos, que van a supervisar jueces y fiscales. Así pues, la función protectora y promocional que deben cumplir los poderes públicos va a ser, a partir de esta nueva configuración normativa, la de proteger a los menores. El centro de gravedad alrededor del cual deben girar las instituciones públicas en el desempeño de sus funciones son «el interés del menor» y la «reinserción familiar del menor», que aparecen ya formulados en el preámbulo de la ley estatal de reforma de la adopción («protección de menores privados de una vida familiar normal»).

Toda la normativa gira alrededor del juego de los dos principios básicos que son, «el interés del niño» y el de «reinserción familiar del menor». Este segundo principio, de «reinserción familiar del menor», busca primero la reinserción del menor en su propia familia, siempre que sea

(2) Con respecto al concepto de «función promocional», vid. BOBBIO, N., «La función promocional del derecho», en *Contribuciones a la teoría del derecho*, trad. Ruiz Miguel, A., Valencia, Torres, 1980, p. 367. Menos teóricos pero más pegados a la legislación social, también nos hablan de este fenómeno: PEMÁN GAVÍN, J., «La acción social: una introducción general», en *Derecho público aragonés*, Zaragoza, 1990, p. 655-667; GARCÉS SANAGUSTÍN, A., *La acción social. Delimitación conceptual y régimen jurídico*, Zaragoza, D.G.A., 1988.

compatible con el propio interés del menor (3). Si esto no fuera posible, por perjudicar al menor, entonces jugarán las demás instituciones previstas que tienden siempre a reinsertar al menor en una familia válida, como puede ser la adoptiva. El juego de estos dos principios permite, en última instancia, la defensa del orden social establecido, en el sentido de evitar la asociabilidad juvenil en el marco de políticas de «prevención primaria» para las que la familia constituye el centro de gravedad alrededor del que gira todo el proceso de interiorización de las pautas sociales en los menores (4).

La intervención pública dirigida a la protección del menor se articula en torno a la estructura autonómica del Estado. La Constitución en su artículo 148.1.20 permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias en materia de asistencia social y la ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, antes mencionada, concede a cada Comunidad Autónoma la potestad de decidir qué administración va a ser la titular de las competencias en orden a la protección de menores (disposición adicional 1.^a). Por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Aragón, su Estatuto de Autonomía prevé la atribución de las competencias en materia social a la C. A. (art. 35). En esta línea la ley aragonesa de ordenación de la acción social, de marzo de 1987, ha procedido a estructurar las competencias de la C. A. en materia de acción social (5). En el preámbulo de esta ley se recoge, de nuevo, la exigencia de que una acción social pública requiere un auténtico sistema integrado de atenciones sociales, bajo responsabilidad pública. El articulado de esta ley ordena que el despliegue de la acción social se concrete en un servicio de acogida y atención primaria de menores, a nivel provincial, y en un servicio de adopción con carácter regional (arts. 13 y 14). Por último la ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores, establece una correlativa distribución de competencias entre las diversas entidades públicas de la Comunidad Autónoma (Título IV y disposición transitoria 1.^a).

(3) El art. 172.4 del Código civil, tras la reforma, dice claramente: «se procurará la reinserción del menor en su propia familia».

(4) MIRET MAGDALENA, E., «El niño antes que los padres», en *Aspectos jurídicos de la protección a la infancia*, Madrid, Consejo Superior de Protección de Menores, 1985, p.25: «(...) hay que buscar a estos problemas de inadaptación o marginación del menor una solución familiar, en el más amplio sentido de la palabra: una familia sustituta, un acogimiento familiar, un instrumento hogareño o una adopción (...)», el autor en el momento de estas afirmaciones era el presidente del Consejo Superior de Protección de Menores.

(5) Puede servir como introducción general al estudio de la nueva dinámica de la acción social: PEMÁN GAVÍN, J., «La acción social: una introducción general», *cit.*, 1990, p. 655-667; GARCÉS SANAGUSTÍN, A., *La acción social. Delimitación conceptual y régimen jurídico*, *cit.*, p. 187-207. Específicamente sobre la ley aragonesa de protección del menor, vid. EMBID IRUJO, A., «Protección de Menores», en *Derecho Público Aragonés*, Zaragoza, 1990, p. 669-684.

La acción social pública también va restringir el ámbito de actuación de las entidades privadas, y a aumentar su fiscalización y control. Estas deberán incluir, para su habilitación, unos estrictos fines de integración familiar en su configuración y en la estructura de sus estatutos. La Comunidad Autónoma ejercerá funciones de control y fiscalización sobre estas entidades colaboradoras. De hecho estos cambios provocaron que nada más entrar en vigor la ley estatal de reforma de la adopción, algunas de estas instituciones privadas dieron un tanto la espalda a la nueva normativa.

El nuevo derecho de adopción ha causado entre los especialistas de la materia gran asombro por el sistema de «desjudicialización» que establece en la protección de menores, otorgando amplios poderes a las entidades públicas en lo que a la protección del niño desamparado se refiere. En general, puede decirse que la nueva legislación está produciendo un auténtico proceso de «sociologización» en la aplicación del derecho de menores, con grandes repercusiones científicas y sociales. Porque la aplicación de la nueva legislación supone la necesidad incorporar trabajadores sociales, psicólogos, médicos, educadores especiales, etc. Estos profesionales deberán asumir funciones de una gran trascendencia social. Pero también habrán de asumir funciones que pueden considerarse «jurídicas», dado que intervendrán decisivamente en la aplicación de la nueva legislación. Desde el otro punto de vista, la «sociologización» del derecho, a su vez, implica la necesidad de que los propios juristas complementen su formación jurídica con el conocimiento de otras ciencias sociales.

Aunque también parece conveniente resaltar que, como se manifestó en uno de los grupos de discusión, por el momento el divorcio entre juristas y trabajadores sociales es evidente. En concreto, como se dijo, algunos de los juristas que se dedican a temas sociales se encuentran con que:

«La valoración de que son objeto es la de que estas cuestiones sociales y asistenciales no tienen relevancia jurídica (...), ni los juristas damos importancia a estos temas ni cuando acudimos los juristas a un sitio se nos recibe, en general, bien por el resto de profesionales sociales».

Así pues, hemos constatado cómo la asistencia del menor, en el Estado del bienestar, es una obligación jurídica exigible a los poderes públicos. En concreto, este nuevo derecho de menores que introduce la ley estatal 21/1987 de 11 de noviembre, incluye amplios poderes a las entidades públicas, con la consiguiente «desjudicialización». Por tanto, la aplicación del mismo ya no va a depender directamente de criterios estrictamente jurídico-formales sino que, por el contrario, va a requerir la presencia y colaboración de operadores sociales. El papel de jueces y fiscales va a pasar a ser de control. Es un cambio importante, por eso en el punto siguiente vamos a intentar ver cuáles son las causas del mismo.

1.2. «Administrativización» y «sociologización» de la aplicación de la ley

Tras la reforma, el derecho de protección de menores está siendo utilizado como instrumento para la realización de políticas promotoras de los valores e intereses sociales definidos por el sistema político (6). En concreto, tanto la legislación estatal de reforma de la adopción (ley 21/1987, de 11 de noviembre) como la ley aragonesa de protección de menores (ley 10/1989, de 14 de diciembre) se están empleando como medio para la materialización de valores e intereses sociales. Esto desemboca en una transposición de la lógica del sistema político al sistema jurídico (7).

Esta nueva concepción del derecho va a determinar que los órganos que tradicionalmente han absorbido, en esta materia de protección de menores, todo el peso de las decisiones jurídicas hayan sido objeto de un profundo trastocamiento en sus funciones. Así, jueces y fiscales, se han visto relegados a un mero papel de control y supervisión, *a posteriori*, de las actuaciones burocráticas como consecuencia de la «administrativización» de las competencias más relevantes que opera esta reforma. Así, por ejemplo, la declaración de desamparo y la consiguiente tutela administrativa son ahora competencias de la Comunidad Autónoma, de la Diputación General de Aragón, a diferencia de la regulación anterior en la que eran los Tribunales Tutelares de menores los que decidían en cada momento. Los organismos públicos con servicios de protección del menor, como la Diputación Provincial de Zaragoza, no hacían nada sin su autorización.

Esta modificación generó, entre los propios jueces y algunos dogmáticos, una auténtica perplejidad y rechazo. Pero, en estos momentos las cosas parecen estar cambiando. Entre los encuestados, desde la Directora General del Departamento de Bienestar Social y Trabajo hasta el profesor de derecho civil M.A. Pérez Álvarez han asumido los cambios y, sobre todo, la facultad extraordinaria que supone la tutela *ope legis* para la efectiva actuación administrativa en la protección del menor. Otros, sin embargo, como el director de una institución privada, siguen opinando que:

«antes era mejor, cuando intervenían los Tribunales Tutelares de meno-

(6) Con respecto a esta utilización del derecho en el Estado del bienestar, vid., CALVO GARCÍA, M., «Transformaciones del derecho civil», en el *Libro Homenaje al Profesor J.L. Laruz Berdejo*, en prensa, Zaragoza, Facultad de Derecho, p. 8-15; y ESTÉVEZ ARAUJO, J.A., «Estructura y límites del derecho como instrumento del Estado social», en *Problemas de legitimación en Estado social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 151-164.

(7) La transposición de la lógica del sistema político al sistema jurídico determina, entre otras cosas que «en el seno de una orientación teleológica material, la formulación de fines puede ser hecha objeto de variación en su generalidad y en su ambigüedad (...)», vid. LUHMANN, N., *Fin y racionalidad en los sistemas*, trad. J. Nicolás, Madrid, Ed. Nacional, 1983, p. 196.

res, porque (...) la responsabilidad de las actuaciones era más personal y estaba más localizada. Lo que no ocurre con la administración: ahí, ¿quién es el responsable?, ¿el director general?, ¿el jefe de servicios?. ¿A quién exigés la responsabilidad de las actuaciones? Son los jueces, es el juez, uno, único, una persona, el que tiene la autoridad legal para decidir, para actuar, el único».

Este fenómeno de la «administrativización» del derecho privado de menores comporta su burocratización, es decir, que la aplicación de este derecho ya no va a ser únicamente cuestión de los operadores jurídicos tradicionales, como jueces, fiscales y abogados, sino que va a necesitar de operadores sociales, con la consecuente «sociologización» de este derecho. En concreto, en las propias administraciones públicas se han creado equipos pluridisciplinarios en los que junto a juristas hay otros profesionales como trabajadores sociales, psicólogos, médicos, pedagogos, educadores especiales, etc. Operadores sociales que resultan imprescindibles dentro de la compleja burocracia política asistencial que ha generado este nuevo derecho.

Como se dijo en uno de los grupos de discusión, «un juez no está preparado en cuestiones que no sean las legales, él conoce únicamente la ley». No podemos olvidar esta conclusión tan evidente si queremos entender qué es lo que está pasando con la nueva legislación. Un juez es un técnico, un perito que sólo conoce el derecho. Con lo cual, ni desde el punto de vista técnico, ni desde el punto de vista político es una figura adecuada para aplicar un derecho que ejecuta «políticas» de protección del menor. Por esta razón, los jueces acaban siendo sustituidos por «técnicos sociales» al servicio de la administración, con un perfil profesional que asegura mayor capacidad y flexibilidad para la aplicación del nuevo derecho de protección del menor que, como se dijo, no hace sino desarrollar objetivos y fines de interés social definidos políticamente (8). El juez pasa a tener funciones de control y supervisión de la administración (9).

(8) La estructura político administrativa que conlleva el Estado del bienestar supone que: «(...) también se someten las premisas personales de la administración a criterios funcionales (...), lo mismo reza para las estructuras organizativas de la administración. Al fin y al cabo, (...), la administración está obligada a crear equipos de investigación y sistemas de información propios». Vid., OFFE, C., «Criterios de racionalidad y problemas del funcionamiento político-administrativo», en *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, trad. Gutiérrez, J., Madrid, Sistema, 1988, p. 13.

(9) Respecto de la intervención judicial en la esfera de la protección del menor tras la reforma, pueden consultarse, entre otros: AA.VV., *El nuevo régimen de familia IV. Acogimiento y Adopción*, cit., p. 79-97, 99-106; GIL MARTÍNEZ, A., *La reforma de la adopción. Ley 21/1987. Comentarios, formularios judiciales y administrativos*, cit., p. 12, 13, 43-47; LLEVARIA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, cit., p. 28, 29, 32-35, 81-90, 235, 255-259, 271-273, 301-302; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, cit., p. 54, 97, 134, 140, 141, 144-146, 158-205.

E incluso estas funciones, como se verá en el apartado siguiente van a empezar a ser matizadas. El papel que ejecutan los servicios sociales, al ser una intervención previa a la del órgano judicial provoca «cierto recelo» en el juez, como comentó un civilista que formó parte de uno de los grupos de discusión, siendo que es el cumplimiento de la ley el que exige esta lógica burocrático asistencial en el diagnóstico y prevención de la situación de desamparo. Parece ser que lo deseable para algunos de los participantes en el primer grupo de discusión sería, precisamente, que los servicios sociales asuman en toda su amplitud el protagonismo que les otorga la nueva regulación. En opinión de uno de ellos, un profesor de derecho administrativo especializado en temas de acción social, este proceso todavía no se ha consolidado:

«(...) tenemos una herencia del franquismo que consiste en que nos hemos agarrado al principio de legalidad con mucha fuerza. (...) este principio de legalidad es la clave de todo. (...), estamos ante un principio de legalidad decimonónico. La administración no puede hacer más de lo que le permite la ley o vinculación positiva a lo que dice la ley. Mientras que según los principios del derecho privado se puede hacer todo menos aquello que la ley prohíbe. (...), cualquier exceso de la administración en el sentido de saltarse la legalidad se considera un atropello (...). Si conseguimos una administración moderna capaz de decidir antes ella misma, capaz de que la ley le deje un ámbito de actuación, capaz de que las entidades sociales con prestigio participen y decidan con carácter técnico, creo que habremos dado un paso de gigante».

Esta reforma del derecho privado de familia también ha afectado directamente al Ministerio fiscal (10). En concreto, esta legislación configura al fiscal como el órgano de superior vigilancia en el campo de la tutela y el acogimiento familiar. Como consecuencia de la «administrativización», los fiscales deben tratar directamente con los órganos administrativos y no sólo con los judiciales. La función que tiene respecto de estos órganos de la Comunidad Autónoma es de control de sus actuaciones. Al igual que ocurría con el juez, tampoco el fiscal está llamado a ejecutar sus actuaciones con carácter previo.

En Aragón, en particular, la valoración que se hace de los fiscales es

(10) Respecto del papel a desempeñar por el fiscal en el ámbito de la nueva normativa de protección de menores puede consultarse, entre otros: AA. VV., *«El nuevo régimen de familia», IV Acogimiento y Adopción*, cit., p. 57; LLEVARIA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, cit., p. 290-298; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, cit., p. 115-119 y 134-139; ; También resulta sugerente analizar: *I Jornadas Fiscales. Servicios de Menores*, Madrid, Consejería de Bienestar Social, noviembre de 1989. Respecto a cómo ha tenido lugar el acoplamiento de esta institución a la mecánica práctica de la protección del menor puede consultarse: Memorias del Fiscal General del Estado, año 1988, p. 221-247; año 1989, p. 367-391; año 1990, p. 310-319; año 1991, p. 300-306.

la de que han resultado «una figura inútil» en la aplicación del derecho de menores. Desde el punto de vista cuantitativo, este operador jurídico ha intervenido en dos procedimientos judiciales, y en vía administrativa únicamente lo hace en el caso de guardas provisionales. Excepcionalmente ha presentado, en los tres últimos años, sólo una iniciativa de demanda de acogimiento de unas menores que estaban tuteladas por la D.G.A. Aunque, parece más pertinente abordar las causas de la inoperatividad del fiscal de menores cuando tratemos la cuestión de la «eficacia», baste ahora con apuntar la idea de que los fiscales carecen de una dotación de los medios imprescindibles para llevar a cabo un seguimiento de la actuación administrativa. De forma que, en palabras de la fiscal de menores de Zaragoza:

«este tema nos resulta a nosotros incontrolable. No tenemos medio alguno para encaminar una continuación de cada caso. La que realmente nos va a dar pie a actuar es la nueva ley orgánica reformadora de los juzgados de menores (ley 4/1992 de 5 de junio). Esta nos da apoyatura legal para intervenir, para conocer, para poder mandar a un menor de doce años a las instituciones de tutela».

En la misma línea en cuanto a inexistencia de medios para la realización de sus funciones se expresó el actual Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, que fuera fiscal de menores en el momento de producirse la reforma.

Pero quizá, entrando ya en las conclusiones, el problema de fondo no radica tanto en la falta de medios o en la preparación de jueces y fiscales como en su escasa idoneidad para la realización de los fines «políticos» del derecho del Estado del bienestar. La lógica burocrática del derecho administrativo, una vez revisada, parece la más adecuada para la realización de estos fines, quedando así reducida la labor de jueces y fiscales a la mera supervisión y control. De todas formas, como vamos a ver, la penetración de los fines políticos en el funcionamiento de la maquinaria procedimental de la administración no va a dejar de plantear problemas.

2. FACTORES POLÍTICOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DE MENORES EN LA C. A. DE ARAGÓN

2.1. Aplicación adaptativa

La lógica político-asistencial que tiene el derecho de protección de menores en el Estado del bienestar determina la inexistencia de un programa global decisorio, teniendo únicamente la acción concreta de los agentes un transfondo político-ideológico ambiguo que no tiene la concreción sufi-

ciente como para provocar actuaciones concretas (11). Dependiendo éstas últimas, muchas veces, de auténticos estados de emergencia social, además de estar sometidas a las variaciones constantes de los cargos políticos, que son también algunos de los móviles que determinan su puesta en funcionamiento.

Al ser utilizado el derecho como instrumento para llevar a cabo políticas de planificación social, la vaguedad con que se formulan los fines políticos entra en el mundo del derecho y determina que, ante la inexistencia de criterios globales de actuación, el sistema de protección social del menor, en primer lugar, se movilice como consecuencia de la incidencia de las situaciones de emergencia social (12) y, en segundo lugar, la vaguedad de los fines unida a los amplios poderes de la administración se traduce, en la práctica, en una relajada flexibilidad del procedimiento y en una discrecio-

(11) LUHMANN, N., *Fin y racionalidad en los sistemas*, cit., p. 202: «Allí donde el temple político no es suficiente para garantizar el necesario apoyo ambiental a unos fines específicos, definidos operacionalmente, (...) se ven precisados a pasar a formulaciones de fines más amplias, a fines bienestaristas, de índole más general que ya pueden ser desarrollados en detalle manteniendo un fluido contacto con el ambiente (...). De este modo, sin embargo, el sistema se libera a un tiempo de un gobierno racional y planeado y de un control de sus rendimientos. La función racionalizadora del fin cae sacrificada ante su función adaptativa».

(12) Este tema ya ha sido tomado en consideración desde un punto de vista general por Barcellos y Cantaro y lo explican de la siguiente manera: «(...) estamos, por tanto, frente a un sistema de protección social que no se pone en movimiento sobre la base de criterios generales y uniformes de individualización de una cierta necesidad a la que corresponden determinadas prestaciones públicas para toda la colectividad (derechos sociales de los ciudadanos), sino a un sistema que parece activarse en relación a la emergencia o alarmas sociales que pueden derivar de un necesidad no satisfecha», vid., BARCELLOS, P., y CÁNTARO, A., «El Estado social entre crisis y reestructuración», en *Derecho y Economía en el Estado social*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 64. En una perspectiva más amplia, estas situaciones de alarma social han provocado verdaderas tomas de conciencia y cambios importantes tanto en la práctica como en la legislación. Así, en Inglaterra, durante la década de los setenta se produjeron una serie de supuestos denominados «casos escándalo»; entre ellos, quizá el más destacado sea el de la niña María Colwell en 1973, al que siguió una investigación gubernamental y mucha publicidad negativa para los asistentes sociales. Como consecuencia de este escándalo «The Children Act» establece que «el bienestar del menor se convierte en la primera consideración en todas las decisiones sobre la adopción (...)». Además, la sección doce amplía los supuestos en los que no es necesario el consentimiento de los padres biológicos para la adopción, vid., FOX HARDING L., *Perspectives in Child Care Policy*, N.York, Longman House, 1991, p. 92-93 y 218 y ss. Mucho antes, en Francia, ya habían operado los estados de emergencia social como desencadenantes de cambios político-jurídicos de gran trascendencia en el ámbito que nos ocupa. Claro ejemplo es el referido por J. DONZELOT: «(...) La fecha de instauración de los tribunales tutelares de menores es 1912. En 1909 había estallado el escándalo de las cárceles de niños, cuyo punto de partida fue el suicidio de un muchacho detenido en la casa paterna de Métray (...). Los periódicos y los grupos políticos de izquierda lanzaron una campaña contra esas 'casas de relación' muy buenas para fabricar 'almas rebeldes' por las celdas, los maltratos y la explotación del trabajo de los menores (...), vid., DONZELOT, J., *La police des familles*, Paris, Les Editions de Minuit, 1977, p. 98.

nalidad de sus actos. Esta situación trae causa de la indeterminación con que la nueva normativa de protección de menores ha configurado el concepto, entre otros, de «desamparo». Realidad, esta última, que automáticamente legitima la intervención de la administración (13).

De entrada, la inexistencia de una programación política global se traduce en que cada vez que hay un cambio de titular en un cargo político, aunque sea del mismo partido político que el titular anterior, se establecen unos nuevos criterios de actuación y como consecuencia, el primer año del nuevo nombramiento técnicos y profesionales apenas sí pueden desarrollar su trabajo. Así pues, esta falta de planificación de la protección social de menores determina que la orientación de la actuación administrativa sufra un cambio reiterado a la par que se modifican los cargos de responsabilidad política en la estructura burocrática. Concretamente, como señaló una asistente social de menores de la D.P.Z en un grupo de discusión:

«Yo estoy en un organismo desde hace veinte años, y cada nuevo cambio, significa un año te lo pasas en blanco porque no se saca ni un asunto ni medio, porque en ese momento el problema fundamental de todos los políticos es: ¿cómo se sitúan los alcaldes? ¡De repente ya no hay ningún asunto que llevar! ... La política lo paraliza, lo cambia todo, desde los presupuestos».

Lo cierto, es que la incidencia de la política en la aplicación de este derecho fue asumido unánimemente por todos los participantes en los grupos de discusión y los entrevistados. Pero más importante, puede ser resaltar otros detalles que quedan más oscurecidos por la propia dinámica social y jurídica. En particular, el tema que anunciábamos de las alarmas sociales como factor a tener en cuenta en la voluntad política que orienta la aplicación del derecho de protección de menores.

Los propios operadores jurídicos y sociales son conscientes de la inexistencia de un programa político de actuación por parte de la administración, siendo muchas veces los titulares de prensa los desencadenantes de la acción administrativa. Dadas las condiciones de una sociedad sin criterios claros en el tema de protección de menores, lo cual la hace fácilmente manipulable, ciertas noticias pueden desencadenar estados de alarma social. Sea o no sea esto así, lo cierto es que las entidades públicas vienen siendo especialmente sensibles a este tipo de noticias y campañas. En este sentido, en uno de los grupos de discusión se dijo con rotundidad sobre un caso concreto:

(13) El artículo 172.1 del código civil tras la reforma de la ley 21/1987 de 11 de noviembre, reguladora de la adopción establece que «la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentran en situación de desamparo».

«... a mi la impresión que me da, lo digo tal como lo siento, que más que una gran política, más que unos programas sofisticados o simples, pero capaces de tener una orientación ideológica clara, lo que existe es una gran carga de demagogia; aparece en la prensa 'Mario, un niño abandonado'... Y al día siguiente, qué es lo que viene en la prensa: 'la Directora General de Bienestar Social da trabajo a la madre'. ¡Así, no se hace una política social! ¡Eso sí que es caridad a la vieja usanza!».

Y, en general:

«...hemos tenido, yo creo, la desgracia de que el día que tomaba posesión el nuevo Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo se moría un anciano en «Villa Luisa». Como consecuencia, el tema prioritario, durante mucho tiempo y al que se va a dedicar muchos fondos esta legislatura, va a ser el de la tercera edad. Si se hubiera muerto un menor en «El Buen Pastor» ...».

Esto que, a primera vista, presenta visos de normalidad en el ámbito de la política, en el sentido que cualquier sector público puede verse alterado en su actuar por los medios de comunicación de masas, reviste un grado mayor de complejidad cuando política y derecho se entrecruzan.

En Aragón, detrás de las situaciones de alarma social relacionadas con el tema de menores, por lo general, se encuentran algunas entidades privadas, que en otro tiempo desempeñaban importantes funciones en acogimientos y adopciones. Ante la pérdida de gran parte de sus ocupaciones y al considerar que las necesidades del colectivo de los menores en situación de riesgo no se satisfacen con la política administrativa, han asumido, según manifiesta el director de una de las instituciones privadas colaboradoras, la tarea de sensibilizar a los ciudadanos, provocando a través de los medios de comunicación el desencadenamiento de alarmas sociales. Es decir, consciente o inconscientemente, se asume la incidencia de la alarma social en la aplicación del derecho de protección de menores y ello hace que algunas entidades privadas, que no están de acuerdo con la política de menores que la D.G.A. está llevando a cabo, aprovechen las repercusiones de la prensa para obtener de la administración determinadas actuaciones.

En este sentido, puede destacarse que la administración ha configurado una práctica en la que las actuaciones más relevantes son los acogimientos preadoptivos y las adopciones, influida en alguna medida a la afirmación reiterada de la prensa de que el efecto de la nueva legislación había sido una paralización de las adopciones. La consecuencia de todo ello es que actualmente, los profesionales y técnicos echan a faltar una auténtica «protección de menores», término que es mucho más amplio y que comprende también la prevención, las guardas provisionales con acogedores, etc. Según coinciden una educadora de calle del Ayuntamiento de Zaragoza, un abogado especialista en tema de menores, una educadora de familia del servicio provincial de la D.G.A., una asistente social de una entidad colabora-

dora y otra asistente social de la D.P.Z., esta realidad se está descuidando al insistir la política asistencial de la administración en canalizar todos los problemas únicamente por la vía desamparo-acogimiento-adopción. Lo cual supuso que en 1991 un 50% de las denuncias quedasen sin salida.

El paso de una administración encorsetada en el principio de legalidad, caracterizada por una separación tajante entre política y acción administrativa, a un sistema político-burocrático, cuya eficacia ya no va a depender del seguimiento estricto de normas jurídicas sino de la capacidad de obtener resultados o de realizar funciones determina como se ha comentado más arriba, que los fines de la actuación administrativa sean formulados de manera más ambigua, de forma que permitan una adaptación de la administración al caso concreto (14). Esto significa, que el principio de legalidad queda a salvo con la formulación de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales en las normas jurídicas, que otorgan a la administración un amplio margen de discrecionalidad.

Por tanto, la relevancia creciente de la política administrativa en el Estado del bienestar está desplazando, en buena medida, a la configuración estrictamente jurídica de la administración, provocando una fuerte tensión entre las dos tendencias. Para franquear esta confrontación el Estado del bienestar ha procedido a trazar fines ambiguos de actuación que aseguren una aclimatación en función de las necesidades sociales variables. Esta vaguedad en la prescripción de los fines permite a la administración vastos márgenes de actuación, que cobran pleno significado ante la situación concreta, en la que se mueve en función de los recursos disponibles para la circunstancia dada.

La vaguedad del significado de los términos que aparecen en las normas jurídicas, como tabla de salvación del principio de legalidad, aumenta la discrecionalidad administrativa. No obstante, aunque la discrecionalidad no es equivalente a arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos; si conlleva casuismo e inseguridad.

En el ámbito de la discrecionalidad judicial (15), la jurisprudencia va a reducir, en alguna medida, este margen en la aplicación del derecho,

(14) En este sentido véase: OFFE, C., «Criterios de racionalidad y problemas de funcionamiento político-administrativo», en *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, cit., p. 8-24. También puede consultarse para este apartado: ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., «Estructura y límites del derecho como instrumento del Estado social», en *Problemas de legitimación del Estado social*, Valladolid, Trotta, 1991, p. 154.

(15) Respecto de la cuestión de la discrecionalidad judicial puede verse, entre otros: CALVO GARCÍA, M., «Los límites de la seguridad jurídica: principios jurídicos y certeza del derecho», en *Jornadas de estudio sobre el Título preliminar de la Constitución*, Madrid, 1988, p. 3153 ss.

creando líneas de interpretación y ponderación respecto de las cláusulas generales y de los conceptos jurídicos indeterminados, etc... Sin embargo, este esquema jurisprudencial va a ser seguido con mayor dificultad por la administración, que no puede perder de vista su función adaptativa y de cumplimiento de objetivos, lo que se traduce en que la administración demanda de forma creciente expertos y técnicos, lo que va en detrimento de los juristas. El parecer de algunos juristas con respecto a la aplicabilidad de criterios jurisprudenciales en el actuar administrativo no parece que sea predecible a la administración, donde no sólo aplican el derecho los juristas sino también los operadores sociales; los cuales no deciden según un prisma jurídico sino psico-social o sociológico. En concreto, un profesor de derecho civil que participó en el primer grupo de discusión era de la opinión de que la jurisprudencia resolvería la problemática que plantea el desamparo por su indeterminación legal:

«el problema del desamparo, yo creo que con el tiempo se va a resolver, (...) hay un obstáculo y es que no ha habido jurisprudencia (...), yo creo que el primer día que el T.S. o el T.C. resuelvan un caso de desamparo, vamos a saber de verdad qué es una situación de desamparo».

Como ya hemos venido anunciando, la ampliación de los márgenes de discrecionalidad en la actuación de los poderes públicos puede observarse en la conformación legal de la tutela automática administrativa, ya que ésta se va a desatar cuando se produzca en la práctica una situación de desamparo. En concreto, el artículo 172.1 del Código civil, al intentar precisar el concepto de «desamparo» se limita a decir lo siguiente: «se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos en las leyes para la salvaguarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». Con lo cual, ya no estamos tan sólo ante un concepto jurídico indeterminado, sino ante una definición entre economicista e ideológica («privados de la necesaria asistencia moral o material») de los motivos que van a poner en marcha los mecanismos de protección del menor que ostentan las entidades públicas. La administración en el momento de determinarlo como desencadenante de su intervención tendrá que proceder a «una tarea de ponderación, difícilmente conceptualizable y por fuerza casuística» (sentencia del T.C. 125/1984, de 20 de diciembre, Fundamento jurídico 1.º). La Directora General del Departamento de Bienestar Social y Trabajo de la D.G.A. se hace eco de esta realidad cuando dice que:

«(...) de la ley estatal, 21/1987 de 11 de noviembre, de reforma del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil diría que hay mucha indefinición, conceptos muy indefinidos como el de desamparo y otros (...), o conceptos jurídicos indeterminados, (...) hablaría de que todo está muy en el aire».

Por su parte, un profesor de derecho administrativo especializado en acción social indicó en el primer grupo de discusión como:

«(...) el problema era cuándo existe desamparo y se ha de aplicar la normativa de protección de menores y cuándo no existe desamparo aunque existe desarraigo convivencial para aplicar la normativa de prestaciones económicas (...): que las causas eran económicas simplemente, prestación a la familia; que detrás de eso había malos tratos, había violencia o cualquier otra causa similar, entonces desamparo (...). El criterio que ha aplicado la administración ha sido un criterio económico y yo no estoy de acuerdo con ello».

En la misma línea una asistente social de una entidad social colaboradora que participó también en el primer grupo de discusión añade que:

«(...) hemos hablado de que el tema de desamparo no está claro, no hay claridad para saber cuando un niño está o no está en desamparo. Así, yo presenté un caso que para mí si que era desamparo, un niño que no tenía cubiertas ni las necesidades físicas, ni las morales, ni las educativas, ni nada de nada (...); un caso que, en mi opinión, es de desamparo y que, sin embargo, la administración no valora como desamparo (...). Nunca sabes si el caso que presentas va a ser considerado, si va a ser tomado en serio, si se va o no se va archivar. Entonces, siempre te quedas con la duda».

El Estado del bienestar ha impulsado la transformación del derecho y, a la par, de la estructura administrativa, es decir, la estructura burocrático-legal se está viendo desplazada de forma creciente por una organización político-burocrática, cuyos fines y premisas de actuación aparecen diseñados vagamente para poder contestar los requerimientos del contexto social, sin tener que modificar sus esquemas.

Esta ambigüedad de la estructura político-burocrática en el trazado de sus fines provoca que, muchas veces, las actuaciones concretas de la administración se vean desencadenadas por situaciones de emergencia social, además de estar sometidas a las variaciones constantes de los cargos políticos.

Como sabemos, la repercusión del Estado social en el derecho se traduce en que, al ser utilizado éste último como instrumento para la realización de valores e intereses sociales, las normas jurídicas progresivamente se limitan a incluir con gran indeterminación los objetivos que la administración pública debe perseguir, concediéndole amplios márgenes de discrecionalidad en sus actuaciones. La *ratio* sigue siendo que el sistema político-administrativo pueda adaptarse a las variaciones ambientales sin tener que modificar continuamente sus estructuras.

Por otro lado, la prescripción incierta de los programas decisorios de la actuación administrativa va a provocar que, muchas veces, las decisiones

concretas estén influenciadas directamente por consideraciones políticas e incluso por las preferencias de la persona que decide.

2.2. *Incidencia de criterios e intereses políticos*

La puesta en marcha del nuevo derecho de protección de menores va a desembocar en un aumento importante de las normas que van a distribuir competencias y a concretar cuáles sean las condiciones de actuación de los poderes públicos. Incluso a los especialistas en derecho administrativo y legislación de acción social esta avalancha de leyes, procedimientos y cruce de competencias les suscita algo más que escepticismo:

«¿hay una mente racional que pueda entender que el Estado haga una ley, la Comunidad Autónoma haga otra ley, la Diputación Provincial gestione los servicios y los Ayuntamientos den becas de comedor y además, hagan programas? (...), además, cuando se dice 'démos protagonismo a los ayuntamientos, ¡jojo, no pensemos sólo en Zaragoza!, es que Aragón tiene ochocientos y pico municipios de los que sólo dos o tres pueden gestionar un sistema del Estado del bienestar».

Por otro lado, sin embargo, la utilización del derecho con fines de planificación política y social comporta una mayor relevancia de los criterios e intereses políticos e incluso de las conveniencias personales en la aplicación del derecho o toma de decisiones (16). Tanto la lógica del sistema político como los propios intereses del juego político se trasladan al ámbito del derecho. En el apartado anterior hemos hecho más hincapié en el primer aspecto, en este nos detendremos más en el segundo: la incidencia de criterios e intereses políticos en la aplicación de la ley de protección de menores en la Comunidad Autónoma de Aragón.

Un ejemplo concreto puede servir para valorar la incidencia de estos dos puntos en la aplicación del nuevo derecho de protección de menores. Nos referimos al «culebrón político» que ha supuesto en la Comunidad Autónoma de Aragón la creación de la infraestructura material para la aplicación de la ley de protección del menores. A la hora de crear la infraestructura asistencial necesaria para la puesta en funcionamiento del derecho de protección de menores han primado valoraciones políticas y conveniencias

(16) Siguiendo con LUHMANN, que es el autor al que se ha seguido para estructurar esta parte del trabajo, podríamos destacar que «en los programas teleológicos, (...), el fin mismo puede propiciar intereses especiales, pero la elección del medio está neutralizada por ese fin: esto es, no se encuentra predeterminada, de manera que aquí las decisiones concretas pueden venir coloreadas por consideraciones de tipo político o por las preferencias de la persona a quién corresponde la decisión», vid., LUHMANN, N., *Fin y racionalidad en los sistemas*, cit., p. 98.

personales, dejando atrás incluso el propio beneficio o interés del menor. Esto se observa con claridad, sobre todo, en el proceso de transferencias de las Diputaciones provinciales a la Diputación General de Aragón (D.G.A.) (17).

La ley aragonesa 4/1987 de 25 de marzo, de ordenación de la acción social, exigió la realización del traspaso de las competencias de las Diputaciones Provinciales a la D.G.A. en el plazo de doce meses (disposición adicional 1.^a), adelantándose incluso a la propia Ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, *de reforma de la adopción*, que lo hacía factible (disposición adicional 1.^a). Para entenderlo quizá sea importante destacar el hecho de que la Ley aragonesa de ordenación de la acción social tenía que haber entrado en vigor en 1986, posiblemente en junio; pero, como se expresó en una entrevista el ex-Consejero del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo, «fueron tales las protestas y miedos que suscitó que estuvo estancada más de seis meses porque la paralizaron posiblemente las Diputaciones Provinciales». Es decir, los problemas empezaron ya con el P.S.O.E. en la D.G.A. y en la D.P.Z. La llegada de otras opciones políticas a la D.G.A., aunque no hubiese cambios significativos en las responsabilidades políticas personales, sólo iba a acentuar políticamente las desavenencias. Las transferencias se fueron dilatando hasta tal punto que ante el notorio incumplimiento del traspaso de competencias la propia ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores reiteró, más de dos años después, la misma exigencia en su Título IV y en su disposición transitoria 1.^a, dando un nuevo plazo de doce meses (18).

Se regularon las comisiones mixtas de transferencias y sus normas de funcionamiento, se negoció y renegoció, alcanzándose acuerdos en Huesca y Teruel, pero la falta de entendimiento se ha prolongado hasta fechas recientes en Zaragoza. Este proceso de transferencias se consiguió con respecto a las Diputaciones Provinciales de Huesca y Teruel, habiéndose publicado en el B.O.C.A., con fecha de 31 de mayo de 1991, los decretos 93/1991, de 24 de abril, y 94/1991, de 30 de mayo, sobre transferencia de funciones y servicios en materia de asistencia, bienestar social y desarrollo

(17) Dejamos aparte el profundizar en los aspectos específicamente jurídicos del tema. Para quien tenga interés se recomienda la siguiente bibliografía que es la que aquí se ha tenido en cuenta: EMBID IRUJO, A., «Protección de Menores», cit., p. 669-684; FANLO LORAS, A., «La Administración Local», en *Derecho público aragonés*, Zaragoza, 1990, p. 277-322; MARTÍNEZ PALLARÉS, P.L., «La Administración Local en la Comunidad Autónoma de Aragón», en *La Comunidad Autónoma de Aragón, (Instituciones políticas y administrativas)*, Zaragoza, 1990, p. 288-290.

(18) La evolución del proceso de transferencias de las Diputaciones Provinciales Aragonesas a la D.G.A. en materia de protección de menores puede seguirse en los Informes Generales del Justicia de Aragón de los años 1989, 1990 y 1991.

comunitario. Un desenlace paralelo se ha echado en falta, todo este tiempo atrás, con respecto al posible entendimiento entre la D.G.A. y la D.P.Z. No obstante, parece estar próxima la consecución del esperado acuerdo, o al menos parece existir una mayor voluntad política entre las partes, en esta última legislatura. Con todo, el proceso y la solución a la que se ha llegado ha sido calificado por una de las partes como un auténtico conflicto de «compraventa».

Han sido necesarios cinco años para aclarar el problema de las transferencias y estar en situación de empezar a construir definitivamente la estructura asistencial necesaria para aplicar la nueva legislación de menores. Entre tanto, quienes han pagado las consecuencias, a pesar de los innegables esfuerzos realizados por las instituciones públicas competentes para que así no ocurriera, han sido los niños. Las discusiones políticas y las dificultades de procedimiento han ocultado los verdaderos intereses en juego. Ha faltado, quizá, asimilar la urgencia de las actuaciones a realizar, asumir, como se dijo reiteradamente en uno de los grupos de discusión, que «en la vida de un niño un día es una eternidad, un día es un año».

Las situaciones brevemente apuntadas han generado muchos problemas al quedar en manos de la D.G.A. únicamente los centros transferidos por el Estado (R.D. 1070/1984, de 8 de febrero). Este decreto lo que realmente está transfiriendo son centros de internamiento destinados más a reforma que a protección, los cuales además por sus elevadas dimensiones presentan una gran parte de su estructura deshabitada y resultan inadecuados para los niños más pequeños. Mientras los centros adecuados para los más pequeños se encontraban en manos de las Diputaciones Provinciales, las cuales, a su vez, se habían visto privadas de sus competencias.

Lo cierto es que la transferencia de medios materiales y personales de las Diputaciones Provinciales a la D.G.A. en materia de protección de menores tenía una gran importancia, dado que tradicionalmente habían sido las Diputaciones Provinciales las que, en el marco de *beneficiencia pública*, habían realizado las distintas actividades de protección de menores, y por ello tenían en su mano los medios personales y materiales necesarios para la realización de su entonces competencia. Esta es la razón que lleva a prever en la disposición transitoria 1.^a de la ley aragonesa de acción social, en 1987, la transferencia de los medios citados a la D.G.A. Sin embargo, tal proceso se vio paralizado, dando lugar a múltiples disfunciones en la práctica, como la duplicación de actuaciones entre la administración autonómica y la provincial, la falta de coordinación, la existencia de dilaciones innecesarias, etc...

Esta falta de entendimiento ha derivado también en unas fuertes presiones por parte de la D.G.A. a la D.P.Z., para que esta última transfiriese los medios, cuyas repercusiones sobre los niños han sido especialmente ne-

gativas. Entre otras, el no mandar a ningún menor a los centros detentados por la D.P.Z., revistiendo especial gravedad en el caso de «el jardín de infancia», centro de la D.P.Z. caracterizado por su modernidad y excelentes instalaciones para los niños más pequeños. Como consecuencia de ello, este último año el centro se encontraba vacío o con un niño y con todo el equipo, más de veinte profesionales, sin ocupación alguna. Los pocos niños que han vivido en «el jardín de infancia» durante estos últimos años han sido, como manifestó en la entrevista que se le realizó la letrada del Justicia de Aragón encargada del tema de menores, los «más caros del mundo».

Otra consecuencia importante de la falta de entendimiento, puesta de manifiesto en uno de los grupos de discusión, es que esto ha supuesto que la D.G.A. ha tenido que empezar a trabajar desde la más absoluta inexperiencia en materia de protección de menores al no poder contar con el equipo de profesionales de la D.P.Z., con más de veinte años de experiencia, teniendo que formar sus propios equipos. Por la misma razón se habría entrado en una dinámica de firma de convenios con instituciones privadas colaboradoras, en su mayoría de carácter religioso, que están detentando la guarda y custodia de menores en Aragón.

Por último, como han puesto de manifiesto varios de los entrevistados, representantes de entidades privadas, y también se dijo en los grupos de discusión, la falta de sincronía ha impedido una coordinación entre las administraciones implicadas en la aplicación de la legislación de protección de menores. Todo lo cual se ha visto, a su vez, exacerbado por la inexistencia, hasta la fecha, de una planificación o programación global en esta materia.

En la actualidad, tanto los entrevistados como los participantes en los grupos de discusión opinan mayoritariamente que las cosas parecen estar cambiando (19). Se ha creado un servicio de organización y planificación en la D.G.A. y desde esta instancia se están dando los primeros pasos para elaborar un *plan integral del menor*, que se propone abarcar todos los aspectos de protección y reforma de menores, entre otros, el sanitario, programas de educación, atención material, etc. En este plan se tiene previsto que participen todos los operadores e instituciones implicados en la aplicación del derecho aragonés de menores.

(19) Tanto los operadores jurídicos y sociales que han participado en los grupos de discusión como la mayoría de los entrevistados han coincidido al señalar que los malos entendimientos y problemas políticos y personales suscitados entre la D.G.A. y la D.P.Z. corresponden a una etapa concreta de la administración que ya habría terminado. Incluso, algunos de ellos han hecho hincapié en resaltar que más que tratarse de una cuestión política o ideológica ha sido un asunto de enemistad personal entre los responsables de la gestión de las respectivas administraciones en ese momento.

Aunque nos hayamos centrado en el tema de las transferencias y la creación de la infraestructura material de protección del menor, los criterios políticos también han afectado a otras prácticas de la Comunidad Autónoma aragonesa. Por ejemplo, el hecho de que todos los acogimientos que se están produciendo en la comunidad sean preadoptivos y no remunerados. Posibilidad, esta última prevista en la ley aragonesa de menores, de la misma manera que también prevé los acogimientos de mera guarda, no destinados a la adopción. Sin embargo, como manifiestan algunos entrevistados y los participantes en los grupos de discusión, por voluntad política estas previsiones no están siendo operativas. Parece ser que la inexistencia real de acogimientos no dirigidos a la adopción está impidiendo solucionar muchos casos de menores cuyos problemas no pueden resolverse por los cauces administrativos en funcionamiento. Así, por ejemplo, es el caso de los niños ya mayores a los que la sociedad no demanda en adopción y para los que tampoco hay pisos, ya que se cerraron los dependientes de las Diputaciones Provinciales, donde puedan vivir hasta su mayoría de edad, como los pisos de media-reforma existentes en otras comunidades.

El sistema de acogimientos orientados a la adopción no es el más adecuado para los niños mayores porque ni ellos mismos quieren ser adoptados, ya que tienen plenamente asumida su situación familiar, ni son demandados en adopción. Para estos menores resulta, pues, más interesante intentar, siempre que sea posible, la reinserción en su propia familia o, en su caso, que residan en pisos detentados por educadores familiares. Sin embargo, tal y como se avanzó más arriba, los pisos no funcionan en Aragón. Se cerraron los pisos dependientes de las Diputaciones Provinciales en el momento de la reforma; tampoco existen ya los pisos que dependían de las instituciones privadas, así, entre otros, los tres que Maci-Albaida detentaba antes, y que la propia entidad decidió cerrar en el mismo momento en que entró en vigor la ley estatal 21/1987 de 11 de noviembre de reforma de la adopción.

En definitiva, el Estado del bienestar requiere de un derecho que actúe como medio en la planificación de valores e intereses sociales. Al estructurarse el derecho de esta forma, no va a prescribir unas tareas concretas a los poderes públicos, sino que se va a mover dentro de una relajada flexibilidad a la hora de definir los fines y funciones. Por tanto, estamos ante un crecimiento imparable del tipo de normas que definen competencias y establecen condiciones generales de actuación a los poderes públicos, en detrimento de esas otras normas jurídicas que imponían tareas específicas.

La abstracción e indeterminación que el Estado social exige en la formulación de fines y de funciones del sistema político-burocrático, provoca que las decisiones concretas estén teñidas, muchas veces, por intereses políticos o incluso conveniencias personales.

Una manifestación de la incidencia de los intereses políticos sobre la aplicación del derecho de protección de menores ha sido el problema de las transferencias en la Comunidad Autónoma Aragonesa. Ante el imperativo legal de que se traspasen los medios personales y materiales de las Diputaciones Provinciales a la D.G.A., el efecto de la afectación política y de las conveniencias personales ha sido tal que ha provocado un notorio retraso en el cumplimiento de las normas jurídicas. Siendo especialmente grave el caso de Zaragoza, cuya falta de acuerdo ha llegado prácticamente hasta nuestros días, en los que se están ultimando algunos detalles del convenio. Las discusiones políticas y los enfrentamientos personales han ocultado los legítimos intereses en juego, quedando en una situación ostentosamente desventajosa los niños al ser necesario casi el transcurso de cinco años para poder contar con la imprescindible estructura asistencial que haga posible la aplicación de la nueva normativa de menores.

La administración al no actuar exclusivamente recostada en el principio de legalidad, dada la conformación del derecho en el Estado del bienestar, ha tenido que recurrir a otras formas que legitimaran sus actuaciones. No obstante, no serían plenamente trasladables los planteamientos teóricos que hablan de la búsqueda por parte de la administración del consenso de los otros grupos sociales implicados (20). Y no es predicable de forma absoluta a la problemática de la Comunidad Autónoma Aragonesa en el sentido de que si bien la D.G.A., entidad titular de la competencia asistencial de protección de menores, ha acudido a la negociación con muchas entidades privadas colaboradoras lo ha hecho movida fundamentalmente por el conflicto político con las Diputaciones Provinciales, y más en concreto con la D.P.Z. La existencia de este antagonismo le ha impedido disponer de la infraestructura asistencial necesaria para la aplicación de este derecho, y es precisamente este hecho lo que la ha conducido a firmar numerosos convenios con las asociaciones privadas. Además, no puede hablarse de que la D.G.A. haya delegado las facultades decisorias a estas entidades porque únicamente desempeñan funciones de guarda y custodia, siendo inoperativos el resto de los cometidos que prevé la ley para estas asociaciones. Sin embargo, parece que la D.G.A. cada vez es más consciente de que ella sola no puede hacer que la maquinaria asistencial funcione. De ahí que, en la elaboración del *plan integral del menor*, la D.G.A. está teniendo presente a todos los operadores jurídicos y sociales que desde las distintas instituciones estén involucrados en la mecánica de protección del menor. En la misma línea, se puede apuntar que esta concienciación de la D.G.A. la ha lle-

(20) Respecto del consenso político como uno de los elementos legitimantes del actuar administrativo véase: OFFE, C., «Criterios de racionalidad y problemas de funcionamiento político-administrativo», en *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, cit., p. 15-24.

vado a suavizar su posicionamiento frente a la D.P.Z. a la hora de negociar el acuerdo de las transferencias.

Como se ha observado, a lo largo de este trabajo, la estructura político-burocrática del Estado del bienestar requiere una configuración que permita incluir las variaciones ambientales del entorno socio-económico. Por tanto, la eficacia de este sistema no va a estar únicamente determinado por la obediencia a las leyes sino que, además, va a depender de hasta que punto los recursos disponibles se adecuan a las tareas concretas proyectadas.

2.3. Política y eficacia del derecho

Una vez concretadas las funciones y tareas que debe ejecutar la administración, ésta se encuentra con que no tiene la libertad necesaria como para desencadenar actuaciones concretas ya que depende, en último término de la disponibilidad de los recursos y de los medios. Lo cierto es que en los grupos de discusión se habló de la falta de cobertura administrativa que la normativa de protección de menores presenta en la práctica, bien sea por falta de medios o porque éstos están mal gestionados. Pero esto no sólo afecta a la administración, también otras instituciones competentes en la materia, como el Ministerio Fiscal, se ven influidos por la misma falta de recursos. Así, los fiscales de menores de Zaragoza carecen de la infraestructura necesaria para realizar el seguimiento de las actuaciones administrativas exigido por la ley.

Otra cuestión que incide directamente en la posible ineficacia de la normativa es consecuencia directa de la burocratización del trabajo social. Según un profesor de derecho administrativo que ha intervenido en la redacción de los decretos de acción social en Aragón, participante en uno de los grupos de discusión, «en la administración hay un problema real de patear la calle (...), el propio trabajador social prefiere estar en una mesa llevando expedientes (...)». No obstante, no puede dejarse a un lado el hecho que el derecho actual de menores exige, a su vez, a los operadores sociales cumplir una serie de trámites administrativos, lo que se traduce en que estos operadores tengan que transcurrir bastante tiempo en sus despachos, restando con ello un tiempo que necesitan para estar «en la calle», como expresaron varios de los participantes en los grupos de discusión. Esto es manifestación de la estructura burocrática y político asistencial que este derecho genera y que, a la larga, repercute en la propia eficacia del sistema.

Pero las dificultades para llegar más allá con la eficacia de la ley parecen ser más serias. Ya antes se apuntó que en la práctica también nos encontramos con que la fuerza y protagonismo que este sistema otorga a la

administración para intervenir en el derecho privado choca con la praxis administrativa consistente en seguir funcionando con técnicas tradicionales que, en definitiva, determinan, por un lado, una relación plana administración-administrado y, por otro, impide la participación activa de los técnicos de la administración y entidades sociales colaboradoras.

Una óptima aplicación de esta legislación, sin entrar ahora a discutir si eso sería bueno o no, requiere una administración moderna, capaz de tomar ella misma sus propias decisiones, asumiendo y ejecutando la facultad discrecional que las leyes le otorgan. O lo que es lo mismo, una administración que no se paralice o que no esté únicamente preocupada por lo que vayan a determinar los jueces respecto de las decisiones administrativas. Según un profesor de derecho civil, participante en uno de los grupos de discusión, la administración es demasiado remisa a la hora de apreciar situaciones de desamparo:

«La administración para evitar cualquier conflicto con el juez se vuelve atrás en las situaciones de apreciación de desamparo».

Pero los problemas no solo descansan en actitudes, sino que están relacionados con el procedimiento necesario para que la administración pueda actuar. El desenvolvimiento del interés del menor a través del instituto del desamparo exige una tal complejidad de trámites burocráticos que la administración, bien sea por falta de medios o de falta de coordinación de los existentes, no llega a la totalidad de los casos, permaneciendo, en ocasiones, una denuncia cinco meses sin ser intervenida. En este sentido se expresó una educadora de calle en uno de los grupos de discusión:

«(...) muchos casos que llegan a la D.G.A desde los servicios sociales, (...) chavales de doce y trece años (...), para esos chavales no hay ninguna solución, ¡ninguna!. Entonces, ¿qué pasa? Se les va dejando (...) el expediente se duerme en el limbo. Entre que pasa a la comisión de evaluación, que ahora lo devuelven (...) puede pasar un año y medio o dos años: ¡el chaval ya tiene más edad y ha empezado a delinquir! Con lo cual ya nos hemos lavado las manos: 'es de reforma'. Yo comprendo que faltan muchos medios y que hay que cumplir muchos papeles (...). Pero hasta que se cumplan los papeles, a ese niño le ha podido pasar de todo».

Algunos autores han hablado también de la «incapacidad de las instituciones para recomponer el vínculo social», es decir, la perspectiva burocrática con la que se resuelven los casos concretos por parte de la administración reduce drásticamente las vías de solución (21). Así, por ejemplo, la protección del menor se encauza por la vía del desamparo-acogimiento-

(21) Acerca de esta incapacidad administrativa puede consultarse: ESTÉVEZ ARAUJO, J.A., «Estructura y límites del derecho», en *Problemas de legitimación en el Estado social*, cit., p. 161 ss.

adopción, dejando fuera, en 1991, más de la mitad de los supuestos reales, por no ser reconducibles a uno de estos procedimientos. En el segundo grupo de discusión, una educadora de familia del servicio provincial de la D.G.A. señaló cómo:

«(...) realmente tendría que haber una infraestructura mucho más amplia para, por lo menos, tratar de resolver los problemas que se plantean pero, en estos momentos, ¿cuáles son los recursos de la administración?: uno, la tutela, se retira la tutela del niño y se le quita (...); dos, la guarda temporal, o sea, se le interna; tres, educación familiar. No hay más. ¿Todos los casos que se plantean caben aquí?, ¡ni muchísimo menos!».

Podría decirse, incluso, que todo lo que no es desamparo para la administración se resuelve dando ayudas económicas a la familia. En este sentido, en el primer grupo de discusión un administrativista que ha participado en la elaboración de gran parte de la normativa aragonesa de acción social indicó:

«(...) ha aprobado la D.G.A., en mayo del año pasado un decreto de prestaciones económicas y hay unas ayudas que ya estaban previstas en la ley de protección de menores, que son las llamadas 'ayudas a familias propias' (...). Entonces la cuestión era: si existe desamparo se aplica la normativa de protección de menores y si no hay desamparo pero hay desarraigo convivencial se aplica la normativa de prestaciones económicas (...), el tema era económico».

Así pues, la respuesta que da la administración a los problemas asistenciales se traduce, en muchos de los casos, en prestaciones económicas. Lo cual no parece muy a tono con un régimen asistencial solidario respecto de los problemas que plantean las necesidades sociales (22).

En relación con esto, muchos de los operadores jurídicos y sociales derivan la ineficacia en el cumplimiento de los fines de protección del menor de la inexistencia de una acción preventiva por parte de las instituciones. Al no intervenir en el momento adecuado, esto es, cuando la personalidad del niño está todavía sin formar, en el tiempo en que poner en marcha su infraestructura asistencial, en la mayor parte de los casos, ya es

(22) Una referencia minuciosa de esta cuestión es la comentada por J. HABERMAS: «(...) la tipificación del caso está recortada al talle del tratamiento burocrático, es decir, a la medida de la administración (...). Las burocracias encargadas de hacer las prestaciones han de proceder de forma fuertemente reductiva seleccionando sólo los casos de necesidad que puedan tratarse con los procedimientos legales propios de la dominación burocrática, es decir, asimilándolos a la ficción jurídica de los perjuicios a indemnizar (...). Para contrarrestar la inadecuación de las compensaciones conformes al sistema se han creado servicios sociales que prestan una ayuda terapéutica (...)», vid., HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa*, T. II, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987, p. 512-513.

demasiado tarde porque los problemas ya están cronificados. La misma educadora de familia del servicio provincial de la D.G.A. apunta:

«(...) hay que trabajar abajo, cuando empiezan a darse los problemas, cuando se detecta que un menor va a ser conflictivo (...). Nos podemos equivocar en un porcentaje (...) pero, se intuye claramente porque hay una serie de indicadores y de factores que se repiten y se repiten en las familias y en la escuela (...). Cuando coges a una familia que tiene carencias económicas, que es monoparental, que los padres tienen unas carencias educativas increíbles (...), sabes que ahí va a haber problemas y que si no los hay es porque el niño tiene todavía seis o siete años y aún no es capaz de manifestar todos esos problemas (...). Yo creo, que es mucho más fácil trabajar con el problema cuando empieza (...) pero, ¿qué ocurre?, pues, que te mandan a una familia que ya tiene todo cronificado y ahí ya no hay nada a hacer».

Algunos de los problemas comentados a lo largo del trabajo obstaculizan la eficacia de la nueva legislación protectora de menores. Así, el incumplimiento puntual de las transferencias, la falta de coordinación en las actuaciones entre las distintas administraciones, la inexistencia de un contacto institucionalizado entre los operadores sociales de la administración con los de las entidades sociales, la falta de confianza entre las distintas administraciones públicas. Esta desconfianza determina, por ejemplo, que la D.G.A. ponga entre paréntesis las actuaciones de las otras administraciones de forma que, por ejemplo, no asume las denuncias de desamparo de los técnicos del Ayuntamiento, mandando a un asistente social de la D.G.A. a comprobarlo, provocando entonces una duplicidad de actuaciones, como se puso de manifiesto en uno de los grupos de discusión por el jefe de sección de asistencia al menor de la D.G.A.

Por otro lado, el sistema político-burocrático del Estado del bienestar va a estar supeditado, como se ha comentado reiteradamente, a una función adaptativa con respecto al entorno económico-social, como legitimidad de sus actuaciones concretas, apartándose así en parte del principio de legalidad. Esto repercute negativamente en la eficacia del sistema, desde el momento que la administración se aclimata, en su actuar, al concepto patrimonialista que la sociedad tiene de la patria potestad. Ejemplo claro de esto lo constituye el hecho de que el artículo 170 del código civil que regula la privación de la patria potestad apenas si se ha aplicado por parte de los tribunales. La propia administración, imbuida por esta mentalidad, para evitar cualquier conflicto con el juez se echa atrás en las apreciaciones de desamparo. Además, el desamparo únicamente lo determina en supuestos realmente extremos o límites. Una manifestación de esto podría ser el hecho de que la administración no interviene en los casos de mendicidad infantil. Probablemente esta omisión administrativa es una derivación de la concepción social generalizada de que el hijo es propiedad del padre. El presidente de la Asociación de Cáritas de Zaragoza comentó como:

«también afecta el rechazo de la sociedad, sobre todo en el tema de los padres biológicos, que resultan intocables. Porque la institución de la patria potestad viene del derecho romano, es intocable todavía para la sociedad. Los vecinos piensan que el padre que maltrata a su hijo puede hacerlo precisamente porque es su hijo (...). La mayoría de los casos son supuestos límite y no se puede esperar a que ese niño se haga mayor porque a los seis o siete años la personalidad de un niño ya está formada».

Si bien es cierto que el actual procedimiento burocrático es beneficioso para los derechos de los padres biológicos, que ven ahora garantizados sus derechos; sin embargo, resulta perjudicial para los menores en cuanto que está impidiendo a la administración ejecutar el contenido de la «protección» en muchísimos casos. Pero es que, además, el procedimiento burocrático se ha complicado no sólo por estar el derecho cumpliendo objetivos de planificación política y social, sino también porque los propios órganos judiciales llevan las garantías de los padres hasta el último extremo, «ante el miedo que tienen de que se les interponga recursos de amparo», según adujo la letrada de asistencia jurídica de menores de la D.G.A. Esto resta agilidad y flexibilidad al proceso y determina que, a la larga, la normativa resulte ineficaz, al ser una normativa concebida específicamente para acelerar el iter burocrático de la protección de todo orden a los menores desamparados. La relevancia de la cuestión la apuntó una asistente social de la D.P.Z. en uno de los grupos de discusión:

«yo comprendo que hay una tradición muy fuerte como para no dejar a un lado el respeto a los padres, que es importantísimo (...). No se pueden atropellar derechos, pero: ¿hasta cuando tienes que intentar que esos padres estén en condiciones de poder asumir a ese niño?, ¿toda la vida del niño, que es cortísima? Porque entre tanto, estás destrozando al crío (...)».

Por tanto, una de las posibles causas de la ineficacia del sistema político-burocrático en materia de protección de menores viene dada por la falta de cobertura administrativa que presenta esta normativa. No obstante, el enfoque burocrático con que se afrontan los problemas reduce las vías de solución de forma que puede hablarse de una falta de orientación hacia las *necesidades*. Esta perspectiva burocrática también incide sobre los operadores sociales y técnicos a los que exige el cumplimiento de procedimientos complejos y farragosos.

En la misma línea, se ha apuntado como la actitud de la propia administración no contribuye a un desenvolvimiento eficaz de sus funciones. Y esto es así, porque precisamente la *ratio* de la reforma es la de instituir un procedimiento ágil y operativo a la hora de afrontar la problemática del desamparo del menor. Sin embargo, muchas veces, la administración no asume la discrecionalidad y el casuismo necesario para el funcionamiento de la mecánica de menores. Todo ello, incide en que muchos casos se queden sin intervenir.

Por último, muchos de los problemas de la administración pueden estar relacionados con la actitud de la sociedad que considera que los niños son casi como patrimonio de los padres, al incidir directamente en la eficacia del sistema. Esto es así, porque sólo en situaciones muy extremas la administración declara el desamparo, dejando sin viabilidad otros supuestos que requieren algún tipo de intervención.

3. CONCLUSIONES

La Constitución española de 1978 ha reconocido el principio de protección integral del menor como uno de los principios rectores de la política social de los poderes públicos (art. 39). La aplicación de este principio ha puesto en marcha una serie de reformas legislativas e institucionales encaminadas a la protección del menor. La ley estatal 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 y acogimiento familiar, ha sido una de las de mayor trascendencia social y jurídica al respecto. En la Comunidad Autónoma aragonesa, esta ley ha tenido reflejo en la ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores, que introduce cambios importantes en cuanto a los principios de actuación encaminados a la protección del menor desamparado.

La protección del menor desamparado no era, hasta ahora, una obligación de las instituciones públicas. Por el contrario, la asistencia social dependía de Juntas de caridad y eclesiásticas. Frente a esta concepción, la asistencia del menor se configura, en el Estado del bienestar, como una obligación jurídica, que dentro del marco de acción social, deben asumir los poderes públicos y supervisar el ministerio fiscal y los jueces.

Así pues, la función protectora y promocional que deben cumplir los poderes públicos, y que se encomienda principalmente a la estructura autonómica del Estado, va a ser, a partir de esta nueva configuración normativa, la de proteger a los menores.

Este nuevo derecho ha causado entre los especialistas de la materia gran asombro por el sistema de «desjudicialización» que establece en la protección de menores, otorgando amplios poderes a las entidades públicas en lo que a la protección del niño desamparado se refiere. En general, puede decirse que la nueva legislación está produciendo un auténtico proceso de «sociologización» en la aplicación del derecho de menores, con grandes repercusiones científicas y sociales. Porque la aplicación de la nueva legislación supone la necesidad de incorporar trabajadores sociales, psicólogos, médicos, educadores, etc. Estos profesionales deberán asumir funciones de una gran trascendencia social. Pero también habrán de asumir funciones

que pueden considerarse «jurídicas», dado que intervendrán decisivamente en la aplicación de la nueva legislación. Desde otro punto de vista, la «sociologización» del derecho, a su vez, implica la necesidad de que los propios juristas complementen su formación jurídica con el conocimiento de otras ciencias sociales.

El principio constitucional de protección integral del menor, como principio rector de la política social de los poderes públicos (art. 39 CE.), ha determinado una serie de reformas legislativas e institucionales, antes mencionadas, con el fin de articular las prácticas sociales de atención al menor con carencias familiares que rompen con viejos moldes sobre el papel del derecho. El derecho de protección de menores es el instrumento que permite la materialización de los valores e intereses sociales definidos políticamente. Esto supone una ruptura importante tanto desde el punto de vista del contenido «material» del derecho como desde el punto de vista de su aplicación.

Este último punto de vista trae consigo, en primer lugar, la falta de idoneidad de los operadores jurídicos tradicionales en la aplicación de este derecho. Lo cierto es que, tal y como se ha configurado el sistema de protección del menor, parece que ni desde el punto de vista técnico, ni desde el punto de vista político el juez no es una figura adecuada para aplicar un derecho que ejecuta políticas de protección al menor. Esta es la razón por la que los jueces acaban siendo sustituidos por técnicos sociales al servicio de la administración con un perfil profesional que asegura mayor capacidad y flexibilidad en la aplicación del nuevo derecho de protección del menor, que no hace sino desarrollar objetivos y fines de interés social definidos políticamente. Quedando con ello, jueces y fiscales, en el plano secundario de control, a posteriori; operándose de esta forma una «administrativización» del derecho privado de menores, siendo los servicios sociales de la administración los que van a ser los protagonistas en la aplicación de este derecho. Por tanto, la ejecución de este derecho va a depender, en última instancia, de la creación de la adecuada estructura burocrático-asistencial.

La relevancia creciente de la política administrativa en el Estado del bienestar está potenciando que los fines de la actuación de los poderes públicos sean trazados de forma que admitan una adaptación a las variantes ambientales del entorno socio-económico sin tener que modificar sus estructuras. Esto deriva en que, al no presentar el Estado del bienestar una planificación global como colofón al actuar administrativo, éste va a moverse en el plano de la indecisión y de la variabilidad personal y política. Por otra parte, al ser utilizado el derecho como instrumento para llevar a cabo políticas de planificación social, la vaguedad con que se formulan los fines políticos entra en el mundo del derecho y determina que, ante la inexistencia de criterios globales de actuación, el sistema de protección del

menor, se active, en primer lugar, como consecuencia de las situaciones de emergencia social. Y en segundo lugar, la ambigüedad de los fines unida a los amplios poderes de la administración se traduce, en la práctica, en una relajada flexibilidad de procedimiento y en una discrecionalidad de sus actos.

Además, el paso de una administración recostada exclusivamente en el principio de legalidad a un sistema político-burocrático cuya eficacia ya no va a depender del seguimiento estricto de las reglas jurídicas sino de la capacidad de obtener resultados o de realizar los fines proyectados provoca una tensión entre estas dos tendencias, ya que la segunda no ha desplazado completamente a la primera. La superación de esta confrontación será a través del establecimiento, por parte de las normas jurídicas, de amplios márgenes de discrecionalidad a la administración, recurriendo para ello a la formulación de conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales, etc... Esta situación explica la indeterminación con que la nueva normativa de protección de menores ha configurado el concepto, entre otros, de *desamparo* (art. 172.1 del código civil, tras la reforma de la ley 21/1987 de 11 de noviembre: «se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos en las leyes para la salvaguarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.»). Este margen de discrecionalidad no es equivalente a una actuación arbitraria de la administración. Simplemente posibilita que la administración en el momento de determinar al desamparo, como desencadenante de su intervención, tendrá que proceder a «una tarea de ponderación, difícilmente conceptualizable y por fuerza casuística» (sentencia del T.C. 125/1984, de 20 de diciembre, fundamento jurídico primero). Si este problema, en el ámbito judicial se solventa en parte con los criterios jurisprudenciales y los político-constitucionales; en la esfera administrativa no parece que pueda ser plenamente aplicable esta solución, dado que las decisiones concretas las toman no sólo operadores jurídicos sino también sociales; estos últimos se mueven normalmente en una esfera más psico-social o sociológica que jurídica.

Por otro lado, la disposición de programas decisivos inciertos por parte de la administración va a provocar que sus decisiones concretas estén influenciadas directamente por consideraciones políticas e incluso por preferencias de la persona que decide. La lógica del sistema político así como los propios intereses en juego se trasladan, como se ha visto antes, al ámbito del derecho, lo cual determina la incidencia de criterios e intereses políticos en la aplicación de este derecho. Concretamente en Aragón este peso de los intereses y convenciones políticas y personales tiene varias manifestaciones. Así, por ejemplo, la creación de la infraestructura burocrático-asistencial que permita la aplicación de este derecho se ha visto truncada por inte-

reses políticos y enemistades personales en la Comunidad Autónoma Aragonesa, en el campo específico de las transferencias de competencias que las Diputaciones Provinciales tenían que realizar a la D.G.A., por imperativo legal de la ley aragonesa de ordenación de la acción social, ley 4/1987 de 25 de marzo, y de la propia ley estatal 21/1987 de 11 de noviembre de reforma de la adopción. Las transferencias se fueron dilatando hasta tal punto que ante el notorio incumplimiento de las mismas, la propia ley aragonesa 10/1989 de 14 de diciembre, de protección de menores, más de dos años después, se hace eco del mandato en su disposición transitoria 1.^a.

Se han necesitado casi cinco años para resolver el proceso de transferencias y poder disponer de una estructura burocrático-asistencial adecuada para ejecutar la nueva legislación de menores. Siendo las víctimas de esta falta de entendimiento personal y político los propios menores, cuyos intereses se ha visto relegados en numerosas ocasiones. Es decir, las discusiones políticas y las dificultades de procedimiento han ocultado los verdaderos intereses en juego. Ha faltado quizá, asumir la urgencia de las actuaciones a realizar porque, en definitiva, «en la vida de un niño un día es una eternidad, un día es un año».

La influencia de los elementos políticos ha determinado la inexistencia en Aragón de acogimientos no orientados a la adopción, es decir, de mera guarda con carácter transitorio. Y también, la no ejecución de acogimientos remunerados. Ambos supuestos se encuentran previstos legalmente pero, por voluntad política estas previsiones legislativas no han sido operativas. El problema surge cuando constatamos que este sistema de acogimiento preadoptivo no es válido en todos los casos, así, por ejemplo, supone una limitación para aquellos niños mayores que ni quieren ser adoptados ni tampoco son demandados en adopción. Para estos menores resulta más interesante intentar, siempre que sea posible, la reinserción en su propia familia o, en su caso, la residencia en pisos detentados por educadores familiares. Sin embargo, los pisos no funcionan en Aragón. Se cerraron los pisos dependientes de las Diputaciones Provinciales en el momento de la reforma; tampoco existen ya los pisos que dependían de las instituciones privadas, así, entre otros, los tres que Maci-Albaida detentaba antes, y que la propia entidad decidió cerrar en el mismo momento en que entró en vigor la ley estatal 21/1987 de 11 de noviembre de reforma de la adopción.

Como se ha expuesto reiteradamente a lo largo de este trabajo, la estructura político-burocrática del Estado del bienestar requiere una conformación que le facilite la aclimatación a las modificaciones sociales. Por tanto, la eficacia va a depender de hasta que punto los recursos disponibles se adecuan a las tareas concretas proyectadas. Y es aquí, donde puede hablarse de la falta de cobertura administrativa de esta normativa de protección de menores, por falta de recursos o porque están mal gestionados, que

repercute negativamente sobre la eficacia de la acción administrativa. En otras palabras, se observa cómo la administración, una vez concretadas las tareas a cumplir, se encuentra con que no tiene la libertad necesaria para desencadenar estas acciones porque, tal y como se ha dicho, depende directamente de la disponibilidad de recursos y de medios.

El enfoque burocrático con que la administración dilucida los problemas tampoco potencia la eficacia de su praxis. Así, por ejemplo, el aumento de trámites administrativos que deben cumplimentar los operadores sociales. Por otro lado, esta orientación burocrática reduce, muchas veces, las vías de solución hasta el punto de que puede hablarse de «una incapacidad de las instituciones para recomponer el vínculo social». Manifestación de esto lo constituye el que la protección del menor se esté encauzando estrictamente por la vía del desamparo-acogimiento-adopción, quedando más de la mitad de los casos sin intervención en 1991. Pero, es que la administración sólo declara el desamparo en los supuestos límites, es decir, que aquellos supuestos que no alcanzan esta categorización se solventan a través de las ayudas económicas familiares. Lo cual no parece estar muy a tono con un régimen asistencial solidario con respecto de las «necesidades sociales».

Como transfondo y explicación de este tipo de práctica administrativa, posiblemente esté la función adaptativa que todo sistema jurídico-político lleva a cabo en un Estado como el nuestro. En otras palabras, la administración en su actuación, está influida por la concepción social arraigada de la intangibilidad de la patria potestad. Ello conduce a la administración a declarar el desamparo sólo ante supuestos muy extremos, dejando sin intervención, a veces, los casos de simple mendicidad infantil. Por tanto, muchos casos de la omisión administrativa son derivación, probablemente, de la concepción social generalizada de que el hijo es propiedad del padre. Omisión que impide el despliegue del contenido de la «protección» de los menores. Y, por último, estos planteamientos al restar agilidad y flexibilidad al proceso inciden negativamente en la eficacia del sistema, por haber sido conformada esta normativa específicamente para acelerar el iter burocrático de la protección de todo orden a los menores desamparados.