

LOS MALOS TRATOS A LA INFANCIA EN LA LEGISLACIÓN

**Por Tomás Merín Cañada
Licenciado en Derecho
Diplomado en Derecho del Menor
Director de la Fundación Aldaba**

Madrid, 30 de junio de 2002

INDICE

1. POLÍTICA SOCIAL DEL MENOR

1.1. La infancia

1.2. La acción protectora

1.2.1. Las Instituciones

1.2.2. El Sistema

1.3. La protección social se generaliza

1.3.1. Bienestar-Justicia

1.4. La naturaleza de la intervención

2. EL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA

2.1. Antecedentes

2.2. Fundamentación legal del Sistema

2.2.1. La Constitución

2.2.2. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre

2.2.3. La Convención de Derecho del niño

2.2.4. Legislación Autonómica

2.2.5. La Ley Orgánica 1/1.996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor

3 EL MALTRATO EN LA LEGISLACIÓN

3.1. La protección penal

3.2. La protección civil

4. CONDUCTAS PARA EL BUEN TRATO

BIBLIOGRAFÍA

1. POLÍTICA SOCIAL DEL MENOR.

1.1. La infancia

Es sobradamente conocido que la infancia no ha tenido apenas historia, porque no ha tenido reconocimiento como grupo social hasta fechas muy recientes. De tal modo es esto así, que ya en 1979 escribía el Dr. Bosch Marín "el niño acaba de nacer" como comentario a una frase de Laín Entralgo, que él mismo recogía, del siguiente tenor literal, "Sólo bien entrado el siglo XX ha ganado plena madurez la consideración científica del niño". Más recientemente el Catedrático de Psicología evolutiva Dr. J. Linaza nos dice " están aún cercanos los días en que se concebía al niño como a un adulto en miniatura y en los que se le negaba esa diferencia cualitativa respecto al modo de actuar y pensar del adulto".

El concepto moderno de familia comienza a constituirse, según señala el sociólogo francés Philippe Meyer, siguiendo a P. Ariés, de la mano de la ordenación del espacio urbano por los iluminados del siglo XVII y ello abrió la posibilidad a la aparición del concepto de infancia como categoría sociológica, cuya construcción se acentuó con la aparición y extensión de la escuela pública y el reconocimiento de un período, en el inicio de la vida de las personas, especialmente dedicado al aprendizaje y la instrucción.

En esa misma línea el profesor norteamericano J. Garbarino considera la infancia como un invento de las sociedades industrializadas, una especie de escudo protector que libera a los niños de las exigencias que la sociedad tiene respecto de los adultos.

Ese proceso de desarrollo conceptual de la infancia, provocó al mismo tiempo la aparición, no de una, sino de dos infancias, o mejor de dos clase de niños.

Por un lado la infancia, que perdido el carácter comunal de las formas de vida propias del antiguo régimen, inicia el camino de la privacidad familiar dentro de un esquema de normalización de determinadas pautas de comportamiento social. Dentro de éstas los campos esenciales de la socialización, o del aprendizaje de la convivencia en sociedad, van a ser la familia y la escuela. La primera, con el carácter fundamental de relaciones privadas y bajo el principio de la autoridad paterna como base indiscutible, y la segunda como espacio público de relación.

El segundo grupo de niños es la infancia de la pobreza, los niños y niñas nacidos de los grupos de población de menor capacidad económica, que se ven en la mayor parte de ocasiones explotados mediante agotadores trabajos en industrias y minas, de la mano de la primera revolución industrial, y en otras ocasiones, abandonados por su familia por no tener capacidad para darles alimento y ofrecerle una vida con dignidad.

Ambas situaciones propician un deseo de abandono de la realidad que les empuja hacia formas de vida marginales, que fácilmente provocan su absorción por ocupaciones como la prostitución o la delincuencia, dependiendo de que sean mujeres u hombres respectivamente.

Frente a esa doble situación de marginación, se crea una cierta conciencia social, en las clases medias, favorecida por la fuerte influencia social de la religión, que comienza a expresarse a inicios del siglo XIX y que va a propiciar la aparición de los modernos Sistemas de Protección de Menores.

Sistemas que nacidos de una motivación pietista y misericordiosa, confunden, en el tratamiento ofrecido a los menores beneficiarios de su actividad, situaciones de alteración de las normas de convivencia con otras de desamparo afectivo y material o incluso maltrato en el seno de la propia familia, provocando situaciones de una tremenda injusticia.

Son numerosos los autores que, desde distintos puntos de vista y posiciones científicas diversas, han formulado críticas contra ese Sistema de doble entrada (reforma-protección) pero con un solo efecto real sobre la población (marginación).

Platt, de Leo, González Zorrilla, Gimenez Salinas, Movilla, Calvo Cabello, junto a otros muchos han lanzado duras y atinadas críticas contra lo que tal Sistema representaba. "El efecto conseguido no ha sido una mayor tutela de los derechos de esos menores marginados, sino una tasa más alta de internados en Instituciones, de encarcelados y de criminalización de los menores pertenecientes al subproletariado y bajo proletariado." "La caridad se convertía así en mecanismo difuso de control social de los pobres y de los alienados". "No cabe la menor duda de que el movimiento de salvación del niño tuvo poco de liberal y mucho de conservador y regresivo".

Alejándonos de las consideraciones más referidas a situaciones jurídico-penales y centrándonos en el ámbito estrictamente protector, se trata todavía de una fase en la que el padre sigue siendo "propietario del hijo" como lo avala su posibilidad de ejercer el derecho de corrección e incluso solicitar el concurso de la Autoridad, para imponer su criterio frente a la voluntad contraria o rebelde del hijo; solo le condicionaban dos limitaciones, la vida del hijo, contra la que no podía atentar, y su propia pobreza, lo que justificaba la intervención "protectora" del Estado.

1.2 La acción protectora

La naturaleza de la acción protectora del menor tiene su origen en criterios de piedad que se expresan y operan en términos benéficos y de puro asistencialismo, ajenos a cualquier idea de rehabilitación o a cualquier medida de prevención.

El concepto de protección de la infancia ha sufrido importantes modificaciones a lo largo de la historia de conformidad con la evolución de las propias sociedades. Desde los conceptos puramente caritativos de la Edad Media hasta las ideas "redentoristas" de los "Salvadores del niño" de Norteamérica o el carácter reivindicativo y clasista de la lucha contra el trabajo infantil desarrollada por sindicatos y asociaciones obreras, hasta el componente pietista de algunos "reformadores sociales" de finales del siglo pasado y principios del presente.

La propia evolución del concepto de protección de la infancia y con él, de su finalidad, hizo generar la idea que en cada momento histórico se ha tenido de los servicios a ofrecer a la población infantil que debía ser protegida. De manera esquemática podemos sintetizar esa evolución en dos grandes etapas o modos de expresión de la acción protectora:

1.2.1 Las Instituciones

Los antecedentes históricos imponían las instituciones como respuesta idónea para la retirada de la vía pública de cuantos menores resultaran exponentes de las contradicciones sociales a través de sus formas de vida marginales independientemente de las causas que las originaran.

La tradición aportaba Casas de Beneficencia, Casas de Misericordia, Patronatos y otras muestras semejantes de la acción benéfica, que son recuperadas o simplemente continúan siendo utilizadas como base de nuevas experiencias "integrales", que con el paso del tiempo y el perfeccionamiento de su carácter autárquico, darían paso a lo que se bautizó como "institución total", en la que el menor encuentra todas "sus necesidades" satisfechas, por lo que sus salidas de la Institución son escasas.

El mantenimiento en ese ambiente institucional se prolonga indefinidamente y los procesos de internamiento se mantienen prácticamente hasta la edad de incorporación al trabajo, cuando no hasta la mayoría de edad, o al menos hasta la incorporación al servicio militar.

La respuesta social así ofrecida cumple una doble función, se facilita la asistencia más esencial a quienes no están siendo adecuadamente atendidos por sus propios familiares por una parte, pero por otra se elimina de la convivencia social la imagen del niño-niña pobre, marginado, conflictivo, etc.

La atención en estas macroinstituciones venía avalada por la perspectiva de proteger a los menores de las situaciones "irregulares" en que pudieran encontrarse, entendiendo por tales todas aquellas que no respondieran a las conductas normalizadas. De esa manera eran igualmente internados, por tiempo indefinido, para su protección, huérfanos, vagos, delincuentes, explotados, maleantes, fugados del hogar familiar, abandonados, mendigos, rebeldes, maltratados, etc.

El síndrome, posteriormente denominado "hospitalismo", los estados abandonónicos, que producían traumáticos procesos de introversión, incomunicación, graves dificultades de aprendizaje, inmadurez emocional, etc. estaban a la orden del día.

La institución crea sus propios mecanismos de defensa y reproducción, generando unas formas de vida plenamente acomodadas al mantenimiento del modelo. Las resistencias a cualquier modalidad de cambio nacían de los intereses más

elementales de quienes veían satisfecha, a través de la acción institucional su medio de vida, su vocación, su seguridad, o la propia acción apostólica a que dedicaba su vida.

1.2.2.El Sistema

Paulatinamente, se produce, un paso importante desde la idea de Institución como única alternativa, a la de Sistema, entendiéndolo éste como un conjunto de recursos racionalmente organizados y capacitados para ofrecer diferentes respuestas a las situaciones diversas con las que haya que operar.

El carácter evolutivo del proceso hace que en muchos momentos coexistan ambos modos en un mismo entorno comunitario, e incluso el personalismo y el fomento de una cierta acción carismática no es ajena a la acción de un importante número de entidades privadas, aún en nuestros días.

La evolución en las formas de comprensión y expresión de la protección a la infancia, no son ajenas tampoco al papel que en cada momento histórico, juegan los niños y niñas en relación al propio Sistema. La intencionalidad de los operadores determina en gran medida la metodología, y claro está la eficacia, del Sistema, y coloca al menor en situación de objeto de protección o de sujeto de la protección.

El papel del menor dentro del sistema queda íntimamente relacionado con el reconocimiento de sus derechos. Conforme éste es más claro y amplio, el papel protagonista del menor se vivifica, asumiendo la función de sujeto de la protección siendo el objeto los derechos que se le reconocen.

Estas fórmulas de protección, que encierran unas, ocultas pero reales, formas de control social, se muestran en su expresión pública como un conjunto de acciones protectoras de los menores desvalidos.

Se trata de una situación ciertamente perversa, a los menores, en tanto que incapaces se les debe dar una "especial" protección, que deben ejercer los padres o tutores. Por esa condición de protegidos se les excluye de la posibilidad de ostentar derechos reconocidos al conjunto de la ciudadanía, (con ciertas restricciones en función del sexo) desde la Revolución Francesa, los derechos humanos.

En la medida en que los menores desvalidos no pueden recibir dicha "protección" de sus padres, el Estado se la ofrece, si bien la práctica la convierte en una modalidad de control social, que los aparta de las formas de atención socialmente normalizadas, cuyo resultado más evidente es el etiquetamiento y la marginación social.

Los cambios habidos en la percepción del papel social de la infancia, la incorporación de nuevas disciplinas y nuevos profesionales al mundo de la protección infantil, las nuevas posibilidades educativas abiertas por las nuevas tecnologías y los medios de comunicación, entre otros factores, han propiciado cambios legislativos en diferentes países del mundo. Ello a su vez ha favorecido la extensión de un importante movimiento de renovación y la consolidación internacional de una nueva concepción jurídica y social de la etapa infantil.

1.3. La protección social se generaliza.

La aparición de la protección de la infancia de manera sistemática a partir del siglo pasado y principios del actual en la mayoría de los países, hizo que se configurara como un sistema autónomo, con un marcado carácter benéfico-asistencial, y en general con un cierto aislamiento respecto a lo que empezaba a configurarse como sistema generalizado de protección social, es decir, la Seguridad Social.

El desarrollo tras la Segunda Guerra Mundial del modelo de Estado del Bienestar en Europa occidental, permite establecer un proceso revisor de los sistemas de Seguridad Social existentes y de manera especial su complementación a través de unos servicios sociales de carácter comunitario y universal. Es el momento en que la protección a la infancia se incorpora a estos nuevos modelos de actuación quedando integrada de manera homogénea en los sistemas de protección generalizados.

En todo caso nuestro país queda, por sus peculiares condiciones políticas, al margen de esa evolución y prolonga la vigencia del anterior modelo prácticamente hasta la reforma postconstitucional del Sistema de Protección de Menores en 1.987

La acción de protección encierra un doble componente, de acción social y de intervención jurídica, que genera una tensión permanente en cuanto a la determinación de la verdadera naturaleza de la actividad protectora, con las importantes consecuencias que ello conlleva.

Una de las primeras expresiones de esa tensión es sin duda ninguna el papel que en esa acción protectora deben desarrollar los jueces frente a las Administraciones Públicas, y dicha tensión se resuelve, casi siempre con dificultades, con formulas diferentes de asignación de responsabilidades entre los operadores jurídicos y sociales.

El mayor o menor énfasis a la hora de valorar la intervención del aparato jurídico y la exigencia de responsabilidades judicialmente ó el entendimiento de la intervención protectora con un marcado acento terapéutico, establece una sustancial diferencia que exige generar un clima de confianza que facilite la colaboración de los diferentes grupos que intervienen en la acción de protección.

Fruto de esa misma tensión nacen, como paliativo, las pasarelas, o puentes de

comunicación entre el procedimiento jurídico de exigencia de responsabilidades y los procedimientos, también jurídicos, pero en algunos casos no judiciales sino administrativos, de intervención protectora.

1.3.1. Bienestar-Justicia

De todo lo apuntado queda un claro debate abierto entre dos concepciones, que llevadas a sus extremos, pueden ser antagónicas pero que en la práctica de la actuación cotidiana están llamadas a convivir y complementarse, una visión propicia a la intervención jurídica, que antepone la responsabilidad a otras consideraciones y otra que autolimita la intervención al apoyo psico-social.

Jean Zermatten, Juez de Menores de Sión (Suiza) que fue Presidente de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia, presentó una ponencia en un Seminario sobre ¿Qué lugar ocupa el niño en nuestros Sistemas Judiciales? celebrado por dicha Asociación en San Lorenzo del Escorial en marzo de 1.993, en la que abordaba de una manera directa esa contradicción entre lo que el llamaba sistema de protección y sistema de justicia, preguntándose cuál de los dos debía ser determinante a la hora de configurar el sistema del futuro.

Partía de un rechazo de ambos modelos a los que caracterizaba así:

Sistema de protección:

- a) Parte de la consideración del menor como una víctima, lo cual es un mito.
- b) El límite de separación entre acto infractor y situación de peligrosidad es muy borroso, lo que permite una capacidad de intervención excesivamente amplia a las autoridades.
- c) Los criterios de aplicación de medidas son muy subjetivos, muy abstractos, facilitando la discrecionalidad del Juez, lo que no es satisfactorio.
- d) Las nociones de cuidado y tratamiento dejan planear una gran incertidumbre sobre la clase y duración de las medidas protectoras.

El modelo de protección, dice Zermatten, peca de excesiva generosidad y lleva la marca de los espíritus bienintencionados que estuvieron en el origen de los Sistemas de Protección de menores. Basándose en la defensa del interés del menor se abre la puerta a abusos importantes por rechazar criterios objetivos.

Sistema de justicia:

- a) Resulta poco sostenible declarar al niño libre de elegir su destino, de gobernar su existencia y de poder efectuar elecciones que tomen en consideración intereses legítimos de otros e intereses necesarios de la vida en comunidad. El menor debe aprender esta libertad, no la recibe por el hecho de nacer.

b) La libertad que el menor va a adquirir es progresiva y pasa por dos planos: sus responsabilidades no pueden ser plenas y deben estar en función de su evolución, y la sanción nunca puede ser la única respuesta a sus actos.

c) La dependencia del menor de su medio impone la necesidad de un mínimo de protección.

d) El reconocimiento de la identidad jurídica del menor de edad conduce a reforzar sus derechos formales, pero contribuye a vaciar la Jurisdicción de su especificidad.

e) Existen serias dudas sobre los objetivos perseguidos por el modelo de justicia: prevención general y retribución.

El modelo de justicia concluye el Magistrado, es muy rígido y parte de un postulado incorrecto: los niños no son adultos responsables, pero lo pueden llegar a ser. Ello manifiesta tendencias muy peligrosas de penalización completa de la intervención, y un riesgo, que partiendo de la responsabilidad no se traten más que los síntomas.

J. Roberts trabajadora social escocesa, señala como en los casos de maltrato infantil el choque entre los principios de bienestar y justicia pueden llevarnos a posibles consecuencias negativas. El sistema de bienestar se fundamenta en la defensa del interés del menor, el de Justicia en la primacía de la ley como expresión de la voluntad y del interés colectivo.

El reto de futuro, para los actuales Sistemas de Protección de menores de los países desarrollados, es sin duda avanzar en la construcción de un Sistema de Protección Jurídico-social de la infancia capaz de salvar tales contradicciones de modo que garantías procedimentales e interés de los menores no se planteen como opuestos, y la aplicación de la justicia sirva para aumentar el bienestar infantil.

1.4. La naturaleza de la intervención

En adelante, cualquier acción legislativa en materia de atención y protección de la infancia, tiene que estar fundamentada en los elementos siguientes:

1. En primer lugar un entendimiento actualizado de la función de los padres respecto de los hijos. Ya no caben los poderes absolutos ni en la privacidad de la familia.

2. La patria potestad entendida como asistencia de todo orden (Artículo 39 Constitución Española) y ejercida en forma compartida por el padre y la madre.

3. El interés público en el buen ejercicio de las funciones de asistencia a los hijos y el carácter subsidiario de la intervención de la Administración pública.

4. La prevalencia del interés del menor de edad frente a cualquier otro legítimo equivalente concurrente.

5. El reconocimiento de los derechos de los que el menor como titular tiene un ejercicio exclusivo por su carácter personalísimo.

6. El entendimiento del menor de edad como persona con la plena dignidad que su condición le otorga y el reconocimiento que el ordenamiento jurídico le debe. No en función del hombre o mujer que será mañana sino en su propia condición de persona menor de edad.

7. Concepción globalizada de la persona menor de edad como titular del derecho a que le sean satisfechas sus necesidades subjetivas.

8. Reconocimiento de la persona menor de edad como sujeto activo de la acción protectora, en tanto que titular del derecho subjetivo a ser protegido y determinación de la defensa de sus derechos como el objeto de aquella acción.

9. Nueva visualización de la familia como marco de relaciones estables entre sus miembros, nacidas del afecto y la mutua voluntad de convivir y no solo del reconocimiento institucional,

10. Nueva percepción de los núcleos de convivencia familiar como núcleos de aprendizaje de la convivencia social, y por ello de modos de relación solidarios, igualitarios y democráticos entre sus miembros.

Este conjunto de aseveraciones tiene que dar sentido y razón a los actos normativos que pretendan promulgarse por los legisladores, así como a las propias acciones de intervención socio-familiar de carácter protector que se planteen llevar a cabo los poderes públicos. De no ser así se realizará una labor calificable, cuando menos, de incompleta, dependiendo del contenido de la norma, del funcionamiento del Sistema y de su naturaleza real, las consideraciones concretas que pueda merecer.

2. EL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA

2.1. Antecedentes

La preocupación por la infancia estaba presente en nuestra legislación desde antiguos tiempos y ya el Fuero Juzgo, como señala Mendizábal Oses en su Derecho de Menores, contiene prescripciones encaminadas a proteger a los menores.

Se deben recordar dos instituciones tradicionalmente citadas como antecedentes remotos de la Protección de Menores actual, el Padre de Huérfanos, instituido por Pedro IV de Aragón, en la ciudad de Valencia en el siglo XIV, perviviendo hasta finales del XVIII; y los Toribios, Hogar de acogida de menores creado en Sevilla por Toribio de Velasco en el siglo XVIII. A ellas se refiere G. M. Ybarra, primer

presidente del Tribunal de Menores de Bilbao en sus Temas de Formación del Centro de Estudios de Amurrio,

En el siglo XIX, se manifiesta con gran intensidad una especial preocupación por la infancia, si bien referida, principalmente, a la explotación laboral, como consecuencia de la presión que el incipiente movimiento obrero lograba ejercer en relación con las condiciones dramáticas en que muchos pequeños eran obligados a trabajar en fábricas y minas, lo que produjo que las primeras leyes protectoras tuvieran marcado carácter de protección laboral, como la Ley Benot de 1873, que prohibía el trabajo de los menores de 10 años.

No obstante algunos años antes, en 1849, la Ley General de Beneficencia, había organizado la acción caritativa pública, dentro de la cual los menores abandonados y huérfanos eran objeto de atención de los Poderes públicos. Posteriormente en la Legislación sobre régimen local de 1.903 se ratificó la obligación de las Diputaciones Provinciales de subvenir a sus necesidades mediante el mantenimiento de la Inclusa y el Orfanato provinciales.

Por aquellas fechas se inicia también la actividad de los Patronatos, como instituciones mixtas o transitorias entre los modos tradicionales y los nuevos que iban a nacer con el fin de siglo. Como ejemplo significativo podemos citar el Patronato de Menores Abandonados y Presos creado por Ramón Albó en Barcelona

Por otra parte, la influencia doctrinal de la Iglesia Católica se dejó sentir en la legislación española de finales del siglo XIX y principios del XX, lo que dió cierto tinte paternalista a nuestra normativa de protección a la infancia.

En lugar de incorporar la protección de los menores abandonados o maltratados a la legislación general, la visión "misericordiosa" hizo que la regulación del amparo "al desvalido sin familia o que la tiene incapaz o indigna" fuera objeto de una legislación especial que distinguía tales situaciones de las reguladas con carácter general por el Derecho de Familia en el Código Civil. No se consideraban normas propias para su aplicación a la familia tipo de aquella sociedad, sino a sectores marginales, a los que tampoco parecía haber un gran interés en integrar.

Nacen así, con el siglo XX, las primeras normas específicas de protección de menores: la Ley de 23 de julio de 1.903 relativa al abandono, mendicidad y vagancia de los niños, la Ley de 12 de agosto de 1904 de Protección de la Infancia promovida por el médico Manuel Tolosa Latour, cuyo Reglamento vio la luz en 1.908, las Leyes de Tribunales Tutelares de Menores de agosto y noviembre de 1.918 promovidas por Montero Ríos y su Reglamento de 1.919.

Dicha legislación sufrió numerosas modificaciones tanto en tiempos de la II República como por el régimen surgido de la guerra civil, lo que propicio que se preparara una refundición de toda la normativa vigente que clarificara y sistematizara las reglas que mantenían su eficacia en esta materia.

Nace de ese modo el antecedente más inmediato de la regulación actual, formado por el Decreto de 11 de junio de 1.948 que aprueba el texto refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores y el Decreto de 2 de julio de 1948, en el que se refundía la legislación de Protección de Menores existente, recreándose la Obra de Protección de Menores como Organismo autónomo de la Administración del Estado y dependiente del Ministerio de Justicia

En dichos textos al espíritu paternalista y pietista que impregnaba la anterior normativa, se sumó el carácter reaccionario que inspiraba el régimen político de la época. El menor era el objeto de la protección, ello daba una finalidad meramente reparadora a la posible intervención, que se limitaba a separar al niño del medio habitual, pero sin plantear ninguna estrategia rehabilitadora de la convivencia familiar.

José Manuel Villanueva caracterizaba la actuación de los órganos protectores de la siguiente manera:

- Divergencia que con respecto a nociones básicas de la acción protectora se da con excesiva frecuencia entre órganos judiciales y socio-educativos.
- Se interviene en los casos con independencia de la cualificación profesional,
- Privacidad y oscuridad de mecanismos empleados.
- Criterios simplistas en procesos de acogimiento y adopción.
- Acumulación de funciones jurisdiccionales y asistenciales en un mismo organismo administrativo.
- Organización fuertemente centralista.
- Modelo relacional interdisciplinario de jerarquía orgánica.
- Indefensión del menor frente a la decisión judicial.
- Doble juego de papeles del Juez: juzgador y defensor
- Monolitismo interpretativo del menor y sus necesidades.
- Paralización y esclerotización del derecho protector.
- Aislamiento
- Institucionalización total, estigmatizadora, masificada y excluyente.

→ Modelo autárquico

→ Con un carácter complementario pero incidiendo de forma más exclusiva en la perspectiva de la intervención, aporta el pedagogo Juan Carlos Mato los siguientes elementos:

→ Internamiento masivo de niños.

→ Atención masificada e indiferenciada

→ Escasez de sensores sociales e institucionales del maltrato infantil.

→ Atención aislada del contexto social y familiar.

2.2 Fundamentación legal del sistema.

El marco normativo general para la protección de los menores en España está constituido actualmente por el texto constitucional y las normas contenidas en el Código Civil, sin perjuicio de la protección penal, que reprime determinadas conductas de los adultos, agresivas respecto a los derechos o personas de los menores de edad.

NORMATIVA ESTATAL DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

2.2.1. La Constitución

La Constitución de 1978 ha abierto la puerta de nuestro derecho positivo a un tratamiento moderno y normalizador de la protección de los menores de edad. En su artículo 39 regula la protección debida a los hijos en particular y a los niños en general.

Del mencionado artículo se desprenden algunas consecuencias de gran importancia para el posterior desarrollo legislativo. Son destacables: el principio de igualdad entre sí y de trato de los hijos, la reconversión del concepto convencional de la patria potestad como autoridad, con la introducción del término "asistencia", y la universalización y normalización de la protección debida a los niños conforme a lo previsto en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

El texto Constitucional ha sido favorablemente acogido por todos los sectores doctrinales y profesionales, Ruiz Vadillo ha valorado positivamente tres elementos:

1º El establecimiento de una asistencia global, espiritual y materia, genérica.

2º Que esa asistencia debe prestarse por ser padre o madre, que es lo definitivamente importante, no por ser titular de la patria potestad que es lo accesorio.

3º Es aplicable a todos los hijos, cualquiera que sea su origen y naturaleza.

Por su parte, Rico Pérez recuerda como el apartado 4º del artículo constitucional, que hace referencia a que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos fue finalmente incluido gracias a la presión ejercida por Unicef y otras entidades, criticando el uso de la expresión niños en lugar de la más genérica de infancia.

El Código Civil ha resultado afectado por esta orientación constitucional. Con la reforma del mismo efectuada en 1987, a la vez que se culmina la revisión postconstitucional del derecho de familia, se propicia la transformación de las estructuras de protección de la infancia en nuestro país.

2.2.2. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

La norma que vino a desarrollar las bases del texto constitucional y a establecer los ejes del sistema actual, fue la Ley 21/87, de 11 de noviembre, por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, incorpora la protección de menores al Código Civil. Este es uno de los aportes más fundamentales que hace.

Anteriormente, el Sistema se fundamentaba en la especialización, la protección de menores no formaba parte del derecho civil, y por ello tampoco del derecho de familia. Había una legislación especial, fruto también de aquella ideología a la que nos hemos referido.

La Ley sustituye el concepto de abandono por el concepto mucho más amplio, mucho más completo, de desamparo. Se crea la tutela por ministerio de la Ley. Se incorpora la figura del acogimiento, entrando como nueva institución jurídica en el Código y se regula todo un régimen nuevo de adopción.

Se establece la supervisión de toda la actuación de la Administración Pública por parte del Ministerio Fiscal, el cual se configura como eje vertebrador de la protección socio-jurídica de los menores de edad, en todas sus vertientes.

Por último, todas las decisiones que toma la Administración Pública en el ejercicio de sus competencias protectoras de menores de edad, pueden ser revisadas por los Tribunales de Justicia ordinarios. Desaparece la función civil o protectora de los Tribunales de Menores, transformados ya en Juzgados, que se especializan a partir de la nueva situación creada por esta Ley en las facultades de reforma o aspectos penales o disciplinarios de la protección de menores.

Tres efectos fundamentales deben destacarse de lo que ha supuesto la Ley 21/87 en el sistema de protección de menores en España.

La mal llamada desjudicialización, de la que se ha hablado con gran prevención, por considerar que se estaba hurtando a la natural fiscalización judicial la

toma de decisiones en beneficio de la Administración. Sin embargo, debemos destacar que los Tribunales Tutelares de Menores, que eran los órganos que adoptaban, hasta 1987, esas decisiones, no formaban parte de la Administración de Justicia, sus titulares no eran jueces de carrera, eran, eso sí, licenciados en Derecho designados por el Ministerio de Justicia. Pero no eran jueces profesionales, no formaban parte de la carrera judicial. Aunque eso comenzó a cambiar a finales de la década de los 70, el proceso fue lento y parcial.

El nuevo sistema establece una primera intervención y toma de decisiones por parte de la Administración (Comunidades Autónomas) pudiendo ser revisadas todas sus actuaciones por el Juzgado de Primera Instancia competente territorialmente. Con tal sistema parece poderse concluir que la pretendida desjudicialización es cuando menos relativa, si es que podemos seguir hablando de ella.

La Ley 21/87 al establecer el control del Poder Judicial sobre los actos de la Administración, esta judicializando en rigor, por primera vez está interviniendo el Poder Judicial con todas sus consecuencias y, además, está participando en funciones de supervisión y control de la acción tutelar el Ministerio Fiscal.

Se produce una descentralización, esta sí que es manifiesta, ya que anteriormente era el Ministerio de Justicia a través de un organismo autónomo quien desarrollaba toda esta actuación en el conjunto del territorio.

Estas competencias se transfieren a cada Comunidad Autónoma lo que les permite agruparlas junto con el resto de las políticas sociales que le han sido transferidas por el Estado. Con ello el tercero de los efectos que habíamos señalado, la incorporación de la protección de menores a la política general de servicios sociales que desarrolla cada Comunidad Autónoma al ser competencia exclusiva de estas Administraciones, según mandato constitucional.

Dos principios orientadores fundamentales inspiran la Ley 21/87, la integración familiar, y el beneficio del menor, así lo señala la propia exposición de motivos.

Se debe introducir un nuevo elemento, el interés del menor a partir de la Ley 21/87 cobra relevancia como nuevo valor de interés público. En consecuencia se reconoce que los poderes públicos, tienen una obligación, una responsabilidad frente al menor, que es garantizar que su interés en todo momento sea prevalente, como dice la propia Ley, sobre cualquier otro legítimo concurrente y equivalente.

Por ello se crea la tutela por ministerio de Ley para velar por el interés y cuidado del menor en todo momento. También se limita la posibilidad de promover adopciones a las personas privadas, salvo en unos supuestos excepcionales que recoge la propia Ley, y a de ser, la administración protectora quien haga al Juez competente la propuesta de adopción del menor. Por último, la Administración Pública, debe intervenir en todo proceso de acogimiento.

A partir de este mismo escenario, queda claro que el espíritu de la Ley ha cambiado en algo fundamental, el carácter asistencialista que tenía la legislación anterior, aquí, se pierde. El artículo 172 del Código Civil, en su nueva redacción, señala expresamente que la primera finalidad del órgano tutor de la Comunidad Autónoma, es procurar la reincorporación del menor a su familia de origen.

Con esa frase tan simple se ha querido promover un cambio radical en toda la política de atención al menor, en las técnicas y estrategias de protección que en nuestro país se venían desarrollando.

Ya no se trata de prevenir el riesgo o de separar de la situación difícil en la que pudiera encontrarse a la persona menor de edad, sino de que reparado el daño que haya podido sufrir, se le busque una alternativa de vida, en primer lugar con su propia familia, y sino a través del acogimiento o la adopción.

Este nuevo planteamiento ha obligado a afrontar la necesidad de trabajar con las familias, cosa que hasta el momento de entrada en vigor de la Ley en el año 87, no era habitual.

Esto ha provocado la aparición de recursos nuevos en nuestra red de atención que vienen a abrir esa posibilidad de rehabilitación que anteriormente no existía.

2.2.3. La Convención de Derechos del Niño de 1989

Un nuevo paso verdaderamente importante en materia de reconocimiento de derechos públicos y de protección de los menores, se da en 1989 con la aprobación de la Convención de Derechos de la Infancia en la Asamblea General de Naciones Unidas

La Convención, conforme es ratificada por cada uno de los países que lo hace, pasa a integrarse en su Derecho interno con rango equivalente al de una Ley aprobada por su propio Parlamento. Lo cual quiere decir que obliga a cuantos en él viven y a las autoridades del país, que no sólo tienen que cumplirla, sino también la obligación de hacerla cumplir.

La Convención es el elemento que faltaba para el reconocimiento de la personalidad jurídica plena de la infancia, en tanto que inicia el reconocimiento del derecho a la participación política y social de los menores de edad. No desaparece la distinción entre mayores y menores, los menores siguen teniendo derecho a una especial protección, y por ello tienen algunas restricciones en sus posibilidades de actuación que deben salvar con el concurso de un mayor de edad (padre, madre, o tutor), pero eso no impide que se les reconozca "su capacidad", para el desarrollo de papeles o funciones sociales.

Esta evolución jurídica del reconocimiento de las condiciones de vida de los menores y de su status social, ha tenido su paralelismo en el campo de las ciencias

de la conducta humana, la pedagogía, la psicología, la sociología, etc., nos han permitido aproximarnos a una visión de los niños y de las niñas que nos facilitan verlos como tales, con todas sus realidades y potencias, con todos sus valores y limitaciones, como seres de hoy y no de futuro, como personas, en fin, que por la especial condición evolutiva en que se encuentra el desarrollo de su personalidad, requieren un trato diferenciado respecto de los adultos, pero no por ello limitativo de sus capacidades.

Hacer un análisis de la Convención excede las posibilidades de este texto, en todo caso cabe señalar la importancia de su mera existencia, de su contenido, aunque como instrumento jurídico internacional haya merecido alguna críticas doctrinales.

La Convención recoge todo un catálogo de derecho y facultades, así como garantías para su efectividad. Destacamos a continuación los más significativos con relación a las condiciones de vida y atención.

RELACIÓN DE DERECHOS CONTENIDOS EN LA CONVENCIÓN		
DERECHOS	COMPRENDE	ARTICULO
A LA VIDA		6
A LA IDENTIDAD		7 y 8
	• inscripción inmediata	7,1
	• a un nombre	7.1
	• a una nacionalidad	7.1
	• conocer a sus padres y ser cuidado por ellos	7.1

A LA INTEGRACIÓN FAMILIAR	9 y 10
• no ser separado de los padres contra su voluntad salvo interés del niño.	9.1
• participación en la toma de decisiones en caso de separación.	9.2
• relación con los padres.	9.3 y 10.2
• información sobre la situación de familiares separados.	9.4
• reunificación familiar	10.1
DE OPINIÓN	12
• expresar su opinión libremente en cuantos asuntos le afecten	12.1
A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	13
• libertad de difundir informaciones e ideas de todo tipo y por cualquier medio	13.1
DE ACCESO A LA INFORMACIÓN	13 Y 17
• libertad de buscar y recibir informaciones e ideas de todo tipo y por cualquier medio	13.1
• acceso a información de diversas fuentes	17
DE PENSAMIENTO	14
• libertad de pensamiento, conciencia y religión.	14.1

DE ASOCIACIÓN Y REUNIÓN	•	15
	• libre asociación	15.1
	• libertad de celebrar reuniones pacíficas	15.1
A LA INTIMIDAD	•	16
	• no injerencias arbitrarias ilegales en su vida privada	16.1
	• ni en su familia	
	• ni en su domicilio	
	• ni en su correspondencia	
	• ni ataques ilegales a su honra y reputación.	
DE PROTECCIÓN Y CUIDADO		9,14,18,19, 20, 32 a 37
	• en caso de maltrato o descuido de sus padres.	9.1 y 19.1 y 20.1
	• de asistencia a los padres para el buen desempeño de sus funciones.	14.2, 18.2 y 27.2
	• contra la explotación económica y el trabajo peligroso o inadecuado.	32.1
	• uso de estupefacientes y explotación en su producción o tráfico.	33.1
	• contra toda forma de explotación o abuso sexual.	34.1
	• contra toda explotación perjudicial .	36
	• para no ser sometido a tortura o pena de muerte	37.a)
	• para no ser privado	

	ilegalmente de libertad	37.b)
A LA SALUD		24 y 25
	<ul style="list-style-type: none"> • al disfrute del más alto nivel posible de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación 	24.1
	<ul style="list-style-type: none"> • derecho a exámenes periódicos del tratamiento aplicado en caso de internamiento 	25
A BENEFICIARSE DE LA SEGURIDAD SOCIAL A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO		26
A LA EDUCACIÓN		27
A LA PROPIA CULTURA, RELIGIÓN E IDIOMA MINORITARIO O INDÍGENA		28
AL OCIO Y LA CULTURA		30 y 31
		31
	<ul style="list-style-type: none"> • al descanso y el esparcimiento, al juego y las actividades recreativas. 	31.1
	<ul style="list-style-type: none"> • a participar libremente en la vida cultural y las artes 	31.1
AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO		38
	<ul style="list-style-type: none"> • para el respeto de las normas que afecten a niños. 	38.1
	<ul style="list-style-type: none"> • a no tomar directamente parte en hostilidades. 	38.2
A GARANTÍAS PENALES		40

- | | |
|---|------|
| • a recibir un trato digno | 40.1 |
| • al respeto de las garantías procesales y de la presunción de inocencia. | 40.2 |

La Convención genera la necesidad de que algunos de sus preceptos, que son meros reconocimiento de derechos de los menores, sean desarrollados por la legislación nacional, a fin de darles efectividad mediante los mecanismos y procedimientos adecuados para poderlos ejecutar y garantizar

2.2.4. Legislación Autonómica

Las Administraciones de las diferentes Comunidades Autónomas han autorregulado la organización de estas competencias por lo que existen notables diferencias entre algunas de ellas.

Tras el proceso de transferencia de competencias en materia de protección de menores de la Administración Central del Estado a las Comunidades Autónomas, únicamente Cataluña se decidió a legislar en la materia. La Ley 11/1985, de 13 de julio, de protección de menores, marcaba de esta manera un hito y sentaba un precedente.

El Gobierno de Cataluña iniciaba con esta Ley un proceso de diferenciación en el ejercicio de estas competencias, que ya había tenido algunas otras manifestaciones (residencia de las mismas en la Consejería de Justicia, Dirección General específica etc.) y que las tendría más acusadamente en el futuro.

Uno de los elementos más importantes en ese sentido es la existencia de un Derecho civil catalán que permite una importante autonomía legislativa, no ya en el campo puramente administrativo del ejercicio de la competencia descentralizada, y su organización (como en todas las demás Comunidades), sino que en este caso la diferencia va a procurar marcarse desde la propia normativa sustantiva de la acción protectora, desde el Derecho de Familia y en general el Derecho civil especial catalán.

La explicación es simple, no se considera, de inicio, integrada la protección de menores en el ámbito del Derecho civil catalán, pero a partir del hecho de incluir la regulación de la protección en el Código civil para el Derecho común en 1.987, y dada la fase expansiva del Derecho civil catalán, que se inaugura, o mejor se incrementa, con su desarrollo postconstitucional, se vislumbra un proceso de convergencia cuyo final está anunciado.

A raíz de la publicación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que determinó el cambio del Sistema público de Protección de menores, se creó la

necesidad en casi todas las Comunidades, de establecer normativa reguladora del ejercicio de las competencias que se recibían, ahora ya como propias, al haber sido definidas como exclusivas, en las disposiciones referentes a la materia en el Bloque Constitucional, y haberse efectuado la transferencia en la mayor parte de ellas.

La modificación del Código Civil de 11 de noviembre de 1.987 supuso una auténtica renovación del Sistema de Protección de menores. Sus disposiciones imponen a las Comunidades Autónomas la necesidad de establecer normas regulando los procedimientos que van a seguirse en cada caso y la organización de los servicios para el ejercicio de las nuevas competencias.

Muchas salieron del paso, con normativa reglamentaria, solo Aragón publicó una Ley nueva, la Ley 10/1.989, de 14 de diciembre, de protección de menores.

Cataluña hizo una modificación de su Ley de 1.985 a efectos de reasignación de competencias administrativas, pero sin relación alguna con los temas de que venimos hablando, haciéndose ajustes provisionales de su normativa a la nueva legislación estatal por vía reglamentaria.

Dos años después publica la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de menores desamparados y de la adopción, la cual, continuando el proceso anteriormente señalado, incluye en la Compilación del Derecho Civil de Cataluña un texto que determina la aplicación en esta materia de la Ley especial catalana con exclusión del Código civil que queda únicamente como derecho supletorio (artículo 6).

En 1.989, se había aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, como ya se ha dicho, la Convención de Derechos del Niño, ratificada al año siguiente por el Parlamento Español. Este hecho, hizo pensar que pronto habría una Ley del Estado reguladora de los derechos del niño, concretando las condiciones de aplicabilidad de la Convención en nuestro país, así como las garantías para el ejercicio de los derechos reconocidos a los menores.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, vendría más adelante precisamente a cumplir esa función.

Tras la reforma del 87 las Comunidades Autónomas han asumido el papel central en esta materia, por lo que también les corresponde legislar en el ámbito de sus competencias el desarrollo último que dé eficacia práctica a la legislación estatal, al Código Civil y también a la nueva Convención

Para ello se inician procesos de elaboración de nuevas leyes en Valencia, Extremadura, Madrid, Asturias, Andalucía, Cataluña, Murcia, y Baleares,

En la mayor parte de las Comunidades, también en las que no se cita, se ha estado trabajando desde el año 1.987 con normativa reglamentaria, salvo en Cataluña y Aragón, que como se dijo, ya habían elaborado Leyes.

La Ley estatal pese a ser reiteradamente anunciada no acababa de ver la luz. Algunas Comunidades Autónomas, sintieron la necesidad de dictar sus propias Leyes sin esperar a la del Estado, como habría sido lo deseable para un desarrollo sistemático y coherente.

Desde el 10 de noviembre de 1.994, hasta el 27 de julio de 1.995, en ocho meses, se publican siete Leyes de otras tantas Comunidades Autónomas.

El anuncio de la remisión a las Cortes del proyecto de Ley de Protección Jurídica del Menor, sorprende a algunas Comunidades con su propio proyecto de Ley en trámite parlamentario, por lo que ya no pudieron sino ultimar dicha tramitación. Hecho por otra parte urgente dada la proximidad del fin de la Legislatura. Otras tenían los trabajos más atrasados y pudieron frenar la elaboración de los anteproyectos, a fin de dar tiempo a que se publicara previamente la Ley estatal.

Con posterioridad a la publicación de la Ley de Protección Jurídica del Menor en 1996 se produce una nueva oleada de elaboración de leyes por los Parlamentos autonómicos de la que nacen otras 7 Leyes.

Recientemente se ha iniciado por Aragón un nuevo ciclo de elaboración normativa sustituyendo una ley anterior, siguiendo el camino ya recorrido en sucesivas ocasiones por Cataluña, comunidad que ha demostrado ser la de mayor fecundidad legislativa en esta materia.

Como resultado de esa acción normativa generalizada tenemos el vigente mosaico legislativo que constituye el armazón sobre el que se construye el Sistema Público de Protección a las Infancia y del que se da cuenta en el siguiente cuadro:

CONSTITUCIÓN 1978
CÓDIGO CIVIL redacción según reformas de 1987 y 1996
LEY 21/1987, DE ADOPCIÓN de 11 de noviembre
CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO 1.989
LEY ORGÁNICA 1/1996, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA VIGENTE EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA
INFANCIA A FECHA 30-05-2002

AÑO	C.C. A.A.	FECHA	NOMBRE
1985	CATALUÑA	13-07	PROTECCIÓN DE MENORES
1988	CATALUÑA	21-11	MODIFICA LA LEY DE 1985
1989	ARAGÓN	14-12	PROTECCIÓN DE MENORES
1991	CATALUÑA	30-12	PROTECCIÓN DE MENORES DESAMPARADOS Y DE LA ADOPCIÓN
1994	EXTREMADURA	10-11	PROTECCIÓN Y ATENCIÓN DE MENORES
1994	VALENCIA	05-12	DE LA INFANCIA
1995	ASTURIAS	27-01	PROTECCIÓN DEL MENOR
1995	BALEARES	21-03	DE APLICACIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES SOBRE MENORES INFRACTORES
1995	BALEARES	21-03	GUARDA Y PROTECCIÓN DE LOS MENORES DESAMPARADOS
1995	MURCIA	21-03	DE LA INFANCIA
1995	MADRID	28-03	GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA
1995	CATALUÑA	27-07	ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES
1997	CANARIAS	07-02	ATENCIÓN INTEGRAL A LOS MENORES
1997	GALICIA	09-07	DE LA FAMILIA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA
1998	LA RIOJA	18-03	DEL MENOR
1998	ANDALUCÍA	20-04	DE LOS DERECHOS Y LA ATENCIÓN AL MENOR
1998	CATALUÑA	15-07	CÓDIGO DE FAMILIA
1999	CASTILLA-LA M.	31-03	DEL MENOR
1999	CANTABRIA	28-04	PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA
2001	ARAGÓN	02-07	ATENCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Salvada la situación de Cataluña que ha acomodado la regulación de la protección a la infancia en el marco del derecho civil catalán, y alguna otra excepción (Navarra) con una aplicación limitada del derecho propio; las demás Comunidades ejercen sus competencias en el ámbito administrativo y en desarrollo de las competencias atribuidas por la Ley 21/1987 y ahora ratificadas por la Ley Orgánica 1/1996. La normativa sustantiva queda reservada a la regulación del Código civil.

Es cierto que nos movemos en terreno confuso entre el Derecho administrativo y el Derecho civil, ello facilita o al menos explica algunas de las diferencias, especialmente de enfoque, que existen entre las diversas leyes que han

visto la luz. Diferencias no solo de contenido sino de planteamiento de la propia acción normativa, del objeto de la norma y de su contenido material.

Diferentes criterios nos permiten una aproximación sistemática al conjunto de cuerpos legales:

- El carácter uniprovincial o pluriprovincial de la Comunidad Autónoma determina en gran medida criterios organizativos.
- El peso político de territorios históricos o la insularidad configuran los modos de estructuración de competencias entre las diferentes Administraciones intra - Comunidad.
- El momento de elaboración de cada norma.

El criterio más esencial en cuanto a diferenciación de productos legislativos responde a la voluntad expresada del legislador en cuanto al objeto de la norma. Una primera distinción cabe entre leyes referidas a medidas frente a situaciones de conflicto social o las dirigidas a la protección jurídica y social del menor.

Dentro de estas últimas aún es posible diferenciar según se sitúe la norma en la regulación estricta de las competencias de protección o afronte una visión más amplia y ambiciosa de determinación de garantías de ejercicio de los derechos reconocidos a la infancia.

Desde la visión que proporciona esta última distinción, las leyes aprobadas se pueden dividir claramente grupos, uno casos en los que el contenido de la Ley se ciñe a aspectos procedimentales y de estricta acción protectora, otro grupo en que se procura establecer un marco mucho más general de garantías de los derechos de la infancia y un último de carácter mixto.

A) Las Leyes de protección, son normas cuyo cometido esencial es aplicar la Ley 21/1987 en el respectivo territorio, dando al mismo tiempo directrices y pautas de funcionamiento a las Administraciones públicas de la respectiva Comunidad. Principales muestras son las leyes de Aragón, Asturias, Baleares, Cataluña (Ley 37/1991), y Extremadura.

B) Las Leyes de garantías de derechos, tiene por objetivo fundamental establecer el marco legal que permita dar satisfacción a las necesidades esenciales de los menores de edad en sus diferentes etapas evolutivas. Tiene las limitaciones competenciales correspondientes y por eso no pueden llegar a instituirse como unos Códigos de la Minoría de edad, pero pretenden dar una respuesta global a las demandas de crianza, formación y socialización de niños y adolescentes, con todas sus consecuencias. Ejemplos son las leyes de Cataluña (Ley 8/1995), y Madrid (Ley 6/1995, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia). En esta tendencia se puede enmarcar también la reciente Ley Aragonesa.

C) Hay un tercer grupo, que podemos denominar mixto o ecléctico, del que forman parte entre otras las normas de Andalucía, Canarias, Cantabria, Galicia,

Murcia y La Rioja. Son en su mayoría normas posteriores a la Ley Orgánica que aunque entran de manera muy detallada en la regulación de la intervención protectora, incluyen el reconocimiento de algunos derechos y también una variable regulación de garantías para su ejercicio. En todo caso son normas no homogéneas entre sí, que reflejan el influjo, en distintos grados y sobre diferentes campos, de las elaboradas anteriormente, por lo que se aprecian diferencias importantes entre ellas.

Finalmente cabe hacer una breve referencia a la Ley valenciana que muestra una cierta originalidad. Se ha dicho que se trata de una ley sociológica, en todo caso no es una norma al uso habitual y se parece más a un plan de intervención que a una norma y en ese sentido se puede afirmar que es un documento más social que jurídico.

En general las normas de las Comunidades Autónomas tienen vocación complementaria y de desarrollo de la normativa estatal, salvado el caso de Cataluña en la que la intención es claramente alternativa. Ello no ha impedido el que algunas Leyes entren en terrenos aparentemente vedados, cual la determinación de supuestos de desamparo, ya que tal hecho viene regulado en el Código civil y por lo tanto es de competencia estatal su modificación.

La exposición de motivos de la Ley de Baleares reflexiona en el sentido indicado, señalando que lo que se regula se hace en la vertiente administrativa o pública, sobre el marco de derecho privado previamente establecido por la Ley estatal. Ello es cierto con carácter general pero hay algunas excepciones que claramente lo ponen en cuestión. Como ejemplo podemos indicar la evidente contradicción con el derecho común de la propia ley balear que permite la suspensión del derecho de visitas por decisión administrativa.

2.2.5. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

La Ley de protección jurídica del menor ha recibido por amplios sectores sociales una cálida acogida, no ha sido tan clara la reacción de los sectores profesionales, pues si las personas más directamente involucrados en la gestión de los recursos protectores en términos generales la han alabado, sectores académicos y doctrinales han mostrado mayores reticencias.

Las primeras críticas surgieron al hilo de la adopción de determinados criterios metodológicos, como la utilización de una ley especial.

También se ha criticado el hecho de no recoger la totalidad de los derechos reconocidos por la Convención a los menores lo que le da un carácter de parcialidad en su contenido, por otra parte se ha dicho que la Ley no deja de ser una operación de maquillaje en tanto que las modificaciones que se introducen no son tales o no son jurídicas.

Se ha argumentado por el Fiscal González Soler que esta Ley ha venido a consumir la desmembración del sistema de protección infantil español en tantos

trozos como Comunidades Autónomas existen, personalmente creo que la consumación de dicha desmembración, en el caso de que se admita su existencia, hay que situarla en elementos normativos anteriores, y que frente a dicha realidad, que no problema, esta norma ni aporta ni quita nada.

Quizá la crítica más severa la ha recibido en un trabajo del profesor de la Universidad Autónoma de Madrid Liborio Hierro, elaborado cuando todavía se estaba trabajando sobre el Proyecto de Ley.

Manifiesta el autor cuales deben ser los objetivos de la futura Ley y cita entre otros:

- 1 Consolidar la situación jurídica del menor de edad como titular de derechos fundamentales.
- 2 Desarrollar legalmente un nuevo esquema de relaciones paterno/materno-filiales basado en un modelo familiar participativo y en el principio del interés superior del niño.
- 3 Distinguir edades en la configuración de las formas de ejercicio y disfrute de los diferentes derechos, superando la dicotomía mayor-menor edad.
- 4 Corregir y completar el nuevo planteamiento de la tutela pública.

Aunque hasta bien entrado el año 1.993 se había estado trabajando en un anteproyecto que respondía a tales objetivos, a la fecha de escribir el trabajo en 1.994, el texto subsistente había quedado reducido a los temas de protección y poco más.

El profesor Hierro expresaba con cierta amargura como lo que se queda por el camino no son los textos en si suprimidos, sino lo que representaban de nueva perspectiva del ordenamiento jurídico, inspirado por la idea de que el niño es titular de derechos.

Finalmente el texto de la Ley no fue objeto de tan tremenda reducción como la que se planeaba cuando la crítica del profesor Hierro, aunque no se han cubierto más que uno y medio de los cuatro objetivos por él señalados. Eso nos permite mantener, aunque en una versión algo reducida, la casi plena validez de su crítica.

Se puede concluir que la ley es de desigual calidad, en su primera parte se limita a recoger algunos de los derechos reconocidos en la Convención del 89, iniciando algún leve desarrollo, tarea por otro parte compleja en función del diverso régimen jurídico que afecta a algunos derechos.

En relación con las actuaciones protectoras encierra algunos importantes aciertos que vienen a cubrir lagunas dejadas por la Ley del 87, por ejemplo la regulación de la situación de riesgo, como paso previo a la situación consolidada de desamparo procurando evitar una intervención mucho más radical, la nuevas

condiciones de realizar las notificaciones, la ampliación de la tipología del acogimiento, la posibilidad de acordar el acogimiento provisional por la Entidad Pública etc.

3. EL MALTRATO EN LA LEGISLACIÓN

No podemos esperar del Derecho que sea quien elabore los conceptos referidos a los fenómenos sociales. Incluso la expresión en términos jurídicos de las realidades sociales, es decir, su plasmación en normas, no tendrá lugar nunca con carácter previo a la constatación de dicha realidad, ya sea en un plano científico o simplemente en el de la común consideración social general. Y ello es aún más de ese modo si por Derecho entendemos o nos referimos al ordenamiento positivo, a las normas. Entonces esa subordinación temporal o metodológica estará impuesta por la naturaleza de la acción jurídica, y por el propio método de elaboración y aplicación de las normas.

El Derecho, y especialmente el Derecho positivo, es un conjunto de reglas dirigidas a ordenar y regular la vida social, a partir de la experiencia previa (historia) de una Comunidad y del legislador, con la intención de prevenir, reducir y solucionar, si es posible, los potenciales conflictos de intereses entre los miembros de esa Comunidad.

El Derecho también crea realidades sociales a partir de las normas y especialmente de las instituciones jurídicas, en el caso de fenómenos como el de la familia y sus relaciones internas, la situación del Derecho es plural, compleja. El Profesor Díez-Picazo la ha descrito como un esquema semejante al de dos círculos secantes de modo que se configuran tres partes, la primera ajena al Derecho, la última referida al Derecho en general y la parte común formada por el Derecho de familia.

Desde el ámbito social, relacional si se quiere, en todo caso metajurídico, existen situaciones, hechos, que en tanto no adquieren reconocimiento público de su existencia, no pueden ser objeto de la actividad del legislador. Cuando éste actúa, puede hacerlo estableciendo una regulación interna del funcionamiento del núcleo familiar (Derecho de familia) o puede incluso, a partir de la relevancia social que determinados hechos familiares pueden encerrar, que afectan a criterios esenciales de convivencia social, establecer reglas en otros ámbitos del Derecho y del ordenamiento (Derecho Penal).

Esa dualidad plantea la posibilidad de utilizar dos caminos para la reglamentación de las conductas provocadoras de maltrato. La sanción en el ámbito penal buscando la reprensión del causante, y la protección en el ámbito civil propiciando la ayuda y superación de la situación a la víctima.

3.1. La protección penal

Si la denuncia pública del maltrato a la infancia no se produjo hasta la

segunda mitad del presente siglo, pese a la mayor o menor certidumbre de su existencia, la acogida de tales hechos, como concepto, en el ámbito legal, tenía que ser necesariamente posterior.

Circunscrito el análisis del fenómeno a nuestro país, es notorio que aún debemos de hablar de fechas más próximas. Pues el concepto de maltrato propiamente no ha entrado en nuestro ordenamiento hasta fechas muy recientes.

Aunque la Legislación de Protección de Menores de 1.948 ya contemplaba la posible intervención pública en caso de maltrato de los hijos por sus padres, artículo 9, 3º A) de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, este concepto quedaba incluido dentro del más amplio de incumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad, y se entendía referido casi con exclusividad a las actividades de cuidado y crianza.

Por otra parte la protección penal quedaba enmarcada dentro de los tipos comunes del delito y la falta de lesiones, sin existir tipificación específica referida a los malos tratos a los hijos, ni al concepto más amplio de maltrato en el seno de la familia. También existían previsiones respecto a abusos sexuales u otras formas de explotación pero enmarcadas siempre en los conceptos generales de los respectivos delitos y en todo caso con alguna especificación en cuanto a las penas aplicables.

La reforma parcial del Código Penal, llevada a término en 1989, responde también a los rasgos de protección genérica contemplados por el Artículo 39 de la Constitución, tipifica como delitos o faltas un amplio conjunto de conductas atentatorias contra la integridad, la salud, la dignidad y el desarrollo de los menores, que intenta ofrecer una cobertura suficiente para la protección de éstos y la represión de quienes cometieran aquellos.

En relación con el ejercicio de violencia física contra menores, además de la regulación general sobre el homicidio, y los tipos específicos ya existentes de parricidio e infanticidio, se ha creado el tipo especial de malos tratos.

De igual manera se creó como nuevo tipo delictivo, el uso de menores para mendigar.

El nuevo Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre tipifica en su artículo 153 el delito de malos tratos "El que habitualmente ejerce violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halla ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado...

Elemento clave para iniciar la clara diferenciación entre el ámbito protector y las otras tareas asumidas por la Protección de Menores fue la descripción del síndrome del niño maltratado. Realizada inicialmente por Tardieu, seguido de Jhonson, ambos en 1868, no tuvo eco social trascendente hasta que mediado el siglo

XX se produjeron nuevas observaciones y publicaciones de Caffey, Silverman, Woolley, Evans y sobre todo Kempe en 1.961. Fue la obra de este último pediatra la que logro extender y consolidar la noción de maltrato infligido por los propios padres como un factor importantísimo en las necesidades de atención sanitaria de los menores. Ello vino a poner en cuestión los criterios habituales manejados sobre la patria potestad y la capacidad de corrección de los padres sobre sus hijos.

El concepto de maltrato no ha quedado limitado a la inicial concepción del síndrome, sino que actualmente encierra una diversidad de conductas activas y pasivas, en todo caso perjudiciales para el menor que las padece.

Diversos autores establecen categorizaciones diversas con relación a las diversas manifestaciones del maltrato, Enrique Gracia y Gonzalo Musitu recogen las formas de maltrato definidas por el National Center on Child Abuse and Neglect basándose en un importante estudio realizado en 1981. Nos pueden servir de pauta para contrastar con los tipos que recoge el ordenamiento penal español.

a) Abuso Físico:

- Delito de Maltrato art. 153
- Delito de Lesiones art. 147 y ss.
- Falta de lesiones art. 617.2

b) Abuso sexual:

- Delito de abuso sexual art. 182.1
- Delito de exhibicionismo art. 185
- Delito de provocación art. 186

c) Abuso emocional:

- Delito de amenazas art. 169
- Delito de secuestro art. 163

d) Negligencia física:

- Delito de Abandono art. 229.2
- Falta por denegación de auxilio Art. 618
- Delito de alteración de paternidad art. 220.

e) Negligencia educativa:

- Delito de incumplimiento de los deberes de asistencia art. 226

f) Negligencia afectiva:

- Delito de cesión para mendigar art. 232
- Delito de no impedir la prostitución art. 189

Pocos años después de la aprobación y entrada en vigor del Código penal se pudo comprobar que la protección ofrecida no recogía de manera exhaustiva las diferentes manifestaciones de agresiones de adultos a derechos de los menores, por ello se han producido posteriormente sendas modificaciones.

La primera realizada a través de la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, está centrada en materia de libertad e indemnidad sexual. Entre otras modificaciones importantes esta ley se caracteriza por que:

- Endurece en general las penas por los delitos contra la libertad sexual
- Se abre la posibilidad de que los Tribunales españoles juzguen los delitos de prostitución y corrupción de menores de edad cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio español, matizándose la necesidad de que el hecho fuere delito en el lugar de comisión.
- Se eleva a trece años la edad de la víctima de abusos sexuales para que su consentimiento sea irrelevante a efectos de la penalización de los hechos.
- Se introduce el delito de corrupción de menores.
- Se castiga de manera expresa la utilización de menores para la elaboración de materiales pornográficos, así como producción, venta, distribución, exhibición, e incluso tenencia con aquellos fines.
- Se amplía la figura del acoso sexual.

Posteriormente la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, introdujo algunas modificaciones legales para mejorar la protección a las víctimas de malos tratos. Una de las iniciativas de mayor interés de esta norma es la dirigida a evitar la doble victimización que sufren lo largo del proceso judicial quienes han sufrido una agresión de este tipo al verse obligadas a la confrontación con el agresor, estableciéndose fórmulas que limitan tales encuentros.

3.2. La protección civil

La modificación del Código Civil de 21 de noviembre de 1987 introdujo el concepto de desamparo, en nuestra legislación civil, como elemento central para la

protección jurídica ante cualquier situación de maltrato y la generación de cuantas consecuencias jurídicas y de hecho, tanto de carácter reparador, rehabilitador o represor tuvieran que tener lugar.

Con anterioridad se encontraba ya regulada la posible suspensión ó privación de la Patria potestad por el incumplimiento de sus deberes inherentes. Tanto desde una perspectiva meramente civil, ó de derecho de familia, como desde la penal por la comisión de delitos que hacían al autor indigno de ostentar dicha potestad.

El artículo 172 del Código civil establece el concepto de desamparo como instrumento que permite englobar situaciones bien diferentes susceptibles todas ellas de que le sea facilitado amparo al menor que las padece.

Se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

El desamparo así enunciado por la Ley 21/1.987 vino a sustituir al concepto de abandono de la legislación anterior.

El concepto tiene en opinión de Vargas Cabrera unos contornos de notable amplitud, en los que caben supuestos caracterizados por la diversidad de las circunstancias que determinan la estructuración de las causas que lo producen

El análisis del precepto nos permite especificar supuestos de hecho incluidos en sus diversas modalidades que facilitan la identificación de conductas específicas en el ámbito del maltrato:

a) Incumplimiento de los deberes de protección, supuesto en el que nos aproximamos a la figura del abandono, el que no cumple, el que no está, o el que no quiere estar. A los efectos de la apreciación de la situación de desamparo es irrelevante pues lo que importa es el resultado "*situación que se produce de hecho*".

Como señala Manuel Feliu, la expresión "de hecho" tiene implicaciones de diversa índole, por un lado nos lleva a atender a datos puramente externos, sin valorar la intención, ni las causas. D a la exigencia de que el desamparo sea efectivo, actual y real. Por último el uso de esta expresión parece querer resaltar el carácter inmediato que debe tener la protección.

b) Imposible ejercicio de los deberes de protección. Aquí el hecho determinante se cifra en la imposibilidad de facilitar la protección, aunque se quiera hacerlo, hay razones que lo impiden, enfermedad, prisión, viajes etc.

c) Inadecuado ejercicio de los deberes de protección, en este supuesto se produce un mal uso, no adecuado, no ajustado a las necesidades del menor, por medio de conductas activas (agresiones) o pasivas (negligentes).

El resultado ha de ser necesariamente que el menor se vea privado de asistencia sea este moral (afectiva, relacional, emocional, intelectual, etc.) o material (alimentación, higiene, salud, estimulación, etc.) o ambas. Es imprescindible para poder apreciar el desamparo que este efecto se produzca, como bien señala Miguel Angel Pérez Alvarez, no bastando que se produzca la falta de ejercicio o el ejercicio inadecuado es preciso que se produzca, además el resultado privativo. De no ser así no habría situación de desamparo, sino de riesgo.

Las Leyes de Cataluña, Asturias, Baleares y Murcia, han establecido criterios de concreción del desamparo. Desde una dudosa capacidad legislativa para ello, salvo en el caso catalán.

Es la Ley Catalana la que especifica que existe desamparo cuando:

- Faltan las personas a quien corresponde ejercer la guarda
- Las personas a quien corresponde ejercer la guarda están imposibilitadas para ejercerla.
- Las personas a quien corresponde ejercer la guarda están en situación de ejercerla con grave peligro para el menor.
- Cuando se aprecie cualquier forma de incumplimiento de los deberes de protección.
- Cuando se aprecie cualquier forma de ejercicio inadecuado de los deberes de protección.
- Cuando falten a los menores los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad.
- Cuando el menor presenta signos de malos tratos físicos
- Cuando el menor presenta signos de malos tratos psíquicos
- Cuando el menor presenta signos de abusos sexuales
- Cuando el menor presenta signos de explotación
- Cuando el menor presenta otros signos de análoga naturaleza a los anteriores.

La ley de Extremadura aporta situaciones como:

- El abandono voluntario del menor
- El trastorno mental grave de los padres

- La drogadicción habitual de las personas que forman parte de la unidad familiar
- El alcoholismo habitual de las personas que forman parte de la unidad familiar
- La inducción a la mendicidad
- La inducción a la delincuencia
- La inducción a la prostitución

La ley de Baleares aporta un supuesto no recogido por las anteriores:

- Ejercicio deficiente o inadecuado, voluntario o involuntario, de las funciones de guarda inherentes a la patria potestad o tutela, generador de graves peligros para el menor en el orden moral o material.

La Ley de Murcia no aporta ningún supuesto que no este ya contemplado por las tres leyes citadas pero merece la pena destacar que adelantándose a lo que más tarde establecería la Ley de Protección Jurídica del Menor prevé la situación de riesgo definiéndola como:

Aquella situación en la que por sus circunstancias personales o por influencias de su entorno o extrañas, exijan la adopción de medidas de prevención y rehabilitación para evitar situaciones de desamparo o de inadaptación

La aplicación de todos estos conceptos requiere una especial técnica, que para no actuar con injusticia debe ser rigurosa, pero que la práctica ha demostrado no ser inasequible. Las críticas vertidas con motivo del alumbramiento del concepto y las tremendas desgracias que su uso iba a representar se ha quedado por suerte en "agua de borrajas". Los sistemas de protección de menores de las diferentes Comunidades gozan, globalmente, de buena salud. y la situación de los menores protegidos ha mejorado notablemente gracias en parte también a esta legislación.

La aparición de la nueva Ley de Protección Jurídica del Menor, viene a dar respuesta a otras necesidades de la Protección de los Menores en España, pero no hace grandes aportaciones a la configuración del maltrato, manteniendo el concepto de desamparo como el instrumento capital de la intervención. Es destacable señalar la incorporación del concepto de situación de riesgo que debería estar permitiendo una mejor graduación de las intervenciones, una detección temprana de las situaciones susceptibles de intervención protectora, y en consecuencia una mayor eficacia de la acción preventiva.

4. CONDUCTAS PARA EL BUEN TRATO

Las conductas debidas ó deseables, en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, se encuentran reguladas en el marco más amplio de las relaciones

familiares y por lo tanto de las normas del Derecho de Familia contenidas en el Código Civil. No se trata de normas de buena práctica, sino de mandatos que se corresponden más con una ordenación de la realidad y la convivencia, o si se quiere en términos más coloquiales de las "reglas de juego" en el seno de la familia. En el mejor de los casos son reglas mínimas (por ejemplo el derecho de alimentos) que no expresan lo que deberían ser pautas ideales de conducta, sino umbrales ó elementos básicos de las mismas.

Tales reglas nunca están aisladas de otras consideraciones o valores, morales, ideológicos, culturales, que se corresponden, lógicamente, con los existentes en la sociedad en el tiempo en que fueron promulgadas. Ello provoca la necesidad de la revisión periódica de su contenido especialmente cuando se constata el cambio de conductas socialmente aceptadas por la mayoría de la sociedad.

La regulación de las relaciones paterno-filiales vigente actualmente en el Código civil, data de 1.981, año en que se inició la revisión del Derecho de Familia a la luz de los derechos y valores sociales contenidos en la Constitución de 1.978.

El texto, contenido en el artículo 154 del Código señala el contenido de la patria potestad, nombre por el que se conoce la relación que une al padre y la madre con sus hijos hasta que cumplen la mayoría de edad, o se emancipan, que siempre se ejerce, dice el Código, en beneficio de los hijos, de acuerdo a su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º Representarlos y administrar sus bienes.

Los padres tienen la obligación de oír a sus hijos siempre antes de tomar decisiones que les afecten, si ya tuvieran suficiente juicio. En caso de necesidad podrán solicitar la ayuda de la autoridad y pueden también corregir razonable y moderadamente a sus hijos.

Es evidente que estos textos no agotan el tema del buen trato a los menores, son meros enunciados de una superficial aproximación al contenido real de esa especial relación que comparten padre, madre e hijos. Relación que se sigue denominando en nuestro derecho patria potestad, siguiendo la tradición romana, aunque ya en algún país de la Unión Europea se ha procedido a su actualización, no solo en el contenido sino también en la nomenclatura. En España ha existido algún breve intento rápidamente frustrado. Y ello pese a que la Constitución cuando se refiere al tema art. 39, no utiliza esa expresión sino que con acierto habla de la asistencia de todo orden que los padres deben a sus hijos. Quizá la Alta Norma nos esté marcando el camino por el que deba discurrir el futuro.

Especial mención merece la frase referida a la posibilidad de corregir razonablemente a los hijos, herencia derivada del antiguo derecho de corrección que

aún se mantiene de manera anacrónica en nuestra legislación pese a las reiteradas peticiones para su sustitución por una visión más educativa y menos disciplinaria.

En relación con las buenas prácticas en el cuidado de los hijos podemos destacar algunos elementos para la reflexión:

Por una parte hoy existe un marco general que define la buena práctica en las relaciones adultos - infancia, que son las normas y derechos contenidos en la Convención de Derechos del Niño a la que anteriormente nos hemos referido.

También hemos señalado ya que la relación paterno - filial ha salido en gran parte del ámbito íntimo familiar. Hoy se considera socialmente relevante como se produce el cuidado de niñas y niños por sus padres y por ello los poderes públicos pueden llegar a ejercer un control sobre su desarrollo, interviniendo cuando se estime que existe un riesgo o perjuicio para los hijos.

La fijación de normas o criterios de buen trato esta necesariamente determinada por el reconocimiento de necesidades y derechos de las personas menores de edad.

La determinación de necesidades de cuidado y crianza, de educación y desarrollo viene siendo objeto de numerosos estudios desde hace varias décadas, fundamentalmente desde los planos pedagógico, psicológico y jurídico.

Una buena práctica basada en la satisfacción de las necesidades, no puede reducirse al ámbito estricto de la relación familiar. Incluye la cobertura del conjunto de las necesidades de desarrollo personal y social y en consecuencia el papel de la familia se expande en tanto que se convierte en uno de los marcos esenciales de referencia de la vida cotidiana de las niñas y los niños desde el cual se debe promover la satisfacción de todas las necesidades, aunque muchas deban ser satisfechas por otros agentes sociales (escuela, sistema sanitario, medios de comunicación etc.)

El núcleo familiar debe ser visto con un doble papel, el específico de las relaciones familiares, función esencial desde el momento del nacimiento en que aporta una identidad y condiciona la estructuración de la personalidad del niño y, además como el marco relacional desde el que se facilita la asistencia precisa para la satisfacción de las necesidades.

La concreción de derechos de la infancia como garantía de la satisfacción de sus necesidades básicas y subjetivas parte de la Convención reiteradamente citada, pero tiene determinaciones muy explícitas en la legislación. Las reformas legislativas llevadas a cabo en desarrollo y aplicación de la Convención de 1989 están suponiendo un importantísimo avance, por ejemplo en América Latina, en España hay muestras muy significativas en la legislación elaborada por las Comunidades Autónomas como ya se apuntó.

El ordenamiento jurídico inició hace tiempo la consideración de la menor

edad como una etapa de la vida de las personas que requiere una especial atención y protección normativa. Si bien fue en el ámbito laboral donde en el siglo XIX comenzó a expresarse esa nueva visión, paulatinamente se ha ido extendiendo a muchas otras facetas de la vida cotidiana.

Hoy, la protección jurídica de los menores de edad se expresa en normas que afectan a cuestiones tan diversas como la calidad de los alimentos destinados al consumo infantil, normas de seguridad vial específicas, elementos de seguridad en los juguetes o el mobiliario urbano, pasando por cuestiones tan fundamentales como el derecho a la educación y la escolarización obligatoria o la prohibición de trabajar hasta los 16 años.

Sin embargo, en el ámbito de las relaciones de convivencia, en el espacio de la relación personal entre los niños y los adultos y particularmente sus padres o cuidadores, el derecho no puede pretender llegar a establecer pautas de vida cotidiana.

Intentar que el Poder, a través de normas jurídicas, reglamente las relaciones personales es asumir un grave riesgo que abre la puerta a la irracionalidad. Eso no puede significar una ausencia absoluta de normas. Sino la búsqueda de un equilibrio. Las normas son necesarias para determinados aspectos y momentos, pero no tienen por que serlo para todo y siempre.

Conviene recordar lo señalado páginas atrás cuando se aportaban elementos de reflexión sobre la naturaleza de la acción protectora, todos ellos deben tener cabida también a la hora de afrontar las buenas prácticas en el cuidado y atención

No podemos dejar de mencionar el carácter relativo del concepto de buena práctica si lo ponemos en relación con elementos culturales, sociales, de valores, religiosos, etc.

La buena practica en las relaciones personales no existe sino partimos de que la mejor siempre es plural, diversa, dependiente de las circunstancias concretas de cada caso. No cabe hablar de la buena práctica sino de las buenas prácticas.

No se puede olvidar que el derecho contiene un elemento coactivo para su eficacia. Esa coacción es poder y el poder no es un buen aliado de las relaciones personales, de las relaciones familiares.

Sugiero que se utilice el poder del derecho para combatir el maltrato, no para imponer una determinada buena práctica aunque será positivo divulgar cuantas formas conozcamos de buenos tratos para que nadie alegue ignorancia para justificar el maltrato.

BIBLIOGRAFIA

BOSCH MARÍN J. Prólogo de la obra Niños maltratados de Kempe R. y Kempe C. H. Ediciones Morata Madrid 1.979.

LINAZA J. Desarrollo, educación y derechos de la infancia en Infancia y Sociedad. Revista de Estudios nº 27 y 28, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid 1.994.

MEYER P. El niño y la razón de Estado. Editorial Zero, Madrid 1.981.

GARBARINO J. y otros. Lo que nos pueden decir los niños. Edita Centro de Publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid 1.993.

PLATT A. M. Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia. Editorial Siglo XXI, México 1.982.

DE LEO G. La Justicia de menores. Editorial Teide, Barcelona 1.985.

GONZÁLEZ ZORRILLA C. Epílogo del libro anterior.

GIMENEZ SALINAS E. Evolución del tratamiento penal de la infancia delincuente y su panorama en la Europa actual, en Educación y Marginación Social Homenaje a Concepción Arenal en su centenario. Edita Comunidad de Madrid Dirección General de la Mujer, Madrid 1.994

MOVILLA ÁLVAREZ C. Jurisdicción de menores y Constitución, en los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente. Edita Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid 1.983.

PRIETO SANCHIS L. Los derechos fundamentales y el menor de edad, en igual obra que el anterior.

ZERMATTEN J. Face a l'evolution des droites de l'enfant, quel systeme judiciaire: Systeme de protection ou systeme de justice? Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre? Qué lugar ocupa el niño en nuestros Sistemas Judiciales? celebrado en El Escorial (Madrid) por la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia en marzo de 1.993

ROBERTS J.C. Sistemas legales y maltrato infantil: principios de bienestar versus justicia. IV Congreso Estatal sobre Infancia Maltratada. Edita Adima, Sevilla 1.995.

MENDIZÁBAL OSES L. Derecho de Menores. Teoría general. Edita Pirámide Madrid.1977.

YBARRA Y DE LA REVILLA G. M. Temas del Centro de Estudios del reformatorio de Amurrio. Edita Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid 1.969.

VILLANUEVA PRIETO J. M. Relación entre acción judicial y social en materia de guarda y custodia y adopción. En Aspectos jurídicos de la Protección a la Infancia. Edita Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid 1.985.

MATO GÓMEZ J. C. La atención social a la infancia en riesgo. La perspectiva española. En IV Congreso sobre Infancia Maltratada. Edita Adima, Sevilla 1.995.

MERÍN CAÑADA T. Aspectos jurídicos y sociales de la infancia, en Congreso Internacional de Educación Infantil. Edita Consejería de Educación, Comunidad de Madrid. Madrid 1990.

MERÍN CAÑADA T. Sistemas de protección a la infancia. III Congreso Estatal sobre Infancia Maltratada. Edita Federación de asociaciones para la prevención del maltrato infantil. Madrid 1993

MERÍN CAÑADA T. Hacia un concepto legal de "buen trato", en III Jornadas sobre Infancia maltratada en la Comunidad de Madrid. Edita Asociación madrileña para la prevención de los malos tratos en la infancia. Madrid. 1.996

RUIZ VADILLO E. La Constitución española y el Derecho civil, en Revista de Derecho Privado. marzo 1.979.

RICO PÉREZ F. La protección de los menores. Edita Editorial Montecorvo S.A. Madrid 1.980.

GULLON BALLESTEROS A. Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. La Ley, nº 3970 de febrero de 1996.

GONZÁLEZ SOLER O. Algunas consideraciones sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Bienestar y Protección Infantil nº 3 Junio 1.996.

HIERRO L. L. Los derechos de la infancia. Razones para una Ley Infancia y Sociedad nº 27-28. 1.994.

DIEZ-PICAZO L. Familia y Derecho. Edita Civitas. Madrid 1.984

GRACIA FUSTER E. Y MUSITU OCHOA G. El maltrato infantil. Un análisis ecológico de los factores de riesgo. Edita; Ministerio de Asuntos Sociales Madrid 1.993

VARGAS CABRERA B. La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Edita Editorial Comares Granada 1.994.

FELIU REY M. I. Comentarios a la Ley de Adopción Edita Tecnos, Madrid, 1.989

PÉREZ ÁLVAREZ M. A. La nueva adopción Edita Civitas Madrid 1.991.