

La protección de menores. Mucho camino por recorrer todavía

Francisco Cárdenas Ropero

Presidente de APRODEME¹; Director adjunto para Europa de SPMUDA, International Organization for Peace and Development; Vice-presidente de la Fundación Internacional Raíces y Derechos (Roots and Rights International Foundation)

El respeto a los derechos de nuestros menores es una prioridad en nuestra sociedad, que debería dedicar a ello lo mejor de sí misma.

Cualquier familia, en el sentido más amplio e integrador de este concepto, puede tener, a lo largo de su vida, dificultades de muchos tipos: económicas, personales... e incluso necesitar ayuda para salir adelante lo mejor posible. Y con frecuencia, hay menores implicados que sufren las consecuencias de esos problemas. Una actitud, lo que parece que todos esperan y aceptarían, es que en casos así la Administración ayudara en ejercicio de la función que tiene de garante de un estado social del bienestar determinado.

Pero bien al contrario, cuando se da una situación de este tipo, y se recurre a la ayuda de los servicios responsables de menores, o ellos deciden irrumpir en tu vida, la reacción es –demasiado a menudo- justo la contraria. El primer paso es quitar al niño de esa familia. Y se justifica desde el punto de vista de la prevención. Prevención, en todo caso, de los técnicos de la Administración que ven así cubiertas sus espaldas ante posibles problemas que se pudieran generar. Un niño arrancado de una familia en dificultades y puesto en un centro seguro que no nos generará problemas y contribuirá, además, a mantener en funcionamiento un enorme sistema muy cuestionado desde prestigiosas organizaciones como Amnistía Internacional. En España se da la paradoja de que somos el país con más adopciones internacionales,

¹ APRODEME (www.aprodeme.org), está inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones en el Grupo 1 Sección 1, núm 597269. Cuenta con más de 700 miembros en toda España. No cobra cuotas ni recibe ayuda material de ningún tipo. Dispone de una red de abogados, trabajadores sociales, psicólogos... que asesoran y colaboran en los diferentes casos

pero también el que más niños tiene en instituciones ¿Pero, de verdad es lo mejor para ese menor?

Todos los expertos coinciden en que no. Que el último recurso siempre ha de ser arrancar a un niño de su familia, intervención que debe estar reservada a casos muy excepcionales. Y sin embargo, desde la Administración y con demasiada frecuencia, es lo primero que se hace.

Los servicios de protección de menores en España necesitan una profunda renovación. Como también ocurre en otros ámbitos, la distancia entre las buenas voluntades políticas, incluso las leyes, y el quehacer diario de los funcionarios implicados es demasiado grande.

Aunque las competencias en la protección de menores están transferidas a las Comunidades Autónomas, encontramos –por desgracia- muchas similitudes en las maneras de actuar.

Son siempre situaciones diferentes, cada una un mundo, pero se repiten unas actuaciones que todas las personas afectadas denuncian: se prejuzga, se toman decisiones que luego se han de justificar como sea, los adultos se sienten maltratados, no se recibe ayuda,...

El “interés superior del menor” es el principio que todo lo rige. Y todos estamos de acuerdo, excepto cuando se convierte en una patente de corso que la Administración esgrime para justificar cualquier paso, cualquier decisión que toma. Inexplicablemente miles de niños están en una situación legal de “desamparo”, que no se justifica en absoluto y debería reservarse para aquellos casos de una gravedad manifiesta, casos que todos podemos imaginar. Como mucho estarán en una situación de riesgo, ante las dificultades familiares que señalaba al principio. Pero entonces los técnicos de la Administración no podrían campar a sus anchas y necesitarían intervención judicial.

La Administración, delante de un juez, tiene presunción de veracidad. Y eso está muy bien, pero si existen los mecanismos de control para alejar las arbitrariedades. Con frecuencia asistimos a juicios en los que la familia que lucha por sus hijos aporta infinidad de pruebas, y la Administración, en el mejor de los casos, ninguna y con frecuencia calumnias o interpretaciones. No necesita pruebas.

Y aunque es muy difícil que un juez lo haga, cada vez son más los que cuestionan el quehacer de una Administración necesitada de aire nuevo. Hace un tiempo una

condena a la Generalitat de Cataluña a pagar un millón de euros (sí, lo han leído bien) a una familia. Poco después otra sentencia que ordenaba a esta misma Administración la devolución inmediata a una madre de la niña arrancada injustamente. Muy recientemente otra decisión del Tribunal Supremo de Asturias ordenando la devolución de una niña a su padre... Y además de la importancia de la decisión en sí, es de destacar toda la argumentación de las sentencias, en las que se pueden leer frases como "... se demuestra el fracaso del sistema".

Fracaso del sistema. Lo dicen los jueces que se enfrentan cada día a situaciones parecidas.

No deja de sorprender que si se habla con la administración, se quejan de la lentitud de la justicia. Si se habla en el entorno de la justicia, entonces la queja es en sentido contrario. Y mientras tanto entre unos y otros, si me lo permiten, la casa sin barrer. No deja de ser chocante que una máxima responsable de estos asuntos en una comunidad autónoma pida, en el Senado, más formación para los jueces. ¿Y para sus técnicos? ¿O quería decir mayor sumisión? Aunque también reclamaba leyes que den más agilidad, cuando luego pueden tener un papel encima de la mesa meses y meses, manteniendo el estado de desamparo innecesariamente.

Demasiadas disfunciones, que derivan en situaciones particulares incomprensibles y muy dolorosas, pero que de alguna manera nos afectan a todos. Afectan a nuestra salud como sociedad, que no puede permitirse que las calumnias, la prepotencia, las falsas sospechas, los comentarios sacados de lugar... acaben causando perjuicios muy graves a tantos menores, indefensos por su naturaleza, y a tantos adultos, desprotegidos por un sistema que necesita una renovación profunda.

Quizá deberíamos cambiar algunas cosas desde la raíz, y en vez de fijarnos sólo en los factores de riesgo hacerlo también en las potencialidades de la familia, en su sentido más amplio, para saber entonces cuales son los factores de protección. Está demostrado que los países que dedican grandes esfuerzos a la intervención familiar, muchos menores pueden volver a sus casas y las familias pueden resolver las dificultades que en un momento puntual hayan tenido.

De dónde venimos

Para entender la situación actual de la protección de menores en España es importante saber de dónde venimos. Aunque el primer Tribunal Tutelar de Menores fue creado en el año 1922, la Ley vigente durante la mayor parte del siglo XX data de 1948. Los menores infractores de la ley penal y los menores desamparados, eran recogidos por este tribunal e ingresados en centros hasta su mayoría de edad. Entonces se consideraba que el *bien del menor* era recibir una cierta educación hasta que fuera mayor, con independencia de la causa que había motivado el ingreso. En todo este proceso no intervenían jueces, fiscales ni por supuesto abogados. Aquel tribunal especial velaba por todo en *beneficio del menor*. Años después, la Constitución Española de 1978 estableció que nadie puede ser privado de libertad sin procedimiento previo, y por tanto, también los menores pasaron a ser iguales que los adultos ante la ley. Aún así la norma de 1948 siguió vigente hasta que una sentencia del Tribunal Constitucional la declaró inconstitucional. Desde entonces los menores infractores deben tener un proceso penal con garantías, ante un juez de la jurisdicción, con un abogado y un fiscal. En estos casos se les aplicarán medidas dirigidas a su reeducación.

Se inició entonces un proceso de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas, que las fueron asumiendo y en 1985 se elaboró la primera Ley de Infancia del nuevo período democrático. Se organizaron los primeros departamentos de atención al menor... conformando poco a poco la situación actual. Una situación extremadamente compleja, donde conviven en algunos casos más de veinte tipos diferentes de entidades en una sola comunidad autónoma y todas preocupadas por el bienestar del menor.

La protección del menor por inadecuado ejercicio de la potestad, la ostenta la administración. Su revisión judicial es a través de los jueces de familia. Si hay un menor en riesgo se prioriza la celeridad en la toma de decisiones frente a las garantías procesales que conlleva todo proceso judicial, que de por sí ya es lento, al exigir pruebas antes de realizar acciones y tomar decisiones. La letra de la ley no es desacertada. El problema es su interpretación. La distinción del menor en riesgo o en desamparo, que la norma distingue, en la realidad no es así. La dinámica de trabajo ha hecho que las administraciones asumieran multitud de tutelas y declaraciones de desamparo, como medida preventiva, no ante hechos probados. En respuesta a ello

se dice que no se está protegiendo al menor si hay que esperar a que sea maltratado para actuar. Sin embargo, actualmente el proceso de resolución de desamparo carece de garantías procesales y administrativas.

Si el proceso administrativo estuviera basado en pruebas objetivas y garantías procesales, como en cualquier otro proceso judicial, estaríamos ante una situación correcta. Pero no es así cuando la retirada de un niño puede durar media hora o dos años. No hay límites a la intromisión en la intimidad de las familias en aras del presunto *interés del menor*. El niño debe estar en su familia y con la debida vigilancia de la administración, pero no al revés. Además, superados todos estos obstáculos, en un proceso judicial las familias no tienen pruebas de los menores porque no tienen acceso a ellos durante el proceso. El ámbito civil está para que los particulares discutan sus diferencias, pero como excepción, también se hace con los asuntos de menores en los que una de las partes es la Administración. Así que es imposible hablar de igualdad de derechos entre unos y otros.

En los últimos cuarenta años hemos asistido en este país a cambios importantes en todas sus estructuras. Aparentemente también los servicios de protección del menor participaron de este cambio. Pero a pesar de los evidentes cambios formales, creo que se heredaron prácticas y actitudes que no están tan lejos de aquella época de arbitrariedad, donde el control era nulo. Donde el poder de un técnico (o quien hiciera esas funciones en ese momento) era total y podía decidir sobre la vida de un menor, y por tanto de su familia, sin dar explicaciones a nadie. Donde era poseedor de "la verdad". Por supuesto, sin controles judiciales ni de ningún otro tipo. Y esas actitudes y maneras de hacer subyacen todavía en buena parte del quehacer de nuestros responsables de menores.

Quiero dejar claro también, aunque sea obvio, que no todos los técnicos son así, ni todos los responsables políticos comulgan de esta organización. Que la administración hace muchas veces lo que ha de hacer, por dolorosas que sean sus decisiones y actuaciones que lleva a cabo. Que por desgracia las situaciones de extrema gravedad en las que la administración ha de intervenir se dan. Aunque son las menos. La gran cantidad de quejas, errores graves, decisiones injustas que están aflorando en los últimos años (no porque haya más, sólo porque pueden salir a la luz) nos lleva a pensar que es necesario replantear en profundidad nuestro sistema de protección del menor.

Un problema que no por oculto es menos importante. Oculto porque las familias se ven lacradas por la retirada de un hijo (“... *algo habrán hecho...*”) o por su incapacidad para denunciar el problema por falta de recursos, de información, o porque pleitear con la administración no es fácil.

Lo que ocurre ahora:

En la Asociación para la Defensa del Menor, APRODEME, no paramos de recibir cada día mensajes desesperados de personas que han visto retirada la tutela de sus hijos. De abuelos o tíos que no son valorados como familia extensa, de padres y madres que ven impotentes cómo su hijo es internado en un centro, con un limitadísimo régimen de visitas y desde esta situación han de “reconstruir los vínculos familiares...”. Familias de acogida que se sienten ninguneadas por la administración, instrumentalizadas. Demasiados mensajes de dolor e impotencia.

Las situaciones por las que muchas familias han de pasar son inverosímiles. Si bien todo el mundo sabe que uno es inocente hasta que no se demuestre lo contrario, aquí pasa al revés. Las familias han de demostrar que son “buenas” frente a las afirmaciones del funcionario de turno, guiado muchas veces por sospechas, llamadas anónimas, indicios...

Existe un principio que ha hecho fortuna y que está recogido en todas las leyes y sentencias: el interés superior del menor. Cualquier decisión se justifica por el interés del menor. Pero ha acabado convirtiéndose en una coletilla sin contenido, como reconocen prestigiosos juristas y algunas sentencias de altos tribunales. Tan solo existe el interés de cada menor en concreto, que sólo en casos muy excepcionales será otro diferente al de estar en su familia. Por muchas dificultades que esta familia tenga.

Los servicios de protección del menor deben existir y lo harán bien muchas veces, pero los dramas humanos que hay en la actualidad son suficientemente graves como para concluir que hay que modificar el sistema de protección de menores.

A modo de rápido diagnóstico señalo lo que pasa hoy en día:

- Un técnico, por vía administrativa retira un menor. Sin derecho de defensa ni garantías procesales. El sistema actual es perverso; los equipos técnicos realizan un informe propuesta y los jurídicos la validan, le dan formato jurídico y

la ejecutan. Con posterioridad, una vez el menor está fuera de su entorno, pueden transcurrir hasta seis meses para un nuevo informe en que se confirme o no, la resolución administrativa.

Ahora los técnicos aúnan en su labor las tareas de evaluar, juzgar y resolver sobre un caso, reuniendo las funciones de policía, técnico y juez, sin que haya separación de poderes ni otras instancias que intervengan. Esto otorga a los técnicos el poder de decidir sobre las vidas de los usuarios sin dar cuentas.

Por eso califico el sistema actual de perverso: una actuación por vía administrativa² que ha de recurrirse ante un juez, sin el menor con su familia.

- El expediente administrativo incluye lo que los técnicos consideran adecuado, porque lo hacen ellos. No todo. Esto lleva admitir denuncias anónimas, sospechas, indicios... Con frecuencia se leen expresiones como "... se sospecha que...". Además, con frecuencia el expediente se construye sobre la base de informes de hace años, en un caso que ha ido pasando de equipo en equipo arrastrando afirmaciones o describiendo situaciones de hace años, que no tienen por qué seguir vigentes.
- No existen protocolos claros de actuación. Estos protocolos están definidos en la comunidad científica. Pero su aplicación se deja a voluntad del técnico correspondiente. La arbitrariedad en las decisiones está servida.
- Una situación recurrente es lo que los abogados definen como "la inversión de la carga de la prueba". Ante acusaciones de cualquier tipo las familias han de demostrar que son buenas, que cumplen, que no son ciertas determinadas afirmaciones... Nuestro estado de derecho funciona, precisamente, en sentido contrario.
- La administración se excede en su injerencia. Está claro el principio de prevención. Pero con frecuencia ésta es malentendida. Por ejemplo, son numerosos los casos en los que se disparan todas las alarmas ante un posible

² Cualquier resolución en derecho administrativo puede recurrirse. El recurso paraliza la ejecución hasta que se resuelve. Así pasa en cualquier parte del derecho administrativo menos en el ámbito de menores. Se comunica la resolución y se ejecuta en el mismo momento. Posteriormente se puede recurrir frente a los mismos técnicos que te la acaban de imponer y ejecutar.

caso de maltrato a un menor que es llevado por sus padres a urgencias. El médico avisa a los servicios sociales y estos se personan en el hospital, quizá acompañados de la policía, para retirar al menor que ha sido víctima de un accidente doméstico. Cualquiera puede imaginar la situación.

- Las prioridades están invertidas. Si todos coinciden en que un menor ha de estar en su familia como opción preferente, o en la familia extensa como segunda opción, o en una familia de acogida ajena cuando esto no es posible, y sólo ingresado en un centro en casos extremos, las prioridades no parecen ser estas. Tomando como base sólo el criterio económico³, a ayuda en la propia familia se destinan 1.275 € anuales. Para acogimiento en familia una media de 2.600 € anuales. Si es en familia ajena la cantidad es de 3.130 € y en centros esta cantidad asciende a 30.000 a 40.000 euros anuales por menor. Es decir la opción prioritaria merece 3,5 euros diarios por menor y la última 130 euros
- Por otra parte están apareciendo sentencias durísimas contra el sistema, que tendrían que llevarnos a pensar, y sobre todo a cambiar:

Una sentencia del Tribunal Supremo⁴ que revoca una sentencia de la AP de las Islas Baleares coincidente con la de primera instancia y dice: *“la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor”...*, ... *“se invoca a los simples efectos introductorios, el criterio del interés del menor, que se identifica en los textos que se citan y que según la sentencia recurrida constituyen “cita obligada”, pero no se aplica ningún criterio integrador del interés ...”, o... “ni se explica por qué considera que dicho interés está bien protegido...”*

Una sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla⁵ en la que el juez ha de decirle a la Administración que no existe desamparo, sino únicamente carencias de tipo material y económico.

³ Los datos corresponden a Cataluña. Probablemente las proporciones no sean muy diferentes en otras comunidades

⁴ Sentencia de 25 de mayo de 2012 del Tribunal Supremo

⁵ Sentencia 4/2005 de 19 de enero de la sección 6ª de la AP de Sevilla

O el caso de un niño abandonado por sus padres biológicos que lleva dos años atendido por un matrimonio. La sentencia⁶ da a este hecho, el de la tutela efectiva, un estatuto legal. La administración no lo admite, cree que la consideración legal está por encima del cuidado efectivo y real. El juez no permite el abuso que supone declarar a ese niño en desamparo, para así tener las manos libres y llevarlo a otra familia.

O el caso de un menor, acogido en una familia, que después de más de un año está perfectamente integrado. El juez obliga⁷ a que sea adoptado por esta familia, aunque la administración no les haya dado la idoneidad. Para el juez lo primero es la felicidad del menor, por encima de los protocolos administrativos.

O una sentencia en la Audiencia Provincial de Barcelona⁸ contra el Instituto Catalán de Acogimiento y Adopción, ICAA, que pretende establecer hasta cuántos hijos hay que tener, ya que a una familia con tres biológicos que quieren adoptar dos hermanos les dice que no, que sólo uno.

Podríamos poner muchos más ejemplos. Demasiados casos en los que la tutela administrativa ha sido una lacra. Y estos son los que llegan a los tribunales, los que tienen detrás familias con capacidad y recursos para pleitear. Son muchos más los que, comprensiblemente, no se denuncian. Demasiados casos de abuso del “desamparo” con la consiguiente retirada de la tutela.

Un sistema que fracasa porque, por ejemplo, sólo el 20% de los menores que entran en centros sale con la secundaria⁹, o porque buena parte de los hijos de menores tutelados son a su vez tutelados. Un sistema de protección que fracasa porque sólo se dedica al control, no a dar soporte a las familias. Todo se hace por el niño, pero sin el niño.

⁶ Sentencias 181/2004 y 183/2004 de la sección 1ª de la AP de Cádiz

⁷ Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm 29 de Madrid de 24 de febrero de 2011

⁸ Sentencia nº 377/2009 de 29 de junio de la sección 18ª de la AP de Barcelona.

⁹ Cifra estimada de diferentes estudios, no hemos encontrado estadísticas oficiales

Y hacia dónde vamos

El Parlamento español aprobó hace poco la nueva Ley del Menor. Es una ley que viene a poner orden en la abundante legislación, incorporando alguna novedad importante, aunque muchas de las cosas que se plantean ya se podían hacer con la normativa actual. Por ejemplo, se establece que ningún menor de 3 años esté en un centro, algo reiteradamente manifestado por responsables políticos de todos los gobiernos. Nadie obliga ahora a que no sea así, aunque bienvenido sea que se recoja en una norma de rango superior.

En los debates en el Senado se hablaba de romper con el criterio excesivamente biologicista¹⁰. En el fondo, la ley está estableciendo que el menor y su familia son dos entidades separadas y que lo que conviene al menor es algo que trasciende al hecho de crecer y estar *en su familia*. No se entiende que el mejor lugar para un menor es SU familia, por muchos problemas que tenga. No se entiende que la felicidad de un menor también pasa por la felicidad de unos adultos, sus padres. Se subraya que la reintegración de un menor en su familia no es un derecho de los padres. Echamos de menos alguna afirmación como “el niño tiene derecho a crecer y educarse en el seno de su propia familia”¹¹.

La Ley dará más prerrogativas a la Administración responsable de menores para intervenir. Se establece un nexo claro entre las situaciones de riesgo y de desamparo, como graduaciones diferentes de una realidad., cuando las diferencias de temática, gravedad, urgencia son importantes. Las situaciones de riesgo, menos graves, deberían estar fuera del sistema de protección, y no cuestionarse que ese menor estará mejor fuera de su familia.

Y no se corrige lo que consideramos una pieza definitiva del sistema. La declaración de desamparo sigue en manos de técnicos de la administración de menores, no del sistema judicial. No ocurre así en países de nuestro entorno como Francia, Italia,

¹⁰ “Hay que romper con ese criterio excesivamente biologicista que ha venido inspirando la actuación de las administraciones y de los jueces en los últimos años” (Comisión del Senado, acta nº 118, pg. 23).

¹¹ Artículo 1º de la Ley de protección italiana: L 184 de 4/05/1983, corregida por la L 149 de 28/03/2001

Portugal o Inglaterra, o más lejanos como Perú. Nuestro sistema se desjudicializa cada vez más.

Una de las novedades más importantes, positiva, hace referencia a la “adopción abierta”: el adoptado podrá mantener contacto con su familia de origen, por supuesto con las autorizaciones adecuadas y el visto bueno de los implicados. Es una buena medida porque normalizará situaciones que se dan que los menores pueden vivir con total naturalidad, en ocasiones mucho más que los adultos.

También es de destacar el reconocimiento del derecho de los menores de 12 años a ser oídos.

La Ley hace una opción clara por el acogimiento. En un país tan solidario como el nuestro sorprende que esta no sea ya la opción mayoritaria, que no haya más familias acogedoras, y que su experiencia, con frecuencia, sea tan mala. Muchas se quejan de que son ninguneadas por la administración, utilizadas como simples instrumentos.

Con todo habrá que esperar a los reglamentos que desarrollarán la ley y sobre todo a su aplicación.

Algunas propuestas:

- Trasladar la condición de desamparo al ámbito judicial. En la actualidad sólo el ámbito judicial garantiza el derecho efectivo de defensa. El argumento en contra de la celeridad, la urgencia de actuar ante situaciones graves no se aguanta: ahí está la violencia de género, donde es un juez, no un técnico, el que decreta una orden de alejamiento.
- El reconocimiento de los vínculos afectivos (los únicos que entiende un menor) por encima de los vínculos legales o administrativos. Los técnicos de la administración de menores deberían fijarse más en las potencialidades de la familia y no sólo en los factores de riesgo.
- Establecer mecanismos para la evaluación de resultados, transparencia, acceso a la información.

Mayor transparencia en una organización compleja, con importante intervención del sector privado a través de contratos, subvenciones... , con redes tupidas de entidades, fundaciones, empresas...

- Que haya un sistema de auditoría y evaluación: Establecer un sistema de indicadores de calidad, que se mantenga en cada memoria anual y que incluya elementos como: ¿cuántos menores que pasan por centros se rehabilitan? ¿cuántos hijos de tutelados vuelven a su vez a ser tutelados? Habría que ir más allá de los actuales datos cuantitativos (cuántos niños tutelados, en centros...) para evaluar la eficiencia del sistema.
- Un mayor control y más participación de colectivos y profesionales no vinculados a la administración directamente. Cuando una parte del estado como es la protección del menor tiene tanto poder han de existir los mecanismos que garanticen que no se abuse de ese poder.. En la actualidad, en el ámbito de menores, ese control no existe. Cuando es un juez el que ha de revisar y decidir sobre una situación quiere decir que ya ha pasado mucho tiempo, que familia y administración están claramente enfrentadas. Que el problema debería haberse resuelto mucho antes.

Estas son sólo algunas propuestas, hay muchas más.

Acabemos con tantos dramas ocultos, con tanto dolor. Administración y familias han de ser cómplices en la búsqueda de la felicidad de nuestros menores. Creemos en la prevención, en la ayuda a la familia, en poner a trabajar lo bueno y mejor de nuestra sociedad en la protección del menor y de sus familias. Hoy, por desgracia, estamos muy lejos todavía.