



No fogar dos “xabaríns”, “bolboretas”,

“xílgaros” e “anduriñas

ACTUALIZACIÓN LEGISLATIVA EN PROTECCIÓN A LA INFANCIA: INTERVENCIÓN SOCIOEDUCATIVA EN ACOGIMIENTO RESIDENCIAL

Módulo 2: LOS NIÑOS Y LOS DERECHOS HUMANOS: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Introducción

1. El Interés Superior del Menor en los supuestos de desprotección infantil.
2. Criterios de valoración del interés superior del menor.
3. La obligación de escuchar al menor en todas las decisiones que le afecten: la audiencia del menor.
4. La reintegración familiar del menor.

CONCLUSIÓN



Introducción

En este módulo abordaremos el potencial que un principio como el del interés superior del menor puede tener para reforzar el desarrollo de derechos de la infancia. Vamos a analizar cada una de las situaciones en que han de tenerse en cuenta en la protección al menor y la respuesta que ofrece el ordenamiento jurídico, que afectan tanto al menor como a los titulares de la patria potestad y custodia del menor.

El objetivo de este estudio es que conozcáis las medidas más importantes que han de acordarse en los procesos de protección, siempre persiguiendo el interés superior del menor y analizando cómo se aplican a los muy variados casos que se presentan ante las situación de desprotección de los menores.

Vamos a empezar esta unidad didáctica estudiando el principio del interés superior del menor. Para ello, nada mejor que comenzar con un ejemplo:

Ejemplo:

Lidon, I. (15 septiembre 2016). [La madre del niño preadoptado incumplió el régimen de visitas antes de que fuera enviado a Valencia](#). El Mundo.

Reflexionad sobre esto a continuación, pues el objetivo es que comprobéis si mantenéis la opinión de partida o la cambiáis, fruto del trabajo realizado.

La [Convención sobre los Derechos del Niño](#) dice en su **Artículo 3**

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será **el interés superior del niño**.

Encontramos, tras su análisis, una funcionalidad característica del interés superior del menor:



- **Función inspiradora** tanto de políticas como de legislación nacional o internacional susceptibles de afectar de algún modo a los menores de edad y para quienes han de aplicarlas. Desde esta perspectiva, el interés superior del menor es el motivo de la existencia de la misma de la Convención que lo proclama.
- **Función interpretativa:** toda norma que haya de aplicarse en una situación que afecte real o potencialmente a un menor debe interpretarse a la luz de su interés superior, lo implica aplicar la interpretación que satisfaga en mayor medida este interés.

¿Qué es eso del Interés Superior del Niño? Ellos opinan

El interés superior del menor es un **concepto jurídicamente indeterminado** debido a la heterogeneidad de sus titulares. Pueden ser individuales (un niño) o colectivos (un grupo de niños o todos ellos), por lo que no cabe una definición útil.

Ningún niño ni grupo de ellos es igual a otro, sino que tienen necesidades distintas en función de las circunstancias que les rodean: un niño huérfano, separado de su familia ([Observación General N° 6](#)), discapacitado ([Observación General N° 9](#)), refugiado, un niño soldado o víctima de un conflicto armado, un indígena ([Observación General N° 11](#)), una víctima de abusos sexuales o escolares, hijos de padres separados amistosamente o no, etc.

Existen otros factores que multiplican esta heterogeneidad, como:

1. Las diferencias de edad y madurez de los niños,
2. Los factores de afectación al desarrollo del niño, mutables en circunstancias que pueden parecernos objetivamente similares,
3. La evolución particular del menor (nivel de desarrollo emocional, autonomía...),o
4. Su mismo entorno social.

Por todo ello, no existe una única fórmula para resolver del modo que más pueda beneficiar el interés de los menores, por lo que precisa interpretaciones en concreto, dependiendo del contexto en el que se desenvuelve el niño y de sus necesidades particulares.

El interés superior del menor puede afectar al disfrute de derechos de terceros.

Un ejemplo es el caso conocido como “[el niño de El Royo](#)”, entregado en acogimiento preadoptivo debido a las enfermedades de los progenitores (esquizofrenia el padre y



trastorno bipolar la madre). Después de 17 meses con la familia de acogida fue entregado en 2002 a la madre biológica al entender el juez que el cuidado del menor beneficiaría a la madre.

En la protección de este menor, ¿es lícito pensar en el beneficio para la madre? ¿Sería más adecuado pensar en lo menor para el niño?

¿Cómo se resuelve esta cuestión?

En este caso encontramos por una parte el interés superior del niño frente al interés de la madre. Si no pudieran equilibrarse, prevalecería, en aplicación de la Ley española el interés superior del niño.

Se deberán priorizar «las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes», pero de no ser posible, prevalecerá “el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Así lo proclama el nuevo artículo segundo de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Aunque se trata de una norma española, la respuesta que proporciona a la cuestión es fruto de una correcta interpretación de la [Observación General N° 14](#) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (pp. 258-277, artículo 3, párrafo 1), en la que se dota de contenido al interés superior del menor.

¿Quién identifica el interés superior del menor?

El órgano encargado de adoptar la decisión concreta, ya se trate de adoptar una norma o de aplicarla, ya sea administrativo o judicial. Para ello, la opinión del niño afectado puede ser relevante, por lo que en función de su madurez se considerarán sus opiniones.

El artículo 12.2 de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#) establece la obligación de proporcionarle la “oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante



o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Es importante tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- Es el derecho a ser escuchado, que no meramente oído.
- Es un derecho del niño, por lo que puede ejercerlo o renunciar a él.
- El niño ha de ser capaz de comprender y evaluar las consecuencias de su opinión, así como del asunto en el que participa. La madurez del niño para formar su opinión y expresarla no es fácil de definir. El Comité de los Derechos del Niño considera que un niño goza de la madurez suficiente cuando es capaz de “expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente” ([Observación General nº 12](#)).
- Según el mismo comité, “las opiniones del niño deben tenerse debidamente en cuenta, siempre que un análisis, caso por caso indique que el niño es capaz de formarse un juicio propio”.

¿Qué opinas del hecho de que se escuche la opinión del niño? ¿Crees que es una práctica habitual?

Supuestos más frecuentes en su aplicación

Tradicionalmente, el principio del interés superior del menor se ha aplicado en el derecho de familia, por lo que no es de extrañar que los supuestos más frecuentes se encuentren en este ámbito. Sin embargo, en los últimos tiempos su consideración se ha extendido a otros como el derecho laboral o el penal.

En el derecho de familia, es necesario considerar el interés superior del menor para resolver situaciones de riesgo o desamparo, para enfrentar problemas derivados de la custodia en casos de divorcio (en los que se suscitan cuestiones muy variadas) o para resolver supuestos en los que se produce la sustracción internacional de menores por uno de sus progenitores, entre otros.



Los casos más habituales son los divorcios, en los que, según la legislación española, si los padres llegan a un acuerdo acerca de la guarda y custodia de los hijos, será este el que se aplique. Según el [Código Civil](#) español:

Artículo 92

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

Esto se traduce en que, de las posibles soluciones posibles, el Juez ha de decantarse por la que responda en mayor medida al interés superior de los menores cuya guarda y custodia se está discutiendo.

Problemas que plantea su aplicación

A lo largo de este texto ya se han ido mencionando algunos de los problemas que suscita la aplicación del interés superior del menor.

Uno de ellos era la consolidación de una situación cuyo origen es ilícito, como evidencian algunos supuestos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los hijos de parejas de dos nacionalidades diferentes. En ellos, la aplicación del interés superior del menor consolida una situación con un origen proscrito por la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, pues transcurrido un plazo beneficia al sustractor, en la medida en que en determinados supuestos, el transcurso del tiempo unido a la búsqueda de ese interés aporta legalidad a una situación con origen ilícito.

Asimismo, el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño refleja en su [Observación General N° 14](#) (pp. 258-277) que su carácter primordial debe evaluarse del siguiente modo:



36. El interés superior del niño debe ser una consideración primordial en la adopción de todas las medidas de aplicación. La expresión "a que se atenderá" impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome.

Esto se traduce en que el interés superior del niño ha de estar por encima de otras consideraciones, aunque esta prioridad ha de estar dotada de cierta flexibilidad en la medida en que las circunstancias del caso así lo aconsejen, siempre “teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que **los intereses del niño tienen máxima prioridad** y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a **lo que sea mejor para el niño**” (Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, [Observación General N° 14](#), p. 258-277).

Caso práctico

Antonio y Carmen tienen tres hijos de 13, 11 y 7 años. Cuando se divorciaron, un juez decidió que Antonio se quedaría con la guarda y custodia de los menores en su casa de Gran Canaria, mientras que ella residió en la isla de La Palma, estableciéndose períodos de visita en fines de semana alternos.

Dos años después, Carmen contrae matrimonio de nuevo, cambiando su domicilio a Gran Canaria e inmediatamente solicita la atribución de la guarda y custodia de sus hijos.

Esto implicaría el traslado de la residencia de los menores al nuevo hogar de Carmen, en un municipio a 80 km de su residencia actual.

Antonio afirma que la mejor manera de defender el interés de los menores es que se mantenga la situación actual, debido a que los niños se encuentran plenamente integrados en el entorno escolar, familiar y social del lugar en el que llevan residiendo dos años.

Finalmente, el Tribunal admite la solicitud de Carmen, afirmando que, durante la convivencia de los progenitores, era la madre la que se ocupaba personalmente y en mayor medida de atender todas sus necesidades, aunque el padre le ayudara cuando su ocupación laboral se lo permitía, y que lo mejor para los niños es que la guarda y custodia corresponda a la madre, apoyando su decisión en que dicho cambio de domicilio no supondrá problemas de adaptación de los



menores.

A la luz de lo que trabajaste sobre el interés superior del menor, explica que postura respondería en mejor medida al interés superior de los menores. (Extensión alrededor de 300 caracteres)

1. El Interés superior del menor en supuestos de desprotección infantil

Con respecto a la nueva regulación legal, la reciente Ley Orgánica 8/2015, incorpora tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de [la Observación general nº 14](#) (2013), del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) y trata de adaptarse a sus requerimientos reforzándolo, a la vez que engloba su triple naturaleza.

Así Cardona Llorens, en su artículo [El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los xxv años de la Convención](#) señala que:

“La naturaleza del interés superior del niño es una de las mayores aportaciones de la Observación General, pues implica una aclaración especialmente importante de la perspectiva desde la que se ha contemplado tradicionalmente este concepto. Conforme con dicho párrafo el Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

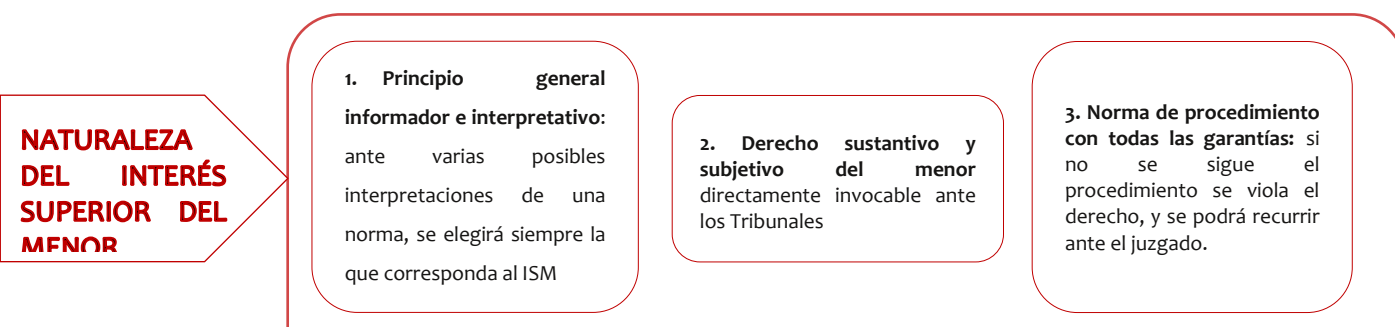
a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.



b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y como se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

Triple naturaleza de ISM



De este modo, supone una mejora con respecto a la regulación previa, ya que hasta la publicación de las nuevas leyes la normativa estatal **no recogía ninguna técnica para su valoración**, lo que había dado lugar a divergencias en su interpretación a la hora de justificar distintas decisiones que afectan a la vida del menor.

Recuerda:



Según la Observación general nº 14, la evaluación y la determinación del interés superior del niño son deben ser respetados antes de tomar cualquier decisión.

“La evaluación del interés superior” consiste en evaluar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto.

El Comité considera que las opiniones del niño, su identidad, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, los cuidados, la protección y la seguridad del niño, su situación de vulnerabilidad y su derecho a la salud y a la educación son elementos fundamentales para la evaluación y la determinación del interés superior del niño.

Es posible que estos elementos no sean pertinentes en todos los casos y que haya variaciones entre un niño y otro y entre un contexto y otro, pero la exigencia de un equilibrio objetivo en la evaluación del interés superior del niño es un dato incuestionable.

Por otra parte, entre las garantías procesales destinadas a asegurar la consideración primordial del interés superior del niño, el Comité destaca la necesidad de respetar los elementos siguientes:

- El derecho del niño a expresar sus opiniones,
- El establecimiento de los hechos por profesionales formados que tengan la experiencia requerida en un ambiente y circunstancias adaptados a los niños,
- La percepción del tiempo,
- La asistencia jurídica,
- La motivación, justificación y explicación legales de todas las decisiones,
- El mecanismo de examen y de revisión de ciertas decisiones, y
- La evaluación del impacto de la decisión sobre el disfrute por parte del niño de sus derechos.

2. Criterios de valoración del interés superior del menor

Con la finalidad de objetivar los criterios de valoración del interés superior del menor, el legislador ha recogido en el artículo 10.2 de la mencionada Ley Orgánica una serie de criterios generales para su aplicación e interpretación en cada caso, como ya lo establecieron en su



momento la Children Act de Reino Unido (1989) o la Uniform Marriage and Divorce Act en el Estado de Ohio de Estados Unidos (1973).

La Children Act propone los siguientes criterios que han de ser considerados: *“los deseos y sentimientos del niño; sus necesidades físicas, educativas y emocionales; el efecto probable de cualquier cambio de situación; la edad, sexo, ambiente y cualquiera otra característica suya que el tribunal considere relevante; algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo; capacidad de los progenitores para satisfacer las necesidades del menor y, finalmente, el rango de las facultades a disposición del tribunal o regla mínima de intervención judicial”*.

En base a los mismos, la mencionada norma modifica entonces el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 para incorporar los siguientes **criterios de valoración del interés superior del menor**:

- el derecho a la vida y a la satisfacción de sus necesidades básicas;
- la consideración de sus deseos y opiniones,
- el derecho de participación;
- el derecho a su familia de origen;
- la preservación de su identidad, cultura y religión,
- su no discriminación.

A su vez, conforme a los **principios de necesidad y proporcionalidad** (de manera que la medida que se adopte no limite más derechos que los que ampara), enumera una serie de **elementos de ponderación de los mismos**:

- edad y madurez del menor,
- igualdad y no discriminación,
- el efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo,
- la necesidad de estabilidad de las soluciones,
- la preparación del tránsito a la edad adulta,
- y aquellos otros elementos que sean considerados pertinentes en el supuesto concreto.

Desde la entrada en vigor de las nuevas leyes (tanto de la mencionada Ley Orgánica 8/2015 como de la Ley 26/2015) el interés superior del menor ha de ser estimado siempre **tanto por los profesionales y operadores jurídicos como por las instituciones** (ya sean públicas o privadas), Tribunales y órganos legislativos, y además **es necesario que en la motivación de cada decisión,**



resolución o informe técnico que emitan especifiquen los criterios y valores que han sido tenidos en cuenta, con la finalidad de poder conocer su correcta aplicación.

A título ejemplificativo, es destacable la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de febrero de 2000 (JUR 2000\123432), la cual trata la constitución de la tutela y el nombramiento de tutor de las menores Verónica, Violeta y Patricia, tres hermanas cuya madre común y el padre de dos las dos hijas menores, fallecieron en un accidente de tráfico. En este caso, los abuelos paternos de estas dos hijas se opusieron a la constitución de la tutela a favor de los familiares maternos, pese a que el padre de la mayor de las hijas no mantenía relación alguna con la menor.

Así, a la hora de decidir qué familiar debía ser nombrado tutor de las menores, la Audiencia Provincial llevó a cabo una adaptación del principio del “interés del menor” al caso en cuestión, tomando en cuenta los siguientes criterios: mayor equipamiento de la localidad de residencia de cada uno, mayor adecuación de la edad, el mantener unidas a las hermanas y, por último, la opinión de las menores al respecto, ya que tienen derecho a ser oídas. En este caso, las tres hermanas coincidieron en su voluntad de permanecer unidas en el hogar de su tía materna.

Este pronunciamiento es sumamente interesante por recoger en sus fundamentos de derecho un intento de concreción del concepto jurídico indeterminado del interés del menor al caso concreto, estableciendo para ello unos indicadores de los cuales se sirve el juzgador a la hora de decidir cuál de los familiares es el más conveniente para ser nombrado como tutor de unas menores.

Por su parte, la doctrina del Tribunal Supremo demuestra que nos encontramos no solo ante un principio rector, sino ante un **derecho subjetivo de los menores**.

En este sentido, la STS 620/2015, de 11 de noviembre de 2015 (LA LEY 163156/2015), resolviendo una acción de reclamación de filiación extra matrimonial y de cambio del orden de los apellidos, hace una interpretación de la norma rechazando su interpretación literal justificándolo en el interés superior del menor.

Así el Tribunal Supremo considera que aunque según lo dispuesto en nuestro ordenamiento, «en defecto de la opción prevista en el artículo 109 CC, que es el caso presente, el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre», en este caso concreto y teniendo en cuenta que el interés superior del menor es siempre



el criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, el primer apellido será el de la madre y el segundo el del padre que ejercitó tardíamente la acción de reclamación de paternidad, ya que tal y como dispone, «a la fecha que se resuelve el recurso el menor tiene cerca de seis años, durante los cuales familiar, social y escolarmente se ha identificado para el primer apellido con el de la madre, y con él debe permanecer», pues de lo contrario se estaría comprometiendo su derecho fundamental a la propia imagen.

3. La obligación de escuchar al menor en todas las decisiones que le afecten: a audiencia del menor

El propio ordenamiento jurídico les reconoce a los menores el derecho a ser oídos y escuchados sin discriminación, en todos los procedimientos (ya sean administrativos, judiciales o de mediación) en que estén afectados y que conduzcan a cualquier decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, en función de su edad y madurez (artículo 9.1 Ley Orgánica 1/1996), con lo que se consideran personas en desarrollo que adquieren de forma progresiva plena capacidad para actuar todos sus derechos.

Con el objetivo de garantizar este derecho del menor a ser oído y escuchado, la Ley Orgánica 8/2015 viene a establecer una importante variación del citado artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, precepto que asimismo se complementa con el artículo 9 bis, ter, quater y quinquies de la Ley 26/2015. Con esta modificación, se consagra como un derecho fundamental del mismo su audiencia y defensa en los términos del artículo 24 de la Constitución, cuya vulneración podría suponer una indefensión.

Por otro lado, **se introduce el término madurez en sustitución de juicio**, entendiéndose como “**la capacidad del menor para expresar sus opiniones sobre las cuestiones del asunto en que esté implicado de forma razonable e independiente**”, madurez que será valorada por personal especializado, teniendo en cuenta tanto su desarrollo evolutivo como su competencia para comprender y evaluar el asunto concreto que se tratará en cada caso. Por lo tanto, no establece un límite mínimo de edad para el ejercicio de este derecho, pero sí afirma que **se considerará que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos**.

En tu opinión, ¿En qué supuestos ha de oírse al menor?



Además, con la finalidad de garantizar una atención de calidad, tanto en los procedimientos judiciales como administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, pudiendo ser asistidos, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, preservando siempre su intimidad y utilizando un lenguaje comprensible para él. También se prevé que en el caso de que el menor no pueda ejercitar este derecho por sí mismo (incluso asistido de intérpretes) o no convenga a su interés, se podrá conocer la opinión del menor **por medio de sus representantes legales, u otras personas siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos**, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. En cualquier caso, en las resoluciones habrá de hacerse constar el resultado de la audiencia al menor y su valoración, por lo que se estimará el peso de su opinión en la adopción de la decisión.

¿A que personas crees que pueden referirse, además de a sus representantes legales?

A personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente, como so EDUCADORES-TUTORES, TÉCNICO RESPONSABLE DE CASO, etc.

Finalmente, con la modificación de este artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, se hace una previsión para el supuesto de que tanto en vía administrativa como judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores. La resolución estará entonces motivada en el interés superior del menor indicando expresamente los recursos existentes contra tal decisión, y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante.

Puede apreciarse como **la falta de audiencia del menor (sin ninguna motivación basada en su interés superior) comporta la nulidad de las actuaciones** en la STS 413/2014, de 20 de Octubre de 2014 (LA LEY 149445/2014), en la que el Tribunal Supremo, resolviendo un proceso de divorcio, acordó dicha nulidad de oficio de la sentencia de apelación, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense, en la que se no se había oído a los menores, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la misma para que se les dé audiencia de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, antes de resolver sobre la guarda y custodia de los mismos. Así, tal y como lo expone el Tribunal Supremo, la audiencia del menor es un derecho del mismo en aras a su interés superior:

“cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha



prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio”. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada.

Para saber más: [Estudio sobre La escucha y el interés superior del menor](#). Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia: Defensor del pueblo, 2014

Llegados a este punto, queda claro que la finalidad que se persigue con la audiencia del menor es que en cada caso se adopte la decisión que resulte más satisfactoria para su interés. Por ello, no basta con oír la opinión del menor como si fuera un mero trámite a cubrir, sino que esa opinión del menor respecto de asuntos que le afectan tiene que tomarse en consideración. Si bien la toma en consideración de la opinión del menor sí estará en función de la edad y madurez del mismo.

Preguntas de repaso:

1. Desde la afirmación de los derechos del niño como derechos humanos, los niños dejan de ser objeto de la tutela de los adultos para convertirse en sujetos de derechos.

- ☐ Verdadero
- ☐ Falso

2. La Observación General (OG) N°14 precisa los términos del artículo 12 de la Convención sobre el interés superior del niño:

- ☐ Verdadero
- ☐ Falso

3. El grado de aplicabilidad de este principio depende del estadio de desarrollo del niño, su madurez y su capacidad para intervenir en las decisiones que le conciernen, de manera que:

- ☐ Es necesario escuchar sus opiniones



- Tener en consideración la identidad del niño, expresada en características como “el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad”.
- En las decisiones a adoptar en su favor, preservar el entorno familiar y mantenimiento de las relaciones personales.
- Todas son correctas

4. El menor recibe información sobre el procedimiento que le afecta, tanto en vía administrativa como judicial?

- En la vía administrativa
- En la vía judicial
- En ambas

4. La reintegración familiar del menor

Otro de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos es el derecho de los menores a vivir con su familia, ya que tal y como dispone la Convención de los Derechos del Niño de 1989 en su Preámbulo: «el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión». Además, en su articulado invoca de forma expresa este principio; concretamente en su artículo 9.1 recoge el derecho del niño a no ser separado de sus padres excepto en el supuesto de que fuese lo más conveniente atendiendo a su interés superior, en cuyo caso el menor gozará del derecho a mantener el contacto con ellos (según dispone el párrafo 3 del mencionado artículo 9).

Asimismo, en el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, se reconoce que «para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión» y se recuerda que “cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen”.

Este **principio de reintegración familiar** tiene su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico, ya que así lo recoge expresamente el artículo 172.2 ter del Código Civil.

Ver artículo 172.2 ter Código Civil, pág. 53



Se trata de un criterio de primer orden que va a regir las actuaciones de las administraciones públicas, las cuales deben establecer siempre aquellas medidas de asistencia y protección dirigidas a facilitar el retorno del menor con su familia de origen.

Ahora bien, nos encontramos ante una regulación novedosa ya que el mencionado artículo 172 del Código Civil ha sido modificado por el artículo 2.13, 14 y 15 de la Ley 26/2015, pasando a **desdoblarse en tres artículos**. En el primero de ellos aparece la **regulación de las situaciones de desamparo**, en el artículo 172 bis la **guarda voluntaria** y en el artículo 172 ter se viene a **priorizar la permanencia del menor en su familia de origen** y, en caso de que no fuese posible, en **acogimiento familiar frente al residencial**.

Además, la mencionada Ley 26/2015 establece en su Preámbulo **tres principios que han de guiar las medidas de protección**, constituyéndose como los rectores de la reforma de las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia. De esta forma, el artículo 1.7 de la citada ley, modifica el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996 para recoger en su párrafo 1 que «En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, **“las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas”**». Por lo tanto, nuevamente el legislador viene a priorizar el derecho del menor a crecer y desarrollarse en un entorno familiar.

Principios de aplicación de las medidas del sistema de protección (Exposición de motivos de la Ley 26/2015)	Prioridad de las medidas estables frente a las temporales
	Prioridad de las medidas familiares frente a las residenciales
	Prioridad de las medidas consensuadas frente a las impuestas

Para saber más:

Tal y como establece el Preámbulo de la Ley 26/2015, estos principios, vertebradores del sistema, ya habían sido establecidos en las [Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de febrero de 2010](#), y en diversos documentos aprobados por el Servicio Social Internacional.

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996 establece en su artículo 11.2 b) que «Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: “(...) **El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés**”».

Por lo que nos encontramos ante un criterio que debe ser considerado tanto por las administraciones públicas como por los tribunales.



De este **derecho de prioridad a la propia familia** emanan una serie de principios que guiarán también la intervención pública.

En primer lugar, el **principio de subsidiariedad** consiste en que **los poderes públicos deberán propiciar fórmulas previas de apoyo en el medio familiar**, antes de optar por la privación de las facultades tuitivas, seleccionando las hipótesis que requieran una determinada gravedad para apreciar la situación de desamparo, con lo que la separación del menor de su familia de origen deberá de ser totalmente necesaria en el sentido de que no exista otra medida en el ámbito familiar para la lograr el bienestar del menor.

Además, se deberá de atender a un **criterio de proporcionalidad**, de manera a una mayor situación de desprotección del menor corresponderá normalmente una sustitución cada vez mayor en el ejercicio de las funciones que corresponden a los padres a favor de la Administración.

Para tal fin el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 1/1996, impone la obligación a los poderes públicos de facilitar a las familias servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores.

Ver Art 12.2. Pág. 13

En segundo lugar, se establece **la provisionalidad de las medidas de protección**, con lo que la **permanencia de los menores en centros residenciales o familias acogedoras será la estrictamente necesaria ya que deben orientarse siempre a la reinserción del menor con su familia de origen**.

En tercer lugar, **la actuación de las administraciones públicas tendrá un carácter flexible o gradual**, de manera que las medidas habrán de adaptarse en cada caso a las cambiantes circunstancias del menor y su familia.

En el supuesto de que lo más conveniente para el menor fuese la separación de su familia de origen, resulta fundamental establecer un adecuado régimen de visitas con el fin de mantener vivas las relaciones entre ambas partes y hacer posible la posterior reintegración familiar. Así lo dispone expresamente el artículo 160.1 del Código Civil modificado por el artículo 2.10 de la Ley 26/2015: «los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad»; pero además, se trata de un derecho del menor reconocido internacionalmente por el artículo 9.3 de la Convención de Derechos del Niño, el cual dispone que



tendrá derecho a mantener contacto directo y regular con ambos progenitores, salvo que ello sea contrario a su superior interés.

Ahora bien, por primera vez en la legislación estatal se recoge la obligatoriedad de que todo menor con medida de guarda o desamparo tenga un **plan individualizado de protección**, elaborado por la Entidad Pública, en el que se establezcan los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas que se adoptarán con su familia de origen incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar. Si se tratase de un menor con discapacidad, la Entidad Pública garantizará los apoyos necesarios.

Así, el artículo 19 bis de la Ley Orgánica 1/1996, introducido por el artículo 1.13 de la Ley 26/2015, establece que cuando exista posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública **aplicará el programa de reintegración familiar; para acordar dicho retorno, será necesario un informe técnico que valore una evolución positiva de dicha familia de origen, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que el retorno con ella no suponga riesgos relevantes para el menor.**

En los **casos de acogimiento familiar**, para valorar el retorno del menor, deberá ponderarse el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. En caso de que se proceda a la reunificación familiar, la Entidad Pública realizará un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor.

Conclusiones

La Convención de los Derechos del Niño incluye dos principios que son los que han permitido hablar de cambio de paradigma en la consideración del niño por el Derecho, que podemos considerar “revolucionarios” en relación con la situación anterior: el principio del “interés superior del niño” y el principio que impone la obligación de “escuchar al niño en todas las decisiones que le afecten”.

Ambos principios, contenidos en los arts. 3 y 12 de la Convención respectivamente, deben ser leídos conjuntamente y están en la base del nuevo estatuto del niño como “sujeto de derechos”.



Es de esperar que esto ayude a una interpretación correcta del interés superior del niño, de forma que se termine materializando dicho cambio de paradigma 25 años después de su aprobación.

Tras un análisis exhaustivo de la legislación en materia de protección de menores, llegamos a la conclusión de que dicha normativa gira en torno al concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor, que representa una evidente garantía de sus derechos fundamentales.

Así mismo, podemos extraer dos conclusiones importantes tras su estudio: por un lado, que los intereses del menor son los más dignos de protección y, de otro, que únicamente con el análisis y la valoración de las circunstancias específicas de cada caso concreto es posible llegar a la satisfacción de tales intereses.

El elemento central de cualquier discusión o teorización sobre el tema debe partir de su proyección hacia el futuro, de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su personalidad.

De acuerdo con este punto de vista, el interés del menor es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad.

Actividad de módulo

La actividad a continuación tiene como objetivo revisar el contenido del módulo a través del caso anterior.

María José, madre del niño al que se refiere la noticia que hemos leído al comienzo del tema, fue madre con 15 años estando ella misma tutelada por las instituciones públicas desde su declaración de desamparo. A la vista de la situación, se decide declarar igualmente en desamparo al recién nacido y, cuando contaba con siete meses, iniciar un expediente de acogimiento preadoptivo, en relación al cual María José se manifiesta disconforme. El menor ha vivido desde los 18 meses hasta los cuatro años con la familia preadoptiva hasta que en aplicación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias se deja sin efecto el acogimiento familiar y la inmediata entrega del niño a la madre biológica.



Pregunta:

¿Qué medida es más adecuada al interés superior del menor: el regreso inmediato del niño con la madre biológica o el mantenimiento en la familia en la que ha vivido los últimos años?

Vamos a reflexionar ahora basándonos en lo visto hasta ahora y en la [Sentencia de la Audiencia Provisional de Oviedo](#) (Consejo General de Poder Judicial), referida en el artículo.

Reflexión posterior:

Los niños y los derechos humanos: el interés superior del menor: Escribe un texto de un máximo de 300 caracteres sintetizando lo que en tu opinión sería el respeto por el interés del menor de Jesús María, el niño de caramelo.

Evidentemente existen diversas actuaciones que indican error en el proceso, donde el interés superior del niño no fue debidamente acreditado, existiendo la violación a los derechos de María cómo menor aún y a su vez del hijo. Evidenciando la violencia sistémica.

