



## “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”

Nos preguntamos por qué este singular principio del “interés superior del niño”, viga maestra de la Convención de 1989, ratificada por España en 1990, suscita diferencias de interpretación, llegando a ser motivo a veces de preocupación social ante determinadas decisiones judiciales o administrativas que más que beneficiar a los menores, parece que los perjudican; y también nos preguntamos el por qué de ese manido uso que se hace del término “interés superior del menor” para avalar o justificar medidas que algunas miran más hacia otros intereses que a los del propio menor.

¿Es que en nuestra legislación no está claro que es eso del “interés superior del niño”? ¿O es que todavía algunos profesionales de la Administración de Justicia, del Ministerio Fiscal y de los ámbitos de Protección del Menor entienden este principio en clave de pasado como si los menores no fuesen todavía personas titulares de derechos?

Los casos de “PIEDAD” en Canarias (al que luego me referiré) el del llamado “Niño de El Royo”, en Salamanca, y el de “La niña de Benamaurel” en Granada, son ejemplos emblemáticos de actuaciones judiciales que, como decimos, se adoptaron en clave de pasado, y así lo expresa el veredicto de la inmensa mayoría de los ciudadanos y la preocupación del legislador, pues, no por casualidad, historias como éstas y el continuo goteo de quejas de organizaciones y particulares han motivado que el Senado haya abierto esta comisión, con especial atención a eso del “interés superior del niño” en el marco de las actuaciones judiciales y administrativas.

### ¿Qué es el interés superior del niño?

Para Vicente Garrido García, Fiscal Superior de Canarias el “interés superior del niño” *“es el deber de procurar fundamentalmente la integración familiar de los menores”*, sin especificar si se refiere en exclusiva a la familia biológica, aunque en el contexto en que lo apunta (caso “PIEDAD”) parece que queda claro que es así.



# PRODENI

ASOCIACION PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LA NIÑA

Amparo Marzal, Directora General de Familias e Infancia dijo en esta Comisión que en este concepto del interés superior del menor, confluyen otros intereses. No que sea un interés en sí mismo, sino que es un interés con relación a otros, colocando en primer lugar el interés de la familia biológica.

Para Consuelo Alonso, que compareció en esta Comisión en calidad de Jefa de la Sección de Acogimiento Familiar y Adopciones de la Diputación Foral de Bizkaia, *"el interés superior del menor es un concepto al que los juristas llaman indeterminado y que, por tanto, está vacío de contenido, que se va llenando con el resto del ordenamiento jurídico y con los intereses legítimos en cada caso; por tanto, se trata de un concepto complejo que en ocasiones puede ser contradictorio en su aplicación"*

Pero ¿De verdad el interés del menor es un concepto vacío que para interpretarlo hay que llenarlo de otros intereses, y pasarlo por el tamiz ideológico, religioso, filosófico de cada cual, más "biologista" o menos "biologista"?

Buscando una respuesta acudimos a Miguel Cillero, prestigioso docente y jurista chileno, quien dice que no hay que darle más vueltas al asunto porque la Convención de los derechos del Niño lo tiene bien claro: **El interés superior del menor es el principio rector de la Convención que queda definido por la plena satisfacción de sus derechos;** es decir, la plena satisfacción de los derechos del niño es igual a interés superior del niño, unido todo en una sola pieza que no se puede separar. Dicho claro para entenderlo mejor: **El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos se identifican.**

Así, para Cillero, **Después de la Convención de Derechos del Niño ni el interés del Estado, ni el interés de los padres puede ser considerado en adelante el único interés relevante para la satisfacción de los derechos de la infancia.**

Por tal motivo, cuando se tengan que adoptar medidas para los menores, se han de adoptar aquellas que aseguren la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción



de los mismos, porque tienen derecho a la adopción de medidas que promuevan y protejan sus derechos y no los que los conculquen.

Por eso, **la correcta aplicación de ese principio requiere de un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que puedan verse afectados por la resolución de la autoridad.** (Miguel Cillero Bruñol "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño")

En la misma línea, Begoña Polo Catalán, Fiscal de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, quiere dotar al principio de la necesaria la concreción, en cuanto que:

*"sería necesario encontrar criterios, medios o procedimientos para averiguar racionalmente en qué consiste el interés del menor en los términos indicados, y, luego, paralelamente, los de determinarlo in concreto en los casos correspondientes".*

Tal como lo establece el derecho civil británico en la Children Act. 1989, al fijar unos criterios que deberán tener en cuenta los tribunales. Entre otros:

- a) Los deseos y sentimientos del niño.
- b) Sus necesidades físicas, educativas y emocionales.
- c) El efecto probable de cualquier cambio de situación.
- d) Su edad, sexo, ambiente y cualquiera otra característica que el Tribunal considere relevante.
- e) Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo.

Estima Begoña Sala que según la doctrina científica podrían ser máximas de experiencia o **criterios para la determinación in concreto del interés del menor**, los siguientes:

- a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...) y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas.



# PRODENI

ASOCIACION PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LA NIÑA

---

b) Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento.

c) Mantenimiento, si es posible, del status quo material y espiritual del menor, e incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y compañeros, de amigos y parientes, de (sistema) de educación, o en salud física o psíquica; y, frente a eso, se debe ponderar las ventajas, si las hay, de la continuidad de la situación anterior, sin modificar aquel entorno y status quo.

d) Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial) ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse.

e) Habrá de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión "en interés del menor" (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a éste; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio).

f) Igualmente, las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor (en particular, para el adolescente) a cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar e interés, actual y futuro.

Y así se lo pide a la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo en su escrito de 9 de Febrero de este año, ante un recurso de casación que había interpuesto la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Castilla La Mancha, contra una sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo que ordenaba la entrega inmediata a la madre biológica de una niña de 7 años, que se encuentra en acogimiento preadoptivo, en un caso muy similar al de "PIEDAD" (la Fiscal se ha unido a la petición de la Administración de que la menor permanezca con su actual familia preadoptiva, a pesar de los intereses de la parte biológica aducidos por la Sala de la Audiencia)



*"Para facilitar la aplicación de la norma, fije unos criterios mínimos orientativos que los tribunales deban tener en cuenta en la concreción del interés superior del menor, sin perjuicio de que puedan utilizar otros."*

Vemos así, que Miguel Cillero y Begoña Polo, cada uno desde su parcela, nos ayudan bastante a despejar ciertas dudas y a clarificar una cuestión que tanto ruido judicial, administrativo y social está dando mientras crece y madura la ley 1/96, que ya ha cumplido trece años.

Estamos convencidos de que la inclusión de unos criterios mínimos a los que de entrada el juzgador deba atenerse, evitará la actual dispersión en la aplicación de la norma, y limitará la tendencia de no pocas actuaciones judiciales a manejar el uso de dicho término como si fuera una concesión de la autoridad hacia el menor y no lo que es para las autoridades: Una limitación y una obligación de carácter imperativo.

## **EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO**

Otro aspecto a tener en cuenta en una futura modificación legal es la necesidad de que se potencie la participación del menor en todos los asuntos que le afecten, algo de vital importancia, y que debería tener una mayor concreción en la forma o el método de llevarlo a cabo en sede judicial o administrativa

Dentro de este apartado merece mención especial el derecho del menor que tenga suficiente juicio a nombrar una persona que lo represente, pues a pesar de estar expresamente citado en la ley, suele pasar desapercibido. Permítanme la pregunta ¿Cuántos de ustedes saben que un niño o una niña de 8, 9 años... y en mayor medida de 12 y más años, es decir, que tengan suficiente juicio, tiene derecho legal a nombrar a un adulto que lo represente y que puede asistir en su nombre ante cualquier instancia – Administración, Juez...- para defender sus intereses ante cualquier



causa o procedimiento que lo implique? ¿Se imaginan a un niño o una niña de 10 años representado por una persona que no es ni su padre ni su madre, actuando al margen de ellos? Pues eso está en la ley.

No se extrañen de la pregunta porque en cierta ocasión fui testigo de cómo un juez de familia abría un ejemplar del Código Civil buscando el citado artículo y al encontrarlo y leerlo me dijo "Sí, es cierto", pues yo se lo había citado antes al comparecer a pedirle que facilitara el ejercicio de ese derecho a una niña de 8 años. También entre letrados es común ese desconocimiento.

El derecho de los niños y niñas a ser oídos en los ámbitos familiar, administrativo o judicial queda expresamente recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño en su artículo 12; en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/96 en su artículo 9; en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, en su artículo 24; en la Carta Europea de los derechos del niño en su artículo 15.

Es, pues, un derecho con amplia cobertura jurídica y una obligación de los adultos para con los menores. No una concesión discrecional de los padres o de las autoridades. Se trata de integrar, de hacer que los menores comiencen a ejercer desde su más tierna infancia el protagonismo que su rol de personas "sujetos de derecho" las leyes les garantizan, en virtud de lo que los niños y niñas son para la LOPJM en su Exp. Mot.:

*"Sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás"*

El reconocimiento legal de ese derecho supuso un avance considerable desde posiciones que entendían que el papel de los niños y niñas era el de meros objetos (que no sujetos) de protección; vistos como seres inmaduros e imperfectos en una escala de desigualdad que hasta periodos recientes de nuestra historia afectaba también a las mujeres.



Pero, por otro lado, el gran desconocimiento, por no decir confusión, acerca de qué es eso del "derecho a ser oído" campea entre las familias y en los sistemas: judicial y de protección de menores.

Un desconocimiento justificado por la carencia de voluntad o de interés en asumir un rol en los menores más allá del de la simple dependencia de unos adultos que se sienten más cómodos manejando ellos el mando a distancia de la relación, que compartiendo y dialogando, y no digamos, que respetando y teniendo en cuenta sus opiniones.

Los niños y las niñas, a pesar de contar con un sistema jurídico garantista, suelen ser los convidados de piedra en muchas decisiones que se adoptan para ellos pero sin contar con ellos, o contando sólo en apariencia, generalmente porque se les considera seres inmaduros, volubles, manipulables y poco de fiar.

Decimos que es una cuestión de voluntad en las instituciones, pero también de cicatería en los recursos, de baja motivación en los profesionales, de necesidad de formación, incluso de especialización (jueces de familia, fiscales...) de excesiva burocratización, de lentitud y mala coordinación, y en los Puntos de Encuentro Familiar de falta de rigor y normativa.

Escuchar a los menores y tener en cuenta su opinión se hace harto complicado cuando los técnicos no tienen tiempo ni la suficiente motivación, y cuando los jueces y fiscales actúan con el mando a distancia, más atentos a la pugna entre intereses de parte que realmente a escucharlos, relegándolos, como dije, a un papel de convidados de piedra.

De otra parte, de nada vale que las Comunidades Autónomas se doten de propia normativa legal para garantizar en sus servicios los derechos de niños y niñas, si en la práctica no están garantizados. Si ni siquiera los menores reciben información sobre sus derechos, tal como denuncia PRODENI desde su página Web en: "Tengo derechos pero no los conozco", dedicado a la situación de los menores tutelados en Andalucía, que podemos generalizar a otras CCAA. Es algo que hemos comprobado que sucede. Los menores bajo tutela



administrativa, por ejemplo, no tienen conocimiento alguno de que pueden dirigirse al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo o al Defensor del Menor de su comunidad autónoma para presentar sus quejas, sus denuncias, sus reclamaciones... (Imagínense lo que pueden saber sobre eso de nombrar a un representante) Y, claro, desconocen si hay canales y como utilizarlos para dirigirse a aquellos.

Esa es una realidad fácilmente constatable. Basta con preguntar a alguno de ellos que su respuesta no variará; lo mismo que lo constató el Defensor del Pueblo en su reciente informe de los centros de menores terapéuticos. Es decir, también para la Administración, los menores en su rol de personas titulares derechos (fuera de lo que dicen los papeles) apenas cuentan.

## **EL DERECHO A SER OÍDO POR MEDIO DE UN REPRESENTANTE**

Y si en general "escuchar a los niños y niñas" suena fuera de lugar en tantas y tantas situaciones en que nadie les escucha ¿A qué nivel de la escala situaríamos la degradación del interés institucional por escuchar a los menores si nos referimos al apartado 2 del artículo 9 de la LOPJM, ese que dice que los menores con suficiente juicio tienen derecho a nombrar una persona que los represente?

*"Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho (ser oído) por si mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio"*

Evidentemente, en lo más bajo, porque no hay más que fijarse en el gesto facial del funcionario, del juez o del técnico que corresponda, para darse cuenta que absurdo les parece eso de que un niño o una niña nombre un representante como un adulto nombra a su abogado. De hecho, en el ámbito judicial se suele reaccionar con la callada por respuesta, o cuando más, una negativa en forma oral; y sólo si hay insistencia puede aparecer una respuesta por escrito aludiendo a lo innecesario de que alguien represente al menor, con lo que (nunca mejor dicho) se cargan de un plumazo lo querido, y aún más, diríamos, lo anhelado por el legislador.



# PRODENI

ASOCIACION PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LA NIÑA

---

Pues bien, en los últimos años, desde PRODENI hemos estado informando de ese derecho a menores que se ven implicados en procedimientos judiciales o administrativos; e, incluso, a algunos les hemos facilitado la asistencia de un letrado para representarlos. Y consta su eficacia en los casos en que pudo ejercerse, porque la figura de un representante del menor no menoscaba la finalidad y calidad de la gestión institucional y de sus técnicos, sino todo lo contrario, mejora la comunicación y facilita la llegada de soluciones y acuerdos, en cuanto a que los intereses del menor quedan mejor representados que sólo con los de parte (de la propia institución o de miembros de su familia biológica)

Ahora estamos preparando el poner en marcha un proyecto de servicio gratuito de letrados a menores con suficiente juicio y que tengan la necesidad de un representante (a partir de 7, 8 años) Ya hay un grupo de letrados dispuestos voluntariamente a formar parte de una lista que será publicada en nuestra página Web y que esperamos se incremente con letrados de diferentes puntos del país para una mayor cobertura geográfica. El servicio será gratuito y cada caso estudiado previamente, siendo prioritaria la participación del propio menor.

De lo dicho resaltamos:

1. Según nuestra experiencia, queda demostrada la eficacia de la representación del menor.
2. La renuencia de los estamentos administrativo y judicial a admitirlo y asumirlo.

En esa línea nos sumamos a quienes han propuesto en esta Comisión que la ley disponga el derecho del menor a la asistencia de un abogado de oficio en las causas administrativas o judiciales que lo afecten, en igualdad de condiciones con las partes personadas.

Y ahora, si me lo permiten, expondré algo con respecto a la niña PIEDAD.



# PRODENI

ASOCIACION PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LA NIÑA

---

PIEDAD ha sido la repetición en Canarias de lo sucedido en Castilla-León con DIEGO "El Niño de el Royo"; con un matiz diferenciador: DIEGO fue una víctima en exclusiva de la acción judicial y del Ministerio Fiscal, y "PIEDAD" lo ha sido además de la Entidad Pública. Aquel, con apenas dos años pudo haber crecido feliz en la familia soriana de la que fue retirado, pero fue devuelto a su madre biológica, y ahora con 10 años cumplidos, tras sucesivas entradas y salidas del centro de menores por fracasos de la madre, se cronifica en un internamiento residencial hasta que se haga mayor de edad, huérfano de por vida.

Igualmente, mientras esta Comisión lleva a cabo su actividad, "PIEDAD" que en Septiembre cumple 8 años, va camino de completar siete meses ininterrumpidos de acogimiento en un centro de menores del Cabildo de Gran Canaria. El primer internamiento lo experimentó siendo una bebé de siete meses, transcurriendo su vida en dos centros hasta un poco más allá de cumplidos tres años. Luego llegó la etapa de felicidad y estabilidad en una familia en acogimiento preadoptivo, que duró aproximadamente dos años, truncado por una decisión judicial apoyada por el fiscal, que la devolvió a la madre biológica, previo paso por otro centro de menores (el tercero) en el que estuvo varios meses. Tras el fracaso anunciado de la reintegración familiar, ha vuelto a caer en un centro de menores (el cuarto)

Según Eligio Hernández, que defiende a la ex madre preadoptiva, Soledad Perera, en un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por condena por desobediencia, la historia administrativa y judicial de PIEDAD está plagada de irregularidades. En el escrito de PRODENI a la Fiscalía de Canarias y a la Fiscalía General del Estado, de fecha 12 de Mayo de los corrientes, que puede leerse en la página Web de la asociación, hay una completa descripción de hechos e irregularidades cometidas en este caso. PIEDAD es una niña duramente castigada por decisiones que se adoptaron en contra de sus derechos. PIEDAD sufre internamiento residencial y desestructuración familiar cuando fue feliz y no la dejaron, y se le está impidiendo la recuperación de su memoria afectiva y cualquier mínimo contacto con aquel mundo perdido.



# PRODENI

ASOCIACION PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LA NIÑA

---

Otra historia "sangrante" la estamos viviendo en Andalucía (Cádiz) con varios hermanos que se cronifican en centros de menores desde el 2002, condenados a cumplir dieciocho años en acogimiento residencial, mientras su familia viene acreditando infructuosamente que no existe nada negativo para su reintegración. Dos niñas felices, hermanas de aquellos, crecen bajo el cariño de sus padres, impidiendo la Junta de Andalucía de forma surrealista e incomprensible cualquier contacto entre ellas y aquellos. Hemos acreditado que no existe nada que reprochar a esta familia, sin embargo, los hermanos se cronifican en acogimiento residencial, huérfanos y desestructurados para el resto de sus días.

14 de Mayo 2009

José Luís Calvo Casal  
Portavoz de PRODENI