

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Conferencia inaugural del Master en menores
En situación de desprotección y conflicto social (UVigo)

El Master en Menores en situación de desprotección y conflicto social se dirige a formar profesionales e investigadores con capacidad de diseñar, poner en práctica y liderar proyectos y procesos de investigación en materia de desprotección y conflictividad social de los menores de edad, desde una perspectiva jurídica, psicológica y socio-educativa. A tales efectos, en su Programa se estudia el marco normativo general de la protección del menor, las medidas de protección del menor en situación de riesgo y desamparo, la adopción nacional e internacional, el menor como víctima de delitos y como infractor, los aspectos procesales civiles y penales, la intervención socioeducativa y la mediación para la solución de conflictos.

En todas las medidas concernientes a todas las materias incluidas en el Programa de este Máster, o dicho más en general, en todas las medidas concernientes a los niños, las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deberán atender al “interés superior del niño” como “una consideración primordial”. Así es como se expresa el artículo 3, apartado 1, de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (1989).

No es difícil captar la finalidad de este concepto jurídico indeterminado. Se trata de proteger los derechos que los niños y niñas tienen como seres humanos en una etapa de la vida, como es la infancia, en que se encuentran en situación de vulnerabilidad, imposibilitados de dirigir sus vidas con suficiente madurez y necesitados de un entorno que posibilite su desarrollo. El aforismo latino *favor filii*, o a favor del hijo o menor en asuntos donde haya un hijo o menor implicado, condensa a la perfección dicha finalidad.

Sin embargo, y como ocurre con todos los conceptos jurídicos indeterminados, su difícil concreción puede conducir a su mala aplicación.

En las actuaciones seguidas ante el Comité instaurado por la Convención de los Derechos del Niño, algunos Estados han defendido la bondad de normas

según las cuales se prohíbe el castigo corporal “salvo en interés superior del niño”, o una edad núbil de 14 años “salvo que en interés superior de la niña el juez autorice el matrimonio a edad más temprana”. Y la justificación dada por los Estados a esas normas es que “si las hemos adoptado es porque hemos considerado que era algo bueno para los niños”.

El concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por las autoridades públicas para justificar políticas racistas; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales que, por no tomarse molestia en oír al niño o niña, alegan su irrelevancia, o rechazan sus deseos sin más argumento que estar manipulados por el progenitor custodio (síndrome de alienación parental).

Con la justificación explícita o implícita de que “los niños son de los padres” y de que “los padres son quienes mejor saben cuál es el interés de los hijos”, algunos Estados desarrollados con excelentes sistemas de educación inclusiva para los niños con discapacidad, dejan que sean los progenitores quienes decidan si el niño debe asistir al sistema de educación regular inclusivo o a un sistema segregado de educación especial incluso en contra de la situación del niño avalada por un dictamen especializado.

Tampoco es inhabitual encontrar en la realidad asuntos en los cuales se alegan, supuestamente en interés superior del niño, consideraciones discriminatorias para privar a uno o a ambos progenitores de su custodia (por ser extranjeros irregulares, por diferencias culturales con las del país de residencia, por la discapacidad de alguno de los progenitores u otros miembros de la familia, por su pobreza, por su orientación sexual ...).

En estos casos de mala aplicación, el concepto interés superior del niño se utiliza perversamente como un Caballo de Troya a través del cual se introducen prejuicios que dinamitan los derechos de la infancia y que convierten en real todo lo contrario: un desinterés superior hacia el niño.

El Comité de los Derechos del Niño ha recalcado en numerosas ocasiones que el interés superior del niño no se puede identificar con lo que una persona adulta considera que es el interés superior del niño si ello trae consigo la vulneración de los derechos que el niño tiene como ser humano. Se trata de una afirmación ligada al cambio de paradigma que ha supuesto la Convención de los Derechos del Niño. Las niñas y los niños dejan de ser objeto de protección para pasar a ser sujetos de derechos, y los derechos que tienen como seres humanos son precisamente los derechos humanos. Bajo esta perspectiva, el interés superior del niño se debe llenar con los derechos humanos porque las niñas y los niños son sencillamente personas.

A la vista de las dificultades de aplicación del concepto interés superior del niño, el Comité aprobó, en 2013, la Observación General 14 sobre “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”. Me voy a detener en algunos aspectos de esta Observación.

¿Cuál es la calificación jurídica del concepto interés superior del niño?

Tradicionalmente, el concepto interés superior del niño se ha calificado como principio jurídico interpretativo fundamental, de manera que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de una manera más efectiva el interés superior del niño.

La Observación General 14 va más allá pues, además, lo califica como un derecho sustantivo de la persona menor y como norma de procedimiento.

Como derecho sustantivo de la persona menor, se concreta en el derecho 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.

Como una norma de procedimiento, se concreta en una serie de garantías de procedimiento y, en el caso de intervención judicial, de garantías procesales en orden a que en el proceso de adopción de decisiones se incluya una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. Además, la decisión debe justificar y dejar patente que se ha considerado el interés superior del niño.

Desde un punto de vista jurídico, el concepto interés superior del niño abarca tres dimensiones: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. La vulneración de cualquiera de esas tres dimensiones podría determinar la nulidad de la decisión de que se trate o su corrección a través de los recursos oportunos.

¿Cómo se aplica el *interés superior del niño*?

Partiendo de la idea de que el interés superior del niño es un concepto complejo cuyo contenido el legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa debe determinar caso por caso, la Observación General 14 no pretende establecer lo que es mejor para el niño en cada situación y momento concreto,

algo por lo demás imposible dada la multiplicidad de situaciones que se pueden dar en la práctica. Lo pretendido por el Comité es establecer un marco general para evaluar y determinar el interés superior del niño en cada caso concreto en el entendido de que solo hay una solución donde se satisfaga mejor el interés superior del niño y que esa solución es diferente a la de otros casos.

Es una tarea esencial. Un marco general correcto debería posibilitar que si diez personas diferentes examinasen un mismo caso en que esté implicado un menor, la solución dada en aplicación de ese marco sea la misma en relación con el menor. A la vez, un marco general correcto debería posibilitar que, si una persona examinase diez casos distintos en cada uno de los cuales estuviese implicado un menor, las soluciones dadas en aplicación de ese marco sean distintas atendido la individualidad de cada caso sin extender miméticamente a los demás lo que en cada uno se decida.

La Observación General 14 construye el marco general para evaluar y determinar el interés superior del niño en cada caso concreto sobre dos pilares: los elementos a tener en cuenta en su evaluación; y las garantías procesales establecidas para la observación del interés superior del niño.

Elementos a tener en cuenta al evaluar *el interés superior del niño*

Según la Observación General 14, los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, son los siguientes: (1) la opinión del niño; (2) la identidad del niño, que abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad; (3) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de relaciones; (4) cuidado, protección y seguridad del niño en relación con el ideal amplio de garantizar el bienestar y el desarrollo del niño, lo que abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad; (5) situación de vulnerabilidad; (6) el derecho del niño a la salud y su estado de salud; y (7) el derecho del niño a la educación.

Se trata de una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica. Cada Estado puede añadir otros elementos de acuerdo con su propia tradición jurídica siempre que los elementos añadidos no sean contrarios a los derechos consagrados en la Convención o con un efecto opuesto a esos derechos.

Una vez detectados en el caso los elementos pertinentes, en su valoración se debe buscar un equilibrio, de manera que, si algunos entran en colisión con

otros, como puede ocurrir si choca la preservación del entorno familiar con la protección del niño contra el riesgo de malos tratos por parte de los padres, se deben ponderar los distintos elementos para determinar la solución que atienda mejor al interés superior del niño o niña implicados.

Garantías procesales

Según la Observación General 14, las garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño son las siguientes: (1) el derecho del niño a expresar su propia opinión como elemento fundamental del proceso; (2) la determinación de los hechos mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del interés superior del niño; (3) la percepción del tiempo pues los niños y los adultos no tienen la misma percepción del tiempo, de ahí que conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible; (4) la cualificación de los profesionales; (5) el niño necesitará representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior; (6) la argumentación jurídica pues cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada; (7) los Estados deben establecer mecanismos en el marco de sus ordenamientos jurídicos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños; (8) la evaluación del impacto debe incorporarse a todos los niveles en los procesos gubernamentales de formulación de políticas y otras medidas generales para garantizar la buena gobernanza en los derechos del niño.

La recepción en España del *interés superior del niño* contemplado en la Convención y en la Observación General 14: los criterios generales

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, ya recogía en la redacción inicial de su artículo 2 el principio del interés superior del menor en aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Pero era una mera referencia que se quedó muy corta una vez comparada con el contenido de la Observación General 14 (2013). Lo cual motivó la Reforma de 2015, que entonces colocó a España como uno de los primeros países que acogieron las recomendaciones del Comité de NNUU.

Quedaba en España por abordar una normativa específica de protección contra la violencia sobre la cual, desde 2014, el Parlamento estaba trabajando.

Finalmente, se ha aprobado la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que de nuevo ha situado a España en la vanguardia legislativa.

Ambas normas acogen los contenidos de la Observación General 14, y en particular el artículo 2 de la LO Menor enumera los elementos a tener en cuenta al evaluar el interés superior del niño y las garantías procesales de una manera semejante. La novedad de interés es que, a esos dos pilares en orden a la concreción en cada caso del interés superior del niño, se añade un tercer pilar que el artículo 2 ha denominado como “criterios generales”.

Tales criterios generales, que son cuatro, enlazan con el cambio de paradigma que la Convención de los Derechos del Niño ha supuesto en los derechos de la infancia, pues los niños y las niñas han dejado de ser objeto de protección para pasar a ser sujetos de derechos humanos. Un cambio de paradigma que se ha construido sobre el interés superior del menor como principio de aplicación transversal a todos los derechos contemplados y sobre otros tres grandes principios de aplicación también transversal: el derecho del niño a la no discriminación; el derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; y el derecho del niño a ser escuchado.

No es de extrañar, a la vista de estas consideraciones, que tres de los cuatro criterios que el artículo 2 de la LO Menor enumera como criterios generales sean justamente los relacionados con esos tres grandes principios:

- La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

- La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

- La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

La LO del Menor incluye otro criterio general que es deducible de los anteriores, aunque se considera oportuno darle entidad propia: la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Y ello se complementa con una serie de recomendaciones: se

priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor; en caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial; cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre interés y necesidades del menor sobre las de la familia.

Quede claro, en todo caso, que todos estos criterios generales no son exhaustivos. En primer lugar, porque la legislación específica aplicable puede añadir otros criterios generales, y así ocurre en especial con la LOPIVI en cuyo artículo 4 se adicionan hasta 15 criterios generales. Y, en segundo lugar, porque la situación concreta puede exigir atender también a otros, aunque ello nunca puede conducir como resultado a la vulneración de los derechos humanos del niño o niña contemplados en la Convención.

Conclusiones

Voy rematando. La Convención de los derechos del Niño nos deja claro que los niños y niñas no son los ciudadanos del futuro. Son ciudadanos hoy. No hay que prepararlos para que ejerzan sus derechos cuando sean adultos. Deben poder ejercer sus derechos ahora, siendo niños y niñas que se pertenecen exclusivamente a sí mismos y respecto de los que tanto sus padres como el Estado tienen obligaciones y responsabilidades. Ese es el revolucionario cambio de la Convención, del que resta mucho para ser real.

Se atribuye a Nelson Mandela la frase: “No puede haber una revelación más intensa del alma de una sociedad, que la forma en la que trata a sus niños”. Actividades de docencia, estudio y capacitación como la que hoy tengo el honor de presentar, resultan indispensables para que sea real el revolucionario cambio de la Convención y para que, como profesionales acreditados en la materia, sepan ustedes aflorar el alma de nuestra sociedad.

María Dolores Fernández Galiño

Valedora do Pobo

Septiembre 15, 2023