

El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*

The Best Interest of the Child in Recent Reforms Carried Out by the State Legislator in the System of Protection of Children and Adolescents

Carmen NÚÑEZ ZORRILLA

Universidad Autónoma de Barcelona
maricarmen.nunez@uab.cat

RECIBIDO: 04/05/2016 / ACEPTADO: 26/07/2016

Resumen: La *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, estableció un marco regulador que garantizaba a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que sirvió de referencia a las Comunidades Autónomas. Pero transcurridos ya 20 años desde la aprobación de la misma, se han producido importantes cambios sociales que afectan a la situación de los menores, que demandan una mejora en sus instrumentos de protección jurídica. Desde el ámbito jurídico, se ha producido una evolución y un cambio sustancial en la forma de concebir la capacidad del niño, que pasa a ser contemplado como un individuo con opiniones propias que habrán de ser atendidas en consonancia con su capacidad y madurez. En este nuevo entorno se modela un nuevo concepto del interés superior del menor, que ha variado en su metodología de interpretación y de aplicación, para adaptarse a las nuevas circunstancias y necesidades sociales. Resultado de este proceso de reforma han sido la entrada en vigor de dos leyes que se han ido tramitando en paralelo: la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*; y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*.

Palabras clave: principio del interés superior del menor; derecho del menor a ser escuchado; centros para menores con problemas de conducta; el menor víctima de violencia de género; protección a la infancia y a la adolescencia; menor desamparado.

Abstract: The Organic Law 1/1996 of 15 January, Legal Protection of Minors, partially amending the Civil Code and the Civil Procedure Act, established a regulatory framework guaranteeing minors uniform protection throughout the territory of the State and served as a reference to the Autonomous Communities. But after 20 years since its adoption, there have been major social changes affecting the situation of minors, who demand an improvement in their instruments of legal protection. From the legal field, there has been an evolution and a substantial change in the way of conceiving the child's, capacity which becomes regarded as an individual with lot his opinions her to be met in line with their ability and maturity. In this new environment a new concept of the best interests of the child, which has changed its methodology of interpretation and application, to adapt to new circumstances and social needs is modeled. Result of this process of reform have been the entry into force of two laws that have been processed in parallel: – Organic Law 8/2015, of July 22, modifying the system of protection of children and adolescents, and – Law 26/2015, of July 28, modifying the system of protection of children and adolescents.

Keywords: principle of the best interests of children; right of the child to be heard; centers for children with behavioral problems; the child victim of gender violence; protection of children and adolescence; abandoned children.

* El presente trabajo esta adherido al Proyecto de Investigación de I+D, del programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia, subprograma estatal de generación del conocimiento. Referencia: DER2014-54997-P.

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (en adelante; LOPJM), fue la respuesta al mandato contenido en el art. 39 de la Constitución, que establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los menores de edad, al establecer un marco regulador que garantizaba a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que sirvió de referencia a las Comunidades Autónomas para la aprobación de legislaciones de conformidad con sus competencias, pero transcurridos ya 20 años desde la aprobación de la LOPJM, se han producido importantes cambios sociales que afectan a la situación de los menores, que demandan una mejora en sus instrumentos de protección jurídica en aras al cumplimiento efectivo del mencionado art. 39 de la Constitución.

En los últimos años se observa un aumento en la presencia de menores con problemas de conducta, emocionales y de salud mental, menores con conductas violentas, menores infractores con medidas protectoras, menores extranjeros no acompañados y acompañados con modelos familiares carenciados, menores provenientes de países en conflicto, menores sin previsión de reintegración familiar, con problemáticas familiares muy cronificadas, con intervenciones fallidas, menores denunciados por sus padres debido a dificultades en el control de la conducta de sus hijos/as. Por tanto, menores con necesidades específicas que requieren de la diversidad y especialización de recursos, entre otros, para la atención de menores con graves trastornos de conducta¹.

La institución de la familia ha evolucionado bruscamente y de forma muy rápida en las últimas décadas; en general, las relaciones entre los miembros de una familia son hoy menos duraderas y están sujetas a muchas más circunstancias variables externas que hace unos decenios. Los menores están sujetos, en muchas ocasiones, a entornos conflictivos e inestables en las relaciones personales e inciertos en sus aspectos económicos, lo que afecta a su conduc-

¹ BELDA GRINDLEY, C.; BUSTOS DÍAZ, C.; MOLINA FACIO, A.; MUÑOZ ASENCIO, C. y TRUJILLO VEGA, M. A., *Centros de protección de menores en situación de desamparo que presentan trastornos de conducta en Andalucía*, Junta de Andalucía. Consejería para la Igualdad y Bienestar Social <www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3421&tipo=documento>, febrero 2012, p. 32 (18-VII-2016).

ta y personalidad². Manifestaciones típicas de esos comportamientos suelen ser la indisciplina, el fracaso escolar, el acoso o maltrato entre compañeros, el consumo de estupefacientes a edades cada vez más tempranas, proliferación de bandas juveniles o el mantenimiento de conductas agresivas dentro de la familia. Cuando los padres, tras las lógicas resistencias iniciales, acaban asumiendo que alguno de sus hijos está experimentando alteraciones graves en su modo de comportarse, se ven obligados a afrontar una difícil realidad cuya solución escapa, en la mayoría de los casos de sus manos. Frustradas las primeras iniciativas familiares encaminadas a corregir el comportamiento del menor, caen en la cuenta de que necesitan el auxilio externo de profesionales cualificados que, mediante una intervención especializada logren abordar con eficacia los dolorosos efectos negativos que provocan en la convivencia los comportamientos de sus hijos; en ocasiones, incluso las familias acuciadas por la necesidad de acabar con las situaciones de tensión o con los malos tratos de que son objeto por parte de los jóvenes, piden ayuda a los servicios sociales especializados, en los que no es fácil que encuentren programas de intervención, ni recursos específicos para afrontar eficazmente este tipo de situaciones. Los menores diagnosticados con este tipo de trastornos actúan de manera violenta hacia sí mismos o hacia su entorno, produciendo daños en las personas o cosas con las que interaccionan, o transgrediendo las normas sociales y los derechos básicos de los demás, originándose un desajuste del menor en el ámbito social, educativo y familiar-residencial. En los últimos años ingresan en los centros menores que presentan graves problemas adaptativos. Son menores cuyas familias se ven desbordadas en su crianza y educación y que acuden a los servicios de protección o al sistema de reforma juvenil, haciendo, en ocasiones, renuncia explícita de sus deberes derivados de la patria potestad. Muchos de estos chicos, tampoco se adaptan a la dinámica y funcionamiento de los centros residenciales en los que se les ingresa y su atención requiere de centros con programas más específicos³.

Al lado de este fenómeno sucede que en los centros para menores en situación de dificultad social tutelados por la Administración (los denominados centros terapéuticos) están siendo tratados jóvenes cuyas características responden a perfiles muy distintos, habiéndose detectado irregularidades e inclu-

² DEFENSOR DEL PUEBLO, «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia», <www.intermigra.info/archivos/News314/menores14DP.pdf>, 2014, p. 3 (24-I-2016).

³ BELDA GRINDLEY, C. *et al.*, *Centros de protección de menores...*, *op. cit.*, pp. 33 y 47.

so vulneraciones de derechos humanos en los mismos, tales como prohibirles la asistencia a un centro educativo, administrarles medicación contra su voluntad y sin la debida prescripción médica, o imponerles como castigo medidas de contención o de aislamiento. Se ha constatado una patente falta de actuación planificada, coordinada y responsable por parte de las Administraciones Públicas a las que concierne la atención de los menores con problemas de conducta. Ni la diversidad de establecimientos recientemente abiertos, ni la variedad de programas existentes, responden en absoluto a la elaboración de planes específicos que se adecúen a las especiales necesidades de los menores. Las consecuencias de una ausencia de planificación integral y de la atención de menores en situación de dificultad social en centros inadecuados son lamentables: niños que padecen graves trastornos y no están diagnosticados o tienen un diagnóstico erróneo o inapropiado, jóvenes que no reciben el tratamiento psicoterapéutico que precisan, y situaciones familiares de enorme dramatismo y desesperación⁴.

Los casos que han sido puestos en conocimiento de Amnistía Internacional por parte de menores, familiares, abogados, educadores y otros profesionales incluyen castigos físicos, aislamiento, suministro abusivo de medicación, ausencia de servicios adecuados y otras conductas y omisiones que, en algunos casos, han tenido como desenlace el suicidio de algunos menores en este tipo de centros; en los testimonios recopilados por la organización surgen dudas, quejas y denuncias sobre la cualificación, experiencia, trayectoria profesional y formación por parte del personal de los centros que asegure un desempeño correcto de su labor profesional. Destacan también las quejas de los propios educadores sobre su falta de formación respecto a la medicación que han de administrar, y de la que desconocen pautas y efectos. Amnistía Internacional ha podido comprobar que menores bajo la protección y tutela del Estado son víctimas de palizas, abusos sexuales, sometidos a un tratamiento cruel y degradante, encerrados en celdas de aislamiento, incomunicados, atados a sillas o camas con herrajes, amordazados, medicados contra su voluntad sin información ni consentimiento, acosados, humillados y sometidos a registros

⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO, «Informe sobre Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta y en situación de Dificultad Social», <www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/centros-de-proteccion-de-menores-con-trastornos-de-conducta-y-en-situacion-de-dificultad-social-2009/#> 2009, pp. 5 a 8, 18 y 19 (25-I-2016).

Véase también en este sentido; BRAVO, A. y FERNÁNDEZ DEL VALLE, J., «Crisis y revisión del acogimiento residencial. Su papel en la protección infantil», <<https://menorescentrosdeproteccion.wordpress.com/author/psicologiacomunitariamenores/>>, 14 de diciembre de 2014 (18-VII-2016).

corporales íntimos, en contradicción con las obligaciones legales de España en materia de protección de menores⁵.

Debe repararse en el hecho de que muchos de ellos viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar los convierte también en víctimas de la misma, en consecuencia, cada vez son más los menores que requieren de una intervención especializada por sus problemas de comportamiento agresivo que tienen su origen en situaciones familiares muy conflictivas, en las que se ha producido violencia filio parental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental. Su situación psicológica y social demanda soluciones diferentes a las que ofrecen los centros de protección ordinarios o sus familias, requiriendo de un ingreso en centros especializados adecuados a sus necesidades.

Por otra parte, desde el ámbito jurídico, se ha producido una evolución y un cambio sustancial en la forma de concebir la capacidad jurídica del niño, que pasa a modularse en función de su desarrollo y grado de autonomía. Se concibe al menor como sujeto de derechos. Se ha producido una transformación del enfoque tradicional, que atribuye a los niños el papel de receptores pasivos de los cuidados y atenciones de los adultos, que serían los encargados de adoptar por sustitución las decisiones de mayor relevancia en aquello que les concierna, para reconocerlos como protagonistas activos y, por tanto, llamados a participar en todo proceso de adopción de tales decisiones. El niño pasa a ser contemplado como un individuo con opiniones propias que habrán de ser atendidas en consonancia con su capacidad y madurez. Deben tomarse en consideración las opiniones del niño a cualquier edad en todos los procedimientos administrativos y judiciales que le afecten, promovándose la participación de éste y velándose por que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones en todos los asuntos que le conciernen. El derecho de los niños a ser escuchados y a que sus opiniones se tomen en serio, además de adquirir dimensión propia, se vincula estrechamente con otro principio fundamental: la idea de que el interés del niño ha de ser entendido como superior y que por tanto, ha de tener la consideración de primordial en los procesos de adopción de decisiones que le afecten⁶.

⁵ AMNISTIA INTERNACIONAL, *Informe sobre menores en centros de protección terapéuticos. Si vuelvo, me mato*, <www.es.amnesty.org/uploads/media/Informe_menores_en_centros_de_proteccion_terapeuticos_diciembre_2009.pdf>, diciembre de 2009, pp. 3, 33, 51, 66 y 69 (25-I-2016).

⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO, «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia», <www.intermigra.info/archivos/News314/menores14DP.pdf>, 2014, pp. 7-8 y 20 (24-I-2016).

Consecuencia de las nuevas necesidades y demandas sociales nacen nuevos derechos entorno a los menores, ante el reto planteado por las nuevas amenazas a su dignidad y libertad. Las nuevas realidades familiares originan nuevos problemas jurídicos que afectan a los menores, y así surgen derechos renovados en este ámbito, fruto de la nueva dinámica familiar⁷.

En este nuevo entorno se modela un nuevo concepto del interés superior del menor, que ha variado en su metodología de interpretación y de aplicación, para adaptarse a las nuevas circunstancias y necesidades sociales.

El «interés superior del niño» es ahora un derecho, un principio y una norma de procedimiento, basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. Al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, deberán seguirse una serie de pasos: en primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar ese interés superior, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás. Y en segundo lugar, el seguimiento de un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho. La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deberán seguirse siempre que haya de tomarse una decisión⁸.

En este proceso de reforma jurídica han intervenido juristas y profesionales de todos los ámbitos relacionados con los menores, con el objeto de lograr un texto normativo lo más cercano posible a la práctica de estos profesionales (trabajadores sociales, psicólogos, educadores, pedagogos y operadores jurídicos), que recoja de forma patente y realista en su redacción los aspectos educativos, psicológicos, sociales y jurídicos, que permitan la mejora de los instrumentos de protección, a los efectos de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que sirva además, de marco a las Comunidades Autónomas para el futuro desarrollo de su respectiva legislación.

⁷ DE LA IGLESIA MONJE, M^a I., «Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor. Su evolución en los Tribunales de Justicia», *Diario La Ley*, n^o 8395, Sección Doctrina, 9 de octubre de 2014, Año XXXV, pp. 1-2.

⁸ NACIONES UNIDAS, Convención sobre los derechos del Niño. Comité de los Derechos del Niño, «Observación general n^o 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1)» <www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf>, 2013 (24-I-2016).

Resultado de este proceso de reforma han sido la entrada en vigor de dos leyes que se han ido tramitando en paralelo: la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (en adelante; L.O 8/2015); y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (en adelante; Ley 26/2015).

En el fondo las claves de la reforma pivotan en torno a la nueva forma de concebir el «principio fundamental del interés superior del menor» como eje básico del que parten las mejoras llevadas a cabo en todos los demás aspectos que han sido objeto de modificación en ambas leyes, con la finalidad de adaptarlos al mencionado principio.

El presente trabajo se centra principalmente en las modificaciones llevadas a cabo por la L.O 8/2015, al ser ésta la que se ha ocupado de regular el contenido y los contornos del principio del interés superior del menor, introduciendo los cambios jurídico-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir su regulación en los derechos fundamentales de los menores. Esta Ley pretende establecer un marco regulador que garantice a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, que sirva de referencia a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación.

II. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La determinación del interés superior del menor es una de las tareas más complicadas que debe llevar a cabo el Juez a la hora de adoptar cualquier decisión en la que se vea implicado un menor de edad. Si bien se reconocía la incorporación de este principio en la legislación, así como su uso por parte de Jueces y Magistrados en las decisiones que afectaban a la infancia, faltaba un proceso uniforme para determinar lo que constituía el interés superior del niño, junto a las diferencias persistentes en la práctica en cada Comunidad Autónoma en lo referido a la comprensión y aplicación del mencionado principio⁹.

Hasta la reforma no se recogía en la normativa estatal una técnica para la valoración del interés superior del menor. Éste caminaba en los textos legales

⁹ PLATAFORMA DE INFANCIA, «Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño a España», <http://plataformadeinfancia.org/sites/default/files/ooff_2010_trad_no_ofic.pdf> pp. 5 y 6 (25-I-2016).

y en la práctica de los Tribunales como un concepto jurídico difuso e indeterminado, sin unos contornos precisos o con unos perfiles poco definidos, habiendo sido, a lo largo de todos estos años objeto de diferentes interpretaciones. Esta situación de indeterminación no era acorde con las actuales directrices marcadas por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación general n° 14, en lo que concierne a la nueva forma de concebir el interés superior del menor; principio que ahora cobra más fuerza, debiendo ser considerado primordial en cualquier medida o decisión que afecte al menor tanto directa como indirectamente, ya sea en la esfera pública como en la privada; en particular, en las decisiones judiciales y administrativas, así como en todas las iniciativas legislativas y presupuestarias, políticas, estrategias, programas, planes, actos, conductas, propuestas, servicios y procedimientos.

La transformación del interés superior del niño en una «consideración primordial» significa que no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones, por la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra, pues los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y en este sentido, si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar. El propósito es promover un verdadero cambio de actitud en todos los sujetos y órganos encargados de la protección del menor, que favorezca el pleno respeto de sus derechos y que contribuya a mejorar la comprensión y observancia de este principio. Este cambio conlleva también el deber de concebir el interés superior del niño como un concepto dinámico que abarca diversas facetas en constante evolución, y además, como un concepto complejo, cuyo contenido debe evaluarse y determinarse caso por caso en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto¹⁰.

Los cambios introducidos en la LOPJM, por medio de la modificación de su art. 2, refuerzan el derecho del menor a que su interés sea prioritario, dotándolo además de unos perfiles que ayudan a concretar su contenido. El mencionado art. 2 cambia su antiguo título «Principios Generales», por el más concreto «Interés Superior del Menor», ampliándose su redactado, concretándose lo que significa este concepto.

¹⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación general n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1)», <www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf>, 29 de mayo de 2013, pp. 3, 4, 5, 7, 9 y 10 (6-VII-2016).

Ahora su concepto está conformado por un triple contenido: 1) por una parte, como un derecho sustantivo y subjetivo del menor directamente invocable ante los Tribunales, que le concede el derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados, y en el caso de que hayan otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. 2) Por otra, como principio general informador e interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la que mejor se corresponda a los intereses del menor, y 3) por otra parte, como norma de procedimiento que exige el respeto a todas las garantías, con el reconocimiento de un menor rigor formal en este tipo de procesos, admitiéndose que las medidas se fijen en atención al interés del menor con independencia de lo pedido por las partes. Si no se sigue el procedimiento se viola el derecho y se podrá recurrir ante el Juzgado¹¹. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente este derecho. Deberán explicarse los criterios en los que se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones.

El concepto de interés superior del niño se concibe así como complejo, flexible y adaptable, debiendo ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño afectado y teniendo en cuenta el contexto, las necesidades y las circunstancias específicas personales¹². Su determinación en cada caso deberá basarse en una serie de criterios vinculantes y de valores reconocidos universalmente, que deberán ser tenidos en cuenta y ponderados por el responsable de la toma de las decisiones en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deberán explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no su aplicación.

La lista de criterios detallados en el art. 2.2º y 4º LOPJM, no tiene carácter exhaustivo, siendo posible que el responsable de la toma de la decisión no se limite a ellos, y que tome en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño¹³. En general, los mencionados

¹¹ MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., «Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales», <www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/modificacion_del_sistema_de_proteccion_a_la_infancia_y_a_la_adolescencia.pdf> Málaga, 2015, p. 17 (6-VII-2016).

¹² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación general nº 14 (2013) sobre el derecho del niño...», *op. cit.*, pp. 4 y 9 (6-VII-2016).

¹³ *Ibid.*, p. 13 (6-VII-2016).

crITERIOS pueden sintetizarse en los siguientes: la protección de su derecho a la vida y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto físicas, como afectivas e intelectuales. Con la consideración de sus deseos y de su derecho a participar progresivamente en función de su madurez y evolución personal, priorizando que su desarrollo tenga lugar en su familia de origen, manteniendo en lo posible sus relaciones familiares siempre que sea lo más positivo¹⁴. En el supuesto de que se le aplique una medida que implique la separación de su núcleo familiar, deberá valorarse la conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de su familia desde que se adoptó la medida, primando siempre en última instancia las necesidades del menor sobre las de aquélla. Y en el caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés del menor (ej; en las decisiones que se acuerdan sobre los menores en los procedimientos administrativos y judiciales, siempre hay terceras personas afectadas: padres, abuelos, hermanos, allegados...), la norma ha previsto cómo decidir, de cara a priorizar el interés superior del menor, pero valorando al mismo tiempo los derechos fundamentales de estas otras personas. La solución es que en primer lugar deberán adoptarse las medidas que consigan respetar también esos otros intereses legítimos y derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, y en el caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir. Todo ello, teniendo siempre en cuenta el derecho del menor a no sufrir ninguna discriminación por razón de cualquier circunstancia personal, familiar o social, incluida la discapacidad.

Los criterios mencionados deberán ponderarse teniendo en cuenta una serie de elementos (los que menciona sin ánimo exhaustivo ni de forma jerárquica el apartado 3º del art. 2 LOPJM) que deberán ser valorados conjunta-

¹⁴ Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, la medida de separación de la familia biológica solo deberá aplicarse como último recurso, no siendo viable cuando pueda protegerse al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia. Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño. A menos que la separación sea necesaria para protegerlo. La separación solo debe barajarse en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de abandono o un riesgo para la seguridad del niño. Y cuando la separación sea necesaria, los responsables de la toma de decisiones deberán velar por que el niño mantenga y conserve los lazos y la relación con sus padres y su familia, excepto cuando ello contravenga su interés; en COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación general n° 14 (2013) sobre el derecho del niño...», *op. cit.*, p. 15 (6-VII-2016).

mente, de forma que la medida que finalmente se adopte no restrinja o limite más derechos que los que ampara. No todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, y los mismos podrán utilizarse de diferentes maneras en todos los supuestos. El carácter no exhaustivo de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes según las circunstancias específicas de cada niño. El contenido de cada elemento variará necesariamente de un niño a otro, dependiendo del tipo de decisión y de las circunstancias concretas, al igual que la importancia de cada elemento en la evaluación general¹⁵. Tales elementos son: su edad y madurez intelectual, el derecho a no ser discriminado, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover su efectiva integración en la sociedad¹⁶, la preparación para el tránsito a la edad adulta e independiente¹⁷, así como aquellos otros elementos que en el supuesto concreto sean considerados pertinentes.

No cabe duda de que el establecimiento de los mencionados criterios y elementos orientativos facilitará la labor del Juez a la hora de concretar el

¹⁵ *Ibid.*, pp. 13 y 18 (6-VII-2016).

¹⁶ Al mismo tiempo, al evaluar el interés superior del niño, hay que tener presente que sus capacidades evolucionan. Por lo tanto, los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles. Para ello, no solo deben evaluar las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento concreto de la decisión, sino que también deben tener en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño y analizarlas a corto y largo plazo. En este contexto, las decisiones deben evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño; en COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación general n° 14 (2013) sobre el derecho del niño...», *op. cit.*, p. 18 (6-VII-016).

¹⁷ Debe ponerse en conexión con el nuevo art. 22 bis de la LOPJM, reformado por la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, que desarrolla el principio rector de la actuación administrativa recogido en el apartado 4º del art. 11. En el que se hace constar que las Entidades Públicas dispondrán de programas y de recursos para el apoyo y orientación de quienes estando en acogimiento alcancen la mayoría de edad y queden fuera del sistema de protección. Se trata de una novedosa regulación de las obligaciones de la Entidad Pública respecto de los menores protegidos que alcanzan la mayoría de edad, ante la preocupante situación a la que se ven abocados menores que tras varios años en el sistema de protección, se convertían en autónomos de un día para otro, sin el respaldo económico ni el apoyo que habían recibido hasta entonces. La carencia de una red de apoyo de estos jóvenes suponía serias dificultades para continuar su formación, su incorporación al mundo laboral y su integración efectiva en la vida social. Por ello, es importante que se haya recogido en la nueva ley que las entidades públicas ofrezcan, no solo programas, sino también recursos para apoyar y orientar a los que alcanzan la mayoría de edad; RUBIO VICENTE, C., «Nueva Ley de protección jurídica de la infancia y la adolescencia», <www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_Rubio_Vicente.pdf>, Córdoba, pp. 30 y 31 (27-I-2016).

interés superior del menor y permitirá paliar, al menos en parte, la amplia discrecionalidad judicial e inseguridad jurídica en esta materia, reduciendo el riesgo de arbitrariedad. Sin embargo, también puede objetarse que los criterios y elementos establecidos tienen un carácter muy general, su formulación continúa dejando margen a la interpretación, de manera que el alcance y significado de la noción pueden variar dentro de un mismo contexto. Por lo que al fin y al cabo, no resultan del todo suficientes para acabar de concretar el interés superior del menor en supuestos específicos. Sin negar que la introducción de los mismos supone un importante paso, tal vez resultaría necesario que nuestro ordenamiento recogiera criterios y elementos más específicos para la determinación de la noción en situaciones concretas¹⁸. Ciertamente es que nos enfrentamos a lo que en derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general, que inevitablemente nos lleva a que dicho concepto no deba ser interpretado de una forma estática, sino que, por el contrario, deba entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción del mismo. Tratar de dar una significación rígida, estricta e inamovible a una cláusula de este estilo sería contrario a la propia finalidad que la inspira; entraríamos en contradicción con la esencia misma de la norma. Además, son muchísimos los supuestos que pueden plantearse en la práctica, resultando inútil toda teoría exhaustiva que quisiera fundarse en todas y cada una de las situaciones en las que puede encontrarse el menor¹⁹. No obstante, sentadas las bases que deben regir en todo momento nuestra actitud frente a la cláusula general, sí que resultaría beneficioso que el legislador trazase ciertas aproximaciones que ayudasen a perfilar todavía más su verdadera significación en los principales contextos que pueden plantearse en la práctica, o por lo menos, en los más habituales²⁰. Es

¹⁸ MARTÍNEZ CALVO, J., «La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la ley orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3 ter, diciembre 2015, <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/12._Javier_Mart%C3%ADnez_Calvo.pdf>, p. 205 (6-VII-2016).

¹⁹ DE TORRES PEREA, J. M., *El interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, p. 27. Para quien lo importante es su función de contrapeso (para proteger al menor en tanto parte débil en sus relaciones sociales), su función de control (ante todo peligro o amenaza que le afecte), y su utilidad como criterio para resolver los conflictos de intereses que le afecten.

²⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», *Educativo Siglo XXI*, vol. 30, n° 2, <<http://revistas.um.es/educatio/article/view/153701>> 2012, pp. 92 y 93 (2-II-2016).

decir, podrían tipificarse los grupos de casos más relevantes y sistematizarlos para obtener los elementos en los que fundar adecuadamente las decisiones. Ello proporcionaría al Juez una valiosa ayuda para su decisión²¹.

La protección del interés superior del menor se completa en la norma (apartado 5º del art. 2 LOPJM) con el establecimiento de una serie de garantías que deberán respetarse en todos los procesos que versen sobre cuestiones que afecten al menor. Se trata de unas garantías procesales estrictas, concebidas para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le incumben, que incorporan mecanismos de evaluación de los resultados. Tales garantías son:

- «El derecho del menor a ser informado, oído y escuchado, y a ser parte en el proceso». Escuchar y tener en cuenta la opinión de los niños era un desafío más que un hecho, ya que los adultos tienden a atribuirse el poder de decidir sobre las cuestiones que involucran a los niños sin que ellos participen en este proceso. Las personas que abordan y deciden esta cuestión, por regla general representantes legales y jueces, no operan de manera aséptica y neutral, sino que, por el contrario, en la mayoría de las ocasiones, aún actuando con la mejor intención, no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica e ideología, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y escala de valores distintos de los que presentan los adultos²². El grado de aplicabilidad de este principio dependerá del estadio de desarrollo del niño, de su madurez y de su capacidad para intervenir en las decisiones que le conciernen, de manera que a medida que madure sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior²³. Debe partirse de la premisa de que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y

²¹ DE TORRES PEREA, J. M., *El interés del menor y derecho de familia...*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 29 y 30.

²² RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», *Educativo Siglo XXI*, vol. 30, n° 2, <<http://revistas.um.es/educatio/article/view/153701>> 2012, p. 91 (3-II-2016).

²³ ALEGRE, S.; HERNÁNDEZ, X. y ROGER, C., «El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas», *Cuaderno 05*, <www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf>, marzo 2014, p. 5 (7-VII-2016).

para expresarlas en cualquier procedimiento judicial, administrativo o de mediación en el que esté directamente implicado. No se establece límite alguno (ni de edad, ni de madurez) para el ejercicio de este derecho, con la consiguiente obligación de darle audiencia en todos los procedimientos que le afecten, en la forma adecuada a su edad y grado de madurez²⁴. En cualquier caso, se considera que tiene suficiente madurez a partir de los 12 años cumplidos, y siendo menor de dicha edad, la madurez para poder comprender y opinar habrá de valorarse por personal especializado²⁵.

- «La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos», pues los niños constituyen un grupo heterogéneo, y cada cual tiene sus propias características y necesidades que solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados. Por este motivo, el proceso de evaluación oficial debe llevarse a cabo por profesionales capacitados, entre otras cosas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva; en la medida de lo posible, deben participar equipos multidisciplinares de profesionales²⁶.
- «La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor». Cuando el menor no pueda expresar su opinión por sí mismo o no convenga a su interés, se podrá conocer su opinión por medio de sus representantes legales o de otras personas que por su relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. Si en algún asunto existe conflicto o discrepancia con éstos, se designará un Defensor Judicial. En todo caso, el Ministerio Fiscal siempre actuará

²⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO, «Informe sobre Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta y en situación de Dificultad Social», <www.defensordelpueblo.es> 2009, p. 50 (27-I-2016).

²⁵ RUBIO VICENTE, C., «Nueva Ley de protección jurídica de la infancia y la adolescencia», <www.fiscal.es>, Córdoba, p. 7 (27-I-2016).

²⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación general n° 14 (2013) sobre el derecho del niño...», *op. cit.*, pp. 19 y 20 (25-I-2016); cuando el niño desea expresar su parecer y este derecho se ejerce mediante representante, la obligación de este último es comunicar con precisión las opiniones de aquél, y cuando la opinión del niño entra en conflicto con la de su representante, se debe establecer un procedimiento para que el niño pueda acudir a una autoridad, a fin de determinar otra fórmula de representación.

en los procesos en defensa de los derechos del menor, promocionando las medidas de protección que estime necesarias²⁷. Asimismo, el niño dispondrá de una representación letrada adecuada que atienda específicamente a sus intereses²⁸.

- «Motivación y argumentación de la decisión adoptada». A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se deben señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes, el contenido de estos elementos en el caso concreto y la manera en que se han ponderado. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Y si excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos, detallándose de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión. En la fundamentación también se debe explicar el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones²⁹.
- «La existencia de mecanismos que permitan revisar la decisión adoptada» cuando ésta parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés del menor. Tales mecanismos deben darse a conocer al niño, que ha de tener acceso directo a ellos, o por medio de su representante³⁰.

²⁷ MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., «Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales», <www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/modificacion_del_sistema_de_proteccion_a_la_infancia_y_a_la_adolescencia.pdf>, Málaga, 2016. pp. 19 y 20 (26-I-2016).

²⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO, «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia», <www.intermigra.info/archivos/News314/menores14DP.pdf>, mayo de 2014, p. 24 (28-I-2016).

²⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación general n° 14 (2013) sobre el derecho del niño...», *op. cit.*, pp. 20 y 21 (3-III-2016).

³⁰ Tales mecanismos para recurrir y revisar, generalmente se accionaran cuando se han incumplido las garantías procesales, los hechos no son exactos, no se ha llevado a cabo adecuadamente la evaluación del interés superior del menor o se ha concedido demasiada importancia a consideraciones contrapuestas; en COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación general n° 14 (2013) sobre el derecho del niño...», *op. cit.*, p. 21 (13-III-2016).

III. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO Y ESCUCHADO

A este derecho hace referencia el art. 9 LOPJM, que conjuntamente con el art. 10, ha sufrido modificaciones por parte de la L.O 8/2015, con la finalidad de ampliar su contenido, concretar su significado y especificar cómo se ha de ejercer y proteger por parte de los organismos públicos y privados.

Las reformas llevadas a cabo en el art. 9 LOPJM, parten del principio de que el menor tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y juicios de valor, que siempre deberán ser tomados en consideración, sin límite de edad e incluyendo la primera infancia³¹. A medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés. Los niños muy pequeños o aquellos que se encuentran en una situación vulnerable, como por ejemplo los discapacitados, deben tener los mismos derechos que los demás niños a que se atienda a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores o con una capacidad de obrar no restringida³². Como debe partirse de la presunción de que todo niño está en condiciones de formarse un juicio propio, la aplicación automática de criterios de edad para inhibir a priori el acto de escucha resulta improcedente. Asimismo, la decisión de no escuchar a un menor por falta de madurez requerirá un informe técnico que justifique las razones por las que no se ha escuchado al menor o que expliquen una decisión que se aparte de la opinión de éste³³.

A tal efecto, se sustituye su «derecho a ser oído» por el derecho a «ser oído y escuchado» sin discriminación alguna por razón de edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, debiéndose tener debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (art. 9.1º párr. 1º).

La fórmula legal utilizada hasta la fecha —«derecho a ser oído»— presenta diferencias conceptuales con el derecho a ser escuchado. En la tradición jurídica española «ser oído» implica fundamentalmente un trámite del que no se sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída. Sin

³¹ DEFENSOR DEL PUEBLO, «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia», <www.intermigra.info/archivos/News314/menores14DP.pdf>, mayo de 2014, p. 13 (27-I-2016).

³² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación general nº 14 (2013) sobre el derecho del niño...», *op. cit.*, pp. 11, 12 y 13 (18-III-2016).

³³ DEFENSOR DEL PUEBLO, «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia», <www.intermigra.info/archivos/News314/menores14DP.pdf>, mayo de 2014, pp. 32 y 40 (31-V-2016).

embargo, el concepto de «escucha» es más exigente. Ya que además de atender a lo oído, ha de razonarse sobre la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño. Implica además, la obligación de dar a la opinión del niño el peso que merece en función de su edad y grado de madurez, analizando caso por caso.

Por otra parte, escuchar al niño no comporta que eventualmente no puedan desatenderse sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del Juez surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés. En cuyo caso, se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos, fundamentalmente orientándolos a la comprensión por parte del niño de la decisión y de sus motivos. En los supuestos de colisión con el deseo del menor, el Juez deberá expresar los motivos de su apartamiento de la opinión recogida³⁴.

Puede decirse que con las modificaciones introducidas por la L.O 8/2015, se ha regulado de una forma algo más detallada en el art. 9 LOPJM el procedimiento para la audiencia del menor, con la exigencia de algunos requisitos que antes no aparecían, pero ciertamente, a mi parecer la norma sigue siendo todavía demasiado generalista y poco concreta en la regulación de la práctica de una prueba tan importante como ésta. Hay que tener en cuenta que se trata de una diligencia que genera importantes dudas y problemas prácticos, muchos de los cuales afectan a derechos fundamentales del menor. Con la consiguiente inseguridad jurídica que esta falta de regulación conlleva, pues da pie a que cada Juez la lleve a cabo de una forma distinta. Resulta ineludible y de enorme trascendencia comprender y saber la forma en que ha de llevarse a cabo la exploración y audiencia de los menores de edad por parte del órgano judicial, al objeto de evitarles en lo posible la causación de perjuicios y efectos indeseables y traumáticos. Así por citar un ejemplo, en el párrafo 2º del apartado 1º del art. 9, se dispone que las comparecencias o audiencias se realizarán de forma adecuada a la situación y desarrollo del menor, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados, cuidando de preservar su intimidad, pero no se concretan los requisitos procedimentales que debe reunir esta diligencia para considerarse que se está realizando de forma acorde a la situación del menor. Ni tampoco en qué supuestos concretos sería necesaria la intervención de expertos, y lo mismo sucede con el deber de respetar la intimidad del menor, pues la norma no alude a si la exploración debe ser objeto de

³⁴ PETTIGIANI, E. J., «Derecho del niño a ser oído. ¿Cómo debe ser escuchado?», <<http://vlex.com/vid/derecho-oído-debe-escuchado-38958649>>, pp. 17-18 (11-VII-2016).

grabación, o debe ser únicamente levantada acta por el secretario, o si dentro del acta, ésta debe ser una mera diligencia de su realización, o bien, un acta sucinta y detallada. Hay Juzgados que practican esta diligencia en la Sala; otros en el despacho del Juez; otros Jueces realizan la diligencia estando solos, otros lo hacen en compañía del Ministerio Fiscal y algún Juzgado la lleva a cabo con el auxilio y asesoramiento de un psicólogo adscrito al Juzgado³⁵.

La audiencia al menor en todos los procedimientos que le afecten, sin limitación alguna por razón de edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, parece convertirse ahora en una clara obligación para el Juez en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social³⁶. Es decir, en principio el menor deberá ser escuchado siempre, aunque sea muy pequeño, excepto cuando ello no sea posible o no convenga a su interés. Aunque sus opiniones deberán tomarse cada vez más en serio a medida que disponga de la capacidad de discernimiento necesaria para comprender el alcance y las consecuencias de sus decisiones y opiniones en el contexto concreto. Digamos que la obligación del Juez de hacer más caso o de atender más a las opiniones del niño irá en función del grado de madurez de éste. Ahora bien, siendo una obligación para el Juez, no lo es para el menor, que solo opinará sobre sus deseos cuando él quiera o pueda, pues para el menor se trata de un derecho. La concepción de esta fase como un derecho para el menor tiene su razón de ser en la protección de éste respecto a la futura y nueva realidad que deberá afrontar, evitándole un posible daño emocional.

Las comparecencias tendrán carácter preferente y se realizarán, si fuera necesario, con la asistencia de profesionales cualificados o expertos, especialmente en el caso de menores difíciles o de corta edad. Siempre es recomendable la intervención de algún profesional (psicólogo, educador infantil, trabajador social) que coparticipe con el Juez en la audiencia, bien a lo largo de todo su desarrollo, bien en las fases inicial o final. También es aconsejable la aplicación de un protocolo de acogida, a fin de situar al menor, en el que se le explique por qué se le ha llamado, dónde se encuentra, quiénes son las

³⁵ ROMERO COLOMA, A. M., «La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales», *Diario La Ley*, La Ley, n° 7956, Sección Tribuna, 2 de noviembre de 2012, <<http://laleydigital.laley.es>>, p. 7 (17-VII-2016).

³⁶ Tal es el sentido que parece desprenderse de la redacción literal del art. 9 apartado 1°; especialmente cuando afirma «teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez».

personas presentes, qué objeto tiene la entrevista, etc, y de un protocolo de despedida que cumpla la finalidad de liberar al menor de posibles sentimientos de culpa, siendo recomendable finalizar la entrevista con temas neutros (aficiones, deportes) y en forma positiva, alabando su colaboración³⁷.

Puede afirmarse que no existían hasta la fecha sistemas específicos de garantía frente a la desatención de estos derechos por parte de la Administración. Los informes de los técnicos de los equipos psicosociales ponen de manifiesto que no existía un protocolo que facilitase la aproximación al menor para trasladarle la información que le permitiese tomar conciencia de sus derechos y de la importancia de su participación. La experiencia trasladada, tanto por representantes de entidades que trabajan con la infancia como por operadores jurídicos, es que, por lo general, los menores no reciben una información suficiente sobre su situación y expectativas de evolución de la misma.

En la nueva redacción dada por la L.O. 8/2015 al art. 9 LOPJM, se añade la manera en como la información debe ser suministrada al menor en los procedimientos judiciales o administrativos que le afecten, así como los requisitos que debe respetar la audiencia. La información deberá serle suministrada en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión.

Para la primera infancia ha de contemplarse como una opción adecuada el reconocimiento y respeto a las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal, el dibujo y la pintura, mediante los cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad para comprender, elegir y tener preferencias. Por otra parte, la evolución de la capacidad para formarse un juicio no precisa que el menor tenga un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del problema planteado, sino que basta con que disponga de una comprensión suficiente del mismo.

El menor debe recibir información sobre cuál es el objetivo de la escucha, las cuestiones que van a ser abordadas, las modalidades en las que puede ejercer este derecho y las consecuencias de las decisiones que puedan adoptarse, y todo ello en un entorno amigable, pues no se puede escuchar eficazmente

³⁷ MORENO, V., «La exploración de menores en los procesos de nulidad, separación y divorcio. El difícil equilibrio entre la intimidad del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva», *Diario La Ley*, La Ley, nº 7378, Sección Tribuna, abril 2010, Año XXXI, <<http://laleydigital.laley.es>>, p. 4 (13-VII-2016).

a un niño cuando el entorno es intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad³⁸. En la diligencia deben intervenir el Juez, el Secretario, como depositario de la fe pública judicial y el Ministerio Fiscal, como defensor en el proceso de los intereses del menor³⁹.

La audiencia debe ser realizada en un contexto propicio y que inspire confianza, debiendo adoptar la forma de una conversación animada más que de un escrutinio o interrogatorio. El llamado entorno amigable obliga a ajustar en lo posible a la madurez del niño el espacio físico, las personas presentes y su actitud durante el desarrollo del acto, para tratar de ir desgranando sus prioridades⁴⁰. Las investigaciones han demostrado que el recuerdo libre de los hechos, es decir, el estilo narrativo, es más adecuado que realizar preguntas estructuradas (técnica del interrogatorio). Las declaraciones contienen mayor número de errores cuando las preguntas son formuladas de forma cerrada, y menos errores cuando al menor se le permite el recuerdo libre, eligiendo sus propios detalles concernientes a los hechos. Ahora bien, el recuerdo libre es más seguro, pero menos completo que las respuestas a preguntas cerradas. Por lo que lo más seguro y fiable sería que el menor narrase sus propias experiencias con sus propias palabras, sin agobios ni prisas que puedan alterarle, y una vez hecho esto, el Juez le haga las preguntas y le formule las cuestiones que tenga por pertinentes sobre aquellos puntos que no hayan quedado muy claros, o sobre otros detalles adicionales sobre los que precise más información. Habría entonces que comenzar en primer lugar por la forma narrativa de exploración judicial, y más tarde, en una progresión continua de preguntas cada vez más estructuradas⁴¹. Siempre teniendo en cuenta que se trata de un derecho renunciabile en cualquier momento por la voluntad del niño; nunca de una obligación. Debe evitarse, asimismo, la reiteración de exploraciones e intentarse que esta diligencia se programe lo antes posible, para evitar al niño estrés de espera. Los expertos coinciden en la importancia de que el menor no perciba que su opinión es decisiva para la

³⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO, «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia», <www.intermigra.info/archivos/News314/menores14DP.pdf>, mayo de 2014, pp. 14, 15 y 16 (30-I-2016).

³⁹ MORENO, V., «La exploración de menores...», *op. cit.*, p. 3 (13-VII-2016).

⁴⁰ *Ibid.*, p. 3 (13-VII-2016).

⁴¹ ROMERO COLOMA, A. M., «La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales», *Diario La Ley*, La Ley, n° 7956, Sección Tribuna, 2 de noviembre de 2012, <<http://laleydigital.laley.es>>, p. 6 (17-VII-2016).

resolución que finalmente el Juez haya de adoptar. La razón esgrimida es la de proteger al niño del peso de la responsabilidad que se derivaría de que su posición se percibiera como determinante⁴². Habría que pensar también en la supresión de ciertas formalidades que suelen ser impactantes y que suelen producir en el menor desasosiego, tales como la toga del Juez y el clima de seriedad de las Salas de Justicia⁴³.

Se sustituye el término «juicio» por el de «madurez», y se detalla el procedimiento a seguir para evaluarla, en el que deberá intervenir personal especializado, que tendrá en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender el asunto concreto a tratar en cada supuesto, considerándose en todo caso que tiene suficiente madurez cuando tenga 12 años cumplidos (art. 9.2º, párr. 1º LOPJM). El término «madurez» es más ajustado al lenguaje jurídico y forense, que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y que es generalmente utilizado en los diversos Convenios internacionales en la materia. Es un término más adecuado porque se relaciona más con la aptitud no solo para comprender, sino también para poder asumir las consecuencias de la actuación en el caso concreto, pues el hecho en sí mismo de declarar puede producir en el menor un trauma del que no llegará a recuperarse hasta que transcurra un tiempo. Las declaraciones que se ven obligados a emitir ante el órgano judicial suelen ser conflictivas, produciéndoles desasosiego y ansiedad que, a edades tempranas, son difíciles de olvidar⁴⁴. En la nueva redacción dada por la L.O 8/2015, para determinar si el menor tiene la madurez necesaria deberá ser evaluado obligatoriamente por profesionales cualificados, no siendo suficiente una valoración del Juez. La norma además añade ahora que en todo caso se considerará que tiene suficiente madurez con 12 años cumplidos. Creo que la disposición no está bien redactada y que comete un error al afirmar de manera tan contundente que el menor tiene suficiente madurez cuando cuente con 12 años. Debe tenerse en cuenta que no todos los menores de más de 12 años tienen suficiente madurez. Cada menor tiene unas características personales propias que comportan un nivel de desarrollo general, que no siempre

⁴² DEFENSOR DEL PUEBLO, «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia», <www.intermigra.info/archivos/News314/menores14DP.pdf>, mayo de 2014, p. 18 (31-I-2016).

⁴³ ROMERO COLOMA, A. M., «La audiencia y exploración de los hijos...», *op. cit.*, p. 7 (17-VII-2016).

⁴⁴ *Ibid.*, p. 5 (13-VII-2016).

es coincidente con su edad cronológica. La edad cronológica no tiene por qué estar igualada con la edad madurativa.

En general, se incorpora en el procedimiento el deber del Juez de actuar asistido por un equipo interdisciplinario que lo asesore técnicamente y con la debida precisión, a efectos de una correcta interpretación de las manifestaciones del niño.

El menor podrá ejercitar su derecho a ser oído por sí solo o a través de la persona que designe para que le represente cuando tenga suficiente madurez. Se procura, ante todo, que el menor pueda ejercitar este derecho personalmente por sí mismo, antes que tener que acudir a sus representantes. Para ello, la L.O 8/2015 introduce como novedad que si lo requiere, será asistido por intérpretes, pudiendo expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación (art. 9.2º LOPJM).

Cuando el menor no tenga suficiente madurez o no pueda transmitir él directamente su opinión, o no convenga a su interés, entonces podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, 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 (art. 9.2º LOPJM). En ocasiones, puede no resultar adecuado convocar a un niño a una exploración judicial porque puede existir riesgo de que le conlleve un estrés o sobrecarga emocional que le perjudique, al faltarle los recursos o la madurez emocional suficiente para afrontar la comparecencia o que le dificulte la comprensión de la situación, que puede llegar a infligirle un daño psicológico si el nivel de angustia que le provoca supera el que sus recursos intelectuales le permiten afrontar. Es fundamental que el menor entienda el objetivo de la entrevista y quién será el responsable final de la decisión judicial, para evitar en la medida de lo posible que ésta le repercuta negativamente en su estabilidad emocional, haciéndole sentirse culpable o responsable de una decisión que no le corresponde tomar. Los menores sufren las consecuencias emocionales de pensar que ellos son los responsables del resultado final del conflicto⁴⁵.

El acto de escucha no tiene una dimensión pasiva ni se agota en sí mismo, sino que el encargado de adoptar la decisión en cuestión debe comunicar al

⁴⁵ CASO SEÑAL, M.; ARCH MARÍN, M.; JARNE ESPARCIA, A. y MOLINA BARTOMEUS, A., «La audiencia del menor en los procedimientos de familia: guía de recomendaciones para la práctica de la exploración judicial», <www.padresdivorciados.es/pdf/La%20audiencia%20del%20menor%20.pdf>, abril 2010 (12-VII-2016).

menor el resultado del proceso. Esto pone de manifiesto, una vez más, que se piensa en el menor como en un actor del proceso, y que, por tanto, ha de dársele la posibilidad de reaccionar frente a la decisión adoptada⁴⁶. No se garantizaría del todo la efectividad del derecho del menor a ser oído y escuchado si no se le diera a éste la posibilidad de oponerse a aquellas decisiones en las que se le deniegue este derecho o en las que su opinión no haya sido respetada. Por tal motivo, la L.O 8/2015 introduce como novedad en el apartado 3º del art. 9 LOPJM, que la resolución deberá ser motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra la misma.

Cualquier decisión sobre el niño debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación deben señalarse explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés y la manera en que se han ponderado. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. De esta manera, el ordenamiento prevé ahora mecanismos para examinar o revisar las decisiones cuando el menor considere que su derecho a ser escuchado y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones no haya sido satisfecho, y tales mecanismos se encuentran a disposición del menor, que ha de tener acceso directo a ellos o por medio de su representante jurídico.

En el ordenamiento español no se preveía que el encargado de adoptar una decisión la tuviese que notificar al niño directamente. La resolución se notificaba únicamente a las partes y el niño tenía conocimiento de lo decidido a través de la Administración que ejercía su tutela o de sus representantes legales. Tampoco se preveía una vía general para que el menor en cuestión pudiese disentir de la decisión adoptada, y menos para convertirse en una suerte de parte a partir de la comunicación de la sentencia⁴⁷. Ahora estos recursos se le ofrecen por medio de las modificaciones llevadas a cabo en el mencionado art. 9, y también en el art. 10 LOPJM. Este último introduce, por un lado, la obligación del Defensor del Pueblo de facilitar al menor el acceso a me-

⁴⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO; *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. Madrid, mayo de 2014, pp. 17, 18, 30 y 31. En <www.observatoriodelainfancia.es> (31-I-2016).

⁴⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO, «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia», <www.intermigra.info/archivos/News314/menores14DP.pdf>, mayo de 2014, pp. 19, 24 y 33 (31-I-2016).

canismos adecuados y adaptados a sus necesidades cuando éste le plantee sus quejas (modificación de la redacción del sub apartado c) del art. 10.2º), y por otro, el derecho del menor a solicitar asistencia legal y el nombramiento de un Defensor Judicial para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses, con la necesaria actuación del Ministerio Fiscal en defensa de sus derechos (nuevo sub apartado e) del art. 10.2º).

El Ministerio Fiscal desempeña en este ámbito un triple papel: de seguimiento de la actuación de los menores; de control periódico de su situación; y de promoción de las medidas judiciales de protección que estime necesarias; en esencia, la norma entiende que la posición del Fiscal es la de un supervisor de la actuación administrativa⁴⁸.

IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESPECIALES PARA MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA

Se crea un nuevo capítulo IV en la LOPJM (arts. 25 a 35), bajo el título «Centros de protección específicos de menores con problemas de conducta», en el que por primera vez se regula el ingreso de menores diagnosticados con problemas especiales de conducta que se encuentren en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública, en unos centros específicos que tienen en cuenta las especiales características, complejidad, condiciones y necesidades de aquéllos. La actuación de estos centros puede incidir, en ocasiones, en los derechos fundamentales de los menores. Por ello, se ha creado una normativa en la que se determinan los límites de la intervención y se regulan, entre otras materias, las medidas de seguridad, como la contención, el aislamiento, los registros personales, los permisos de salida, el régimen de visitas o la administración de medicamentos⁴⁹.

Estos centros deben proporcionar a los menores con problemas de conducta, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado, un marco adecuado para la educación, la normalización de su

⁴⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO, «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia», <www.intermigra.info/archivos/News314/menores14DP.pdf>, mayo de 2014, pp. 28 y 29 (31-I-2016).

⁴⁹ GÓMEZ, A. M^a, «Las 10 claves de la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», <<http://pdfs.wke.es/4/4/7/8/pd0000104478.pdf>>, 2015 (1-II-2016).

conducta y el libre y armónico desarrollo de su personalidad. Debe proporcionárseles un contexto más estructurado socio-educativo y psicoterapéutico, por medio de programas específicos, tratando el problema desde un enfoque positivo y de oportunidades.

Hay que decir que, a pesar de la evolución que han experimentado en nuestro país otras medidas de protección, el acogimiento residencial sigue desempeñando un papel fundamental en la atención de los niños, en especial adolescentes en situación de desamparo, pues la función que cumple en la actualidad esta medida protectora difícilmente pudiera ser cubierta por alternativas familiares. Por un lado, debido a la complejidad de las necesidades de estos jóvenes, que requieren una atención especializada, y por otro, por la dificultad que entrañaría encontrar familias acogedoras que posean un suficiente nivel de capacitación, formación y dedicación para cubrir las necesidades de estos menores⁵⁰.

El principal motivo de la reforma estriba en que el sistema existente hasta la fecha encargado de la protección de menores con este tipo de problemas, no está dando los frutos esperados; es un sistema abandonado a la inercia de los poderes públicos que incumplen sus funciones de vigilancia y de tutela, que no garantiza suficientemente los derechos de los menores, y que en ocasiones, incluso, les aplica tratamientos que no son los más adecuados a sus necesidades.

El estudio llevado a cabo por la Oficina del Menor, tras recibir diversas denuncias, tanto por parte de jóvenes internados, como por parte de familiares y educadores que han trabajado en dichos centros, así como los informes presentados por el Defensor del Pueblo, cuestionan el nivel ético y el carácter pedagógico de determinados métodos que se aplican en estos centros a menores con trastornos de conducta y en dificultad social, destacando la existencia de numerosas irregularidades en la atención a los mismos, como vulneraciones de derechos y castigos desproporcionados, entre los que destacan: la privación de salidas al patio durante una semana, la administración de medicamentos psiquiátricos contra su voluntad y sin ajustarse a la ley, la imposición de medidas de contención física o mecánica y medidas de aislamiento extremas, así como la realización de registros personales en los que se obliga a los menores a desnudarse sin justificación ni comunicación al Juez. Las sanciones agresivas

⁵⁰ BRAVO, A. y DEL VALLE, J. F., «Crisis y revisión del acogimiento residencial. Su papel en la protección infantil», *Papeles del Psicólogo*, vol. 30. Sección Monográfica, Oviedo (2009), p. 42.

que se aplican en muchos de estos centros llegan al extremo de los malos tratos y del aislamiento de menores en salas con paredes recubiertas de caucho negro y sin ventilación, que apenas alcanzan tres metros de longitud⁵¹. Amnistía Internacional ha denunciado que los niños ingresados pueden ser víctimas de abusos sexuales. Entre los castigos más frecuentes están el amordazarlos en una silla a la intemperie, privarles de alimento hasta 3 días, encerrarles en celdas de aislamiento una semana o dos, prohibirles las visitas familiares u obligarles a permanecer 24 horas de pie. Además, ha denunciado que en este tipo de centros se aplican contenciones físicas, mecánicas y farmacológicas con el objetivo de castigar al menor, y no como tratamiento o como respuesta a un momento puntual de crisis⁵².

La estrategia utilizada para la corrección de las conductas contrarias al reglamento se ciñe, la mayor parte de las veces, a la aplicación de sanciones, recibiendo prácticamente la misma consideración todos los comportamientos infractores, sin que se profundice en las causas singulares de cada infracción. El castigo resulta ineficaz si no va acompañado de otras medidas personalizadas, motivadoras y estimulantes.

Funcionan en estos centros celdas de aislamiento verdaderamente atroces, con portones blindados de hierro, sin comunicación alguna al exterior, en las que los menores pueden permanecer recluidos por tiempo indeterminado, atentando, no sólo contra la salud psíquica de éstos, sino también contra su dignidad. Tan honda puede llegar a ser su soledad, que los niños, antes de entrar en esas celdas reclaman a veces una medicación que les ayude a soportar la angustia del emparedamiento. Estos habitáculos, en los que se priva a los niños de todo estímulo sensorial hasta anular su resistencia, tienen que ser sustituidos por otros espacios, convenientemente acondicionados, para evitar

⁵¹ DE VICENTE, A. y BERDULLAS, S., «El Defensor del Pueblo presenta un informe sobre los centros de protección de menores con trastornos de conducta», <www.cop.es/infocop/pdf/1691.pdf>, 2009 (25-I-2016).

Véase igualmente; BLOQUE EDUCATIVO DEL COA, «Menores de protección a reforma sin pasar por la casilla de salida», <<http://educadoresenlucha.blogspot.com.es/2016/02/menores-de-proteccion-reforma-sin-pasar.html>>, 21 de febrero de 2016 (18-VII-2016).

⁵² «Amnistía Internacional denuncia que los menores en los centros sufren abusos, medicación forzada y malos tratos», <www.rtve.es/noticias/20091215/ai-denuncia-menores-centros-sufren-abusos-medicacion-forzada-malos-tratos/306011.shtml>, 2009 (26-III-2016).

Véase igualmente; ANPRODEFA, «Protección//siguen las carencias y los abusos dos años sin muchos cambios en los centros de menores», <<http://anprodefa.org/ninos-que-se-ahorcan/familias-perjudicadas/proteccion-siguen-las-carencias-y-los-abusos-dos-anos-sin-muchos-cambios-en-los-centros-de-menores>>, febrero de 2011 (19-VII-2016).

posibles lesiones, en los que las necesidades de contención no estén reñidas con unas exigencias mínimas de dignidad. Cuando la contención, tanto física como farmacológica es abusiva y se convierte en el discurso habitual del tratamiento en el centro, se dificulta el crecimiento evolutivo favorable del menor, impidiendo que llegue a desarrollar de forma adecuada sus propios mecanismos relacionales y de convivencia.

Asimismo, se destaca la carencia en estos centros de personal especializado en psiquiatría y psicología infantil. Como consecuencia de esta carencia de profesionales adecuados⁵³, se han detectado numerosos niños con trastornos mentales, con altos niveles de fracaso escolar y con serios problemas de abuso de sustancias, que no están siendo diagnosticados ni atendidos. Se ha constatado la tendencia a medicar profusamente los trastornos psicosociales de los menores, con una ingesta continuada y altas dosis de medicaciones psiquiátricas, con el grave riesgo que puede conllevar para su salud. La administración de fármacos debe ser realizada con suma cautela, muy medida en la dosis y breve en el tiempo, bajo estricta supervisión médica y monitorizada siempre por profesionales⁵⁴. Otra de las graves deficiencias encontradas es la escasa o nula preparación que se proporciona a los menores para afrontar su futuro. Una vez que salen de estos centros, la realidad con la que se encuentran no es otra que la exclusión social⁵⁵. Son precisos más programas de atención a adolescentes para preparar su proceso de emancipación. Ello supondría por ejemplo, crear una red de pisos específicos para jóvenes ex tutelados, y también programas de

⁵³ En los centros se ha detectado la presencia del denominado «educador sádico»: la pequeñez personal que sienten en su vida extramuros tratan de resolverla erigiéndose en dioses intramuros, descargando sus frustraciones vitales sobre los menores, totalmente indefensos ante el poder absoluto que la institución otorga al educador. Su acción educativa se sustenta en el recurso continuo al aislamiento, la amenaza, el grito, el insulto y la vejación permanente. Suelen ser los que mayores barbaridades cometen en nombre de la contención física. Desquician a los menores con su persecución constante, casi siempre en base a nimiedades e incluso ante paranoicas conspiraciones de los menores que ellos mismos inventan. Este colectivo de sádicos está compuesto por un amplio abanico de sujetos: porteros de discoteca, ex vigilantes de seguridad, monitores de gimnasio, ex militares, ex legionarios, etc. Incluso también por diplomados y licenciados universitarios; en COLECTIVO NO A O'BELEN, «¿Qué pasa con los centros de menores?», <www.colectivonoaobelen.blogspot.com.es>, 2011 (25-III-2016).

⁵⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO, «Informe sobre Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta y en situación de Dificultad Social», <www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/centros-de-proteccion-de-menores-con-trastornos-de-conducta-y-en-situacion-de-dificultad-social-2009/#> 2009, pp. 21 a 24 (25-I-2016).

⁵⁵ DE VICENTE, A. y BERDULLAS, S., «El Defensor del Pueblo presenta un informe...», *op. cit.* (25-I-2016).

seguimiento y de apoyo comunitarios (inserción laboral, educadores de calle, ayudas para el alquiler, etc.)⁵⁶.

Con el objetivo de corregir las graves carencias mencionadas, paralelamente con las novedades sustantivas introducidas en el nuevo capítulo IV de la LOPJM, se modifican asimismo, la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (en adelante; LEC) y la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (en adelante; LOPJ), para introducir las reformas procesales que garanticen la efectividad de las novedades expuestas, así como para obtener de los Tribunales una tutela más efectiva de los derechos de los menores.

En cuanto a las modificaciones llevadas a cabo en la LEC, se regulan dos nuevos procedimientos ágiles, sencillos y detallados:

- Uno (introducción del nuevo artículo 778 bis) para la obtención de la autorización judicial del ingreso de un menor en un centro de protección específico, a fin de legitimar las restricciones a su libertad y derechos fundamentales que la medida pueda comportar. El ingreso de un menor en estos centros a solicitud de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal, requiere de un control judicial, que se efectuará al exigir la previa autorización del Juez de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública, salvo en los supuestos de urgencia, en los que el ingreso será ratificado por el Juez con posterioridad, con la intervención del Ministerio Fiscal y del menor; y
- otro (introducción del nuevo artículo 778 ter) para conocer de las solicitudes para entrar en domicilios y otros lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, en ejecución de las resoluciones administrativas de protección de menores, atribuyéndose ahora la competencia para la autorización para las entradas al Juzgado de Primera Instancia, eliminando esta competencia a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo. Hasta la fecha, la competencia se había atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa, no existiendo un procedimiento específico que garantizase plenamente el equilibrio de los intereses en juego: de una parte, el superior interés del menor afectado por la resolución administrativa, cuya ejecución exige la entrada en un domicilio; y de otra, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el art. 18.2º de la Constitución. Frente a la

⁵⁶ BRAVO, A. y DEL VALLE, J. F., «Crisis y revisión del acogimiento residencial...», *op. cit.*, p. 50.

situación existente, se ha optado por atribuir la competencia para la autorización de entrada en domicilio al Juzgado de Primera Instancia, pues es al que le corresponde el conocimiento de los recursos contra las resoluciones dictadas por las Entidades Públicas competentes en la materia, debiendo realizar una ponderación de los intereses en juego; competencia ésta, alejada de la función esencial del Juzgado de lo contencioso-administrativo, que se centra en el control de la corrección de la actividad administrativa sometida a su conocimiento. Dentro de este procedimiento se regula otro que permite acordar la entrada de forma inmediata, cuando la medida deba ser ejecutada con urgencia, sin necesidad de la autorización judicial previa, siempre que se justifique la necesidad de la celeridad en la resolución.

En cuanto a las modificaciones operadas en la LOPJ, se modifica el apartado 2 del art. 9, para cambiar la competencia que antes tenían y que ahora ya no tienen los Juzgados de lo contencioso-administrativo para autorizar la entrada en domicilios en ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública.

IV.1. *El ingreso del menor en un centro específico para menores con problemas de conducta*

El ingreso del menor en un centro específico para menores con problemas de conducta, se producirá en régimen de acogimiento residencial, cuando aquél se encuentre en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública, por encontrarse en situación de riesgo o desamparo, haya sido diagnosticado con problemas de conducta por una valoración psicosocial especializada, y además esté prevista la utilización de medidas de seguridad y de restricción de sus libertades o de derechos fundamentales.

La identificación del trastorno de conducta en el menor debe basarse en un diagnóstico previo efectuado por profesionales especializados, que deberá incluir indicaciones y pautas terapéuticas para el desarrollo de la intervención, que sirvan para orientar la actuación profesional de los trabajadores del centro. El abordaje del trastorno de conducta requiere una intervención especializada de carácter integral, tanto a nivel individual como socio familiar, que englobe las distintas áreas del desarrollo personal a nivel físico, psicológico, emocional y comportamental. Ello supone la actuación planificada y coordinada de profesionales y de recursos, además de integrar a la familia como un agente esencial en el proceso terapéutico.

El centro deberá disponer de un equipo de profesionales con la suficiente formación académica y capacitación técnica para el diseño y aplicación del plan personalizado de intervención y de las técnicas terapéuticas que en el mismo se establezcan. Todos los profesionales que conformen estos equipos deberán participar en un programa de formación continua o de supervisión profesional permanente⁵⁷.

El ingreso en el centro se configura como una medida excepcional que se realizará como último recurso cuando no haya sido posible la protección del menor a través de otro tipo de intervenciones, pues en las situaciones de desprotección social de un menor rige como principio rector de las actuaciones de los poderes públicos el deber de éstos de dar preferencia a las medidas familiares sobre las residenciales (nueva redacción del art. 12.1º LOPJM, dada por la Ley 26/2015), y de procurar el mantenimiento del menor en su familia de origen, salvo cuando no sea conveniente a su interés, en cuyo caso, se garantizará la adopción de medidas de protección familiares, priorizando el acogimiento familiar frente al institucional (nueva redacción del art. 11.2ºb) LOPJM, dada por la Ley 26/2015). Así, el internamiento del menor en un centro específico de trastornos de conducta debe considerarse siempre la última opción de la intervención, valorando medidas alternativas que promuevan la permanencia en su entorno familiar, con el apoyo de recursos especializados externos, o bien el acogimiento en otros núcleos familiares que puedan dar respuesta a sus necesidades⁵⁸.

El menor no podrá permanecer en el centro más tiempo del estrictamente necesario, y su ingreso tendrá como finalidad proporcionarle un marco adecuado para su educación, la normalización de su conducta y su reintegración familiar cuando sea posible⁵⁹. En el caso de menores con discapacidad, se continuará con los apoyos especializados que vinieran recibiendo o se adoptarán otros más adecuados, incorporando las medidas de accesibilidad necesarias. No obstante, no podrán ser ingresados en estos centros los menores que presenten enfermedades o trastornos mentales que requieran de un tratamiento

⁵⁷ BELDA GRINDLEY, C. *et al.*, *Centros de protección de menores...*, *op. cit.*, pp. 77, 78 y 84 (5-VII-2016).

⁵⁸ *Ibid.*, p. 79 (5-VII-2016).

⁵⁹ Son principios rectores de las actuaciones administrativas de protección: procurar la integración familiar del menor (art. 11.2ºc) LOPJM); y velar para que la familia de origen pueda desarrollar adecuadamente sus responsabilidades, facilitándoles para ello los servicios de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor (nueva redacción del art. 12.2º LOPJM, dada por la Ley 26/2015).

específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a las personas con discapacidad⁶⁰.

A su ingreso en el centro el menor recibirá información escrita sobre sus derechos y deberes, las normas de funcionamiento, las cuestiones de organización, el régimen educativo y disciplinario, y sobre los medios que tiene para formular peticiones, quejas y recursos, que le será transmitida de forma que se garantice su comprensión.

Se prevé la posibilidad de que el menor pueda ingresar en un centro de este tipo en el supuesto de guarda voluntaria asumida por la Entidad Pública que traiga su causa en una solicitud de ayuda de la propia familia originaria cuando ésta, por circunstancias graves y transitorias, no pueda cuidar al menor (supuesto previsto en el art. 19 LOPJM, cuya redacción ha sido modificada por la Ley 26/2015, y también en el nuevo art. 172 bis del Código Civil, incluido por la Ley 26/2015⁶¹), pero en estos casos, se exige el compromiso de la familia a someterse a la intervención profesional (arts. 25 y 26.2º, 4º y 5º LOPJM y 19.2º párr. 2º Ley 26/2015).

Para el ingreso del menor en el centro será necesario que la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal soliciten previamente la autorización del Juez de Primera Instancia del lugar donde radique el centro. Esta solicitud deberá estar motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos por personal especializado. No obstante, si por razones de urgencia, convenientemente motivadas, fuese necesario el ingreso inmediato del menor en el centro, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal podrá acordarlo sin la autorización judicial previa. Pero deberá comunicarlo al Juzgado competente (Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que radique el centro del ingreso) dentro de las 24 horas siguientes, para que proceda a ratificarse dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de 72 horas desde que llega el ingreso a conocimiento del Juez, dejándose de inmediato sin efecto el ingreso en el caso de que no sea autorizado.

⁶⁰ La Ley 26/2015, añade un nuevo apartado 7º al art. 12 LOPJM, en el que se incide en la obligación de los poderes públicos de velar al máximo por los derechos y el interés superior de los menores con discapacidad.

⁶¹ La guarda voluntaria solicitada por los padres o tutores que no puedan cuidar al menor no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo, salvo que el interés del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores, o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo (nuevo art. 172 bis del Código Civil).

Tanto para conceder la autorización previa al ingreso, como para ratificarlo posteriormente, el Juzgado deberá examinar y oír al menor, que deberá ser informado sobre su ingreso de manera comprensible y adaptada a su edad y circunstancias. El Juzgado también deberá dar audiencia a la Entidad Pública, a los progenitores o tutores, y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada, emitiéndose un informe por el Ministerio Fiscal. El Juzgado deberá, además, recabar como mínimo el dictamen de un facultativo por él designado, y si lo considera conveniente, practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso o le sea instada.

En la resolución en la que se acuerde el ingreso se expresará la obligación de la Entidad Pública y del Director del centro de informar periódicamente al Juzgado y al Ministerio Fiscal sobre las circunstancias del menor y sobre la necesidad de mantener o no la medida, sin perjuicio de otros informes que el Juez pueda requerir cuando lo crea pertinente. Los informes periódicos serán emitidos cada tres meses, a no ser que el Juez, atendida la naturaleza de la conducta que motivó el ingreso, señale un plazo inferior. Recibidos los informes, el Juzgado, previa práctica de las actuaciones que estime imprescindibles, y oído el menor y el Ministerio Fiscal, acordará lo procedente sobre la continuación o no del ingreso⁶².

La L.O 8/2015, al regular los centros de protección específicos para menores con problemas de conducta, no ha configurado un régimen propio de los derechos y deberes de los menores en estos centros. Tan solo, en la Ley 26/2015, por medio de la inclusión de un artículo 21 bis en la LOPJM, encontramos una relación general de los derechos del menor acogido, con independencia de la modalidad de acogimiento en la que se encuentre. Aunque no de sus deberes. Por lo que por el momento, tendremos que conformarnos con esta referencia a la Ley 26/2015, quedando a la espera de que en una futura reforma de la regulación contenida en la L.O 8/2015, el legislador estatal profundice todavía más en esta materia.

⁶² El control periódico de los ingresos corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el centro. En el caso de que el menor fuera trasladado a otro centro de protección específico, no será necesaria una nueva autorización judicial, pasando a conocer del procedimiento el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que radique el nuevo centro. La decisión de traslado será notificada a las personas interesadas, al menor y al Ministerio Fiscal, quienes podrán recurrirla ante el órgano que esté conociendo del ingreso, el cual resolverá tras recabar informe del centro y previa audiencia a las personas interesadas, del menor y del Ministerio Fiscal (art. 778 bis. 6º párr. 4º LEC y 32 LOPJM).

El cese del menor en el centro será acordado por el órgano judicial que esté conociendo del ingreso, de oficio o a propuesta⁶³ de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal. En todo caso, el menor siempre será informado de las resoluciones que se adopten (arts: 26 LOPJM y 778 bis LEC).

Hay que decir que la Ley 26/2015, de 28 de julio, introduce una importante novedad por medio de la inclusión del nuevo art. 22 bis en la LOPJM, en el que se contempla el deber de las Entidades Públicas de ofrecer programas de preparación para la vida independiente, dirigidos a los jóvenes que estén bajo una medida de protección; particularmente en acogimiento residencial o en situación de especial vulnerabilidad, desde dos años antes de su mayoría de edad, una vez cumplida esta, siempre que lo necesiten, con el compromiso de participación activa y aprovechamiento por parte de los mismos. Los programas deberán propiciar seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción socio-laboral, apoyo psicológico y ayudas económicas. Las medidas para apoyar al menor en su transición a la vida adulta y a la autonomía personal, una vez finaliza su permanencia en el centro, tienen una importancia trascendental. Por lo que en mi opinión, hubiese sido más acertado que el legislador las hubiese incluido también en el propio articulado de la L.O 8/2015 dedicado al acogimiento residencial (por ejemplo, en los artículos 25 y 26 de la misma)⁶⁴.

Para poder llevar a cabo el ingreso del menor con problemas de conducta en un centro especializado, así como para la aplicación o ejecución de otras medidas de protección distintas que se acuerden, en ocasiones, será necesaria la entrada forzosa en su domicilio o en otros lugares o edificios, para cuyo acceso se requiera el consentimiento de su titular u ocupante (por ejemplo, en los supuestos de resistencia del menor o de los progenitores). La L.O 8/2015, mediante la introducción de un nuevo art. 778 ter, en la LEC, ha previsto el supuesto de entrada forzosa en el domicilio cuando se haya intentado recabar dicho consentimiento sin resultado o con resultado negativo.

⁶³ Esta propuesta deberá estar fundamentada en un informe psicosocial (arts. 26.5° LOPJM y 778 bis. 7° LEC).

⁶⁴ Consisten en general, en ofrecer a los jóvenes orientación, recursos de apoyo y asistencia económica, jurídica y social, como acompañamientos en la inserción socio laboral y de vivienda, para garantizarles una preparación progresiva para la independencia personal, fundamentalmente respecto de aquellos adolescentes con escasas posibilidades de retorno a su núcleo familiar de origen o sin perspectivas de integración en otros núcleos de convivencia, y que tengan riesgo de exclusión social al alcanzar la mayoría de edad; véanse al respecto los arts: 146, 151 y 152 de la *Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*.

La Entidad Pública encargada de la protección del menor deberá solicitar, antes de proceder a la entrada en el domicilio o edificio de que se trate, la autorización al Juzgado de Primera Instancia con competencia en el lugar donde radique el domicilio del menor. En el mismo día, se dará traslado de esta solicitud al titular u ocupante del domicilio o edificio para que en el plazo de las 24 horas siguientes alegue lo que a su derecho convenga sobre la procedencia o no de conceder la autorización.

Presentado el escrito de alegaciones por el interesado o transcurrido el plazo sin hacerlo, el Juez acordará o denegará la entrada en el plazo máximo de las 24 horas siguientes, previo informe del Ministerio Fiscal, tras valorar la concurrencia de las causas que hagan necesaria la medida.

No obstante, cuando la Entidad Pública lo pida de forma razonada y acredite que concurren razones de urgencia para acordar la entrada; bien para evitar un riesgo para la seguridad del menor o bien, para evitar una lesión en sus derechos fundamentales, el Juez podrá acordarla mediante auto dictado de forma inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de las 24 horas siguientes a la recepción de la solicitud, previo informe del Ministerio Fiscal, y sin dar audiencia al interesado.

Contra el auto que acuerde o deniegue la autorización, aun cuando se hubiera dictado sin previa audiencia del interesado, cabe recurso de apelación sin efecto suspensivo, que deberá ser interpuesto en el plazo de los 3 días siguientes contados desde la notificación del auto a las partes que hubieran intervenido en el procedimiento⁶⁵.

IV.2. *Las medidas que deben respetarse en los centros*

IV.2.1. Las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad pueden consistir en la contención mecánica o física del menor, en su aislamiento o en registros personales y materiales. Tendrán una finalidad educativa y deberán responder a los principios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, provisionalidad y prohibición del exceso, aplicándose con la mínima intensidad posible y por el tiempo estricto-

⁶⁵ La entrada en el domicilio será practicada por el Secretario Judicial, pudiendo auxiliarse de la fuerza pública si fuera preciso, y siendo acompañado de la Entidad Pública solicitante (art. 778 ter. 8º LEC).

tamente necesario. Con el debido respeto a la dignidad, privacidad y a los derechos del menor⁶⁶.

La norma dispone que deberán aplicarse por personal especializado y con formación en materia de protección de menores, pero no concreta de qué tipo de personal se trata, ni tampoco la formación o titulación académica que debe reunir⁶⁷.

Sólo podrá usar de ellas como último recurso, en defensa propia o en casos de intentos de fuga, de resistencia física a una orden, de riesgo directo de autolesión, de lesiones a otros o de daños graves a la propiedad.

La adopción de la medida corresponde al Director del Centro o a la persona en la que éste haya delegado la decisión. Deberá ser motivada y notificada con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal, y podrán ser recurridas por el menor, por el Ministerio Fiscal o por la Entidad Pública, ante el órgano judicial que esté conociendo del ingreso, el cual resolverá tras recabar informe del centro, previa audiencia del menor y del Ministerio Fiscal.

Todas las medidas de seguridad que se apliquen deberán registrarse en un Libro Registro de Incidencias, que será supervisado por la dirección del centro (art. 27 LOPJM).

IV.2.1.a) Las *medidas de contención* en los centros terapéuticos consisten principalmente en malos tratos físicos, que se llevan a cabo de forma habitual por vigilantes de seguridad y/o educadores. Durante estas contenciones, de las que se abusa constantemente, siendo muchas veces utilizadas como forma de vejar, someter y agredir al niño, se pueden producir lesiones, ya que suelen realizarse con mucha violencia. Se recurre de manera habitual también a la llamada «contención mecánica», que no es más que el engrilletamiento de los niños, llegando en algunos centros a pasar incluso días atados a la cama.

En ocasiones se utilizan formas encubiertas de maltrato físico, como obligar a realizar ejercicio hasta la extenuación, y los menores son obligados a realizar flexiones mientras se encuentran completamente desnudos en presencia

⁶⁶ Las medidas de seguridad comportan una vulneración de los derechos fundamentales del menor, como son principalmente: su intimidad, su libertad y su dignidad.

⁶⁷ Es ésta una cuestión que junto a los programas de preparación para la vida independiente, sin duda debe ser objeto de un posterior desarrollo reglamentario más preciso por parte del legislador estatal. Sin perjuicio de las especialidades que en este orden se deriven del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias (Disposición adicional primera y Disposición final sexta de la LO 8/2015).

del personal del centro. A lo que debe sumarse el trato despectivo, humillante, los insultos, la violencia verbal, los continuos gritos y amenazas, etc, que son el pan nuestro de cada día⁶⁸.

En la reforma operada por la L.O 8/2015, las *medidas de contención* podrán ser de tipo verbal y emocional, de tipo físico o de tipo mecánico, en atención a las circunstancias en presencia.

El personal de los centros solo podrá utilizar las medidas de contención física o mecánica, cuando previamente hayan intentado sin éxito la contención verbal y emocional sin uso de la fuerza física.

La contención verbal y emocional tiene como objetivo orientar las situaciones de tensión y agresividad hacia su disminución mediante el diálogo con el menor, para lo que es importante que se haya establecido con anterioridad una relación de confianza, empatía y respeto. Este tipo de acercamiento se utilizará con menores que no hayan perdido el control totalmente y sean capaces de interactuar en la terapia verbal⁶⁹.

La contención física únicamente podrá consistir: en la interposición entre el menor y la persona de que se trate, o entre el menor y el objeto que se encuentra en peligro; en la restricción física de espacios y movimientos; y en última instancia y bajo un estricto protocolo, en la inmovilización física.

La contención física debe entenderse como un método extraordinario con finalidad terapéutica, que solo resultará tolerable ante aquellas situaciones de emergencia que comporten una amenaza urgente o inmediata para la vida y/o integridad física del propio paciente o de terceros, y que no puedan conjugarse por otros medios terapéuticos. Consiste en la restricción de la movilidad mediante el uso físico o de dispositivos mecánicos que impiden o limitan los movimientos de todo o parte del cuerpo. Este procedimiento se caracteriza por ser un método terapéutico, que en la mayoría de los casos obliga a actuar en una situación de urgencia y en contra de la voluntad del paciente. Por lo que durante su uso ocurren dos circunstancias especiales que deben tomarse en consideración: por un lado, se aplica sin el consentimiento del paciente y por otro, se le priva de libertad de movimientos de forma temporal. Por cuyas razones, es necesario que el personal que realice esta técnica tenga el suficiente

⁶⁸ COLECTIVO NO A O'BELEN, «¿Qué pasa con los centros...», *op. cit.* (25-III-2016).

⁶⁹ LIAÑO ESCOBEDO, C., «Contención física como medida de seguridad en el servicio de urgencias psiquiátricas», Trabajo Fin de Grado de Enfermería, Universidad de Cantabria, <<http://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/5240/Lia%c3%b1oEscobedoC.pdf?sequence>>, julio de 2014, p. 18 (19-VII-2016).

conocimiento para actuar respetando los derechos fundamentales del paciente como ser humano⁷⁰.

La contención mecánica solo será admisible para evitar grave riesgo para la vida o la integridad física del menor o de terceros, y en el caso de que no sea posible reducir el nivel de estrés o de trastorno del menor por otros medios. Deberá realizarse con equipos homologados de contención mecánica, bajo un estricto protocolo (art. 28 LOPJM).

IV.2.1.b) Con la reforma operada por la L.O 8/2015, de 22 de julio, la *medida de aislamiento* de un menor mediante su permanencia en un espacio adecuado, del que se impida su salida, solo podrá utilizarse para la prevención de actos violentos, autolesiones, lesiones a otros menores residentes en el centro, al personal del mismo o a terceros, así como de daños graves a sus instalaciones. Se aplicará puntualmente en el momento en el que sea preciso y preferentemente en la propia habitación del menor. En el caso de no ser posible, se cumplirá en otro espacio de similar habitabilidad y dimensiones.

El aislamiento no podrá exceder de 6 horas consecutivas, y durante su aplicación el menor deberá estar acompañado o supervisado por un educador (art. 29 LOPJM).

En los centros en los que se viene internando a los menores diagnosticados con trastornos de conducta (los llamados centros terapéuticos), todas las instalaciones están diseñadas pensando en la vigilancia y las medidas de seguridad, no en su habitabilidad. Las habitaciones son celdas con graves problemas de ventilación, debido a las ventanas de seguridad. Las celdas de aislamiento son verdaderas «mazmorras medievales». Todas las dependencias se rigen por la seguridad, a base de puertas metálicas y de cerrojos. Los espacios de los que disponen los menores son mínimos, y su libertad de movimientos es nula. El abanico de posibles sanciones que puede aplicarse como medida de aislamiento es muy amplio; sobre todo por la falta total de control externo, lo que posibilita que todo tipo de sanciones se cuelen como medidas educativas. Una de las más utilizadas es la «separación del grupo», llegando a prohibirse todo contacto físico del menor con los demás menores o con los trabajadores del centro. Incluso se llega a sancionar la «comunicación visual no autorizada», como manera de prevenir que los menores «preparen algo». Las penas de aislamiento pueden llegar a durar hasta 7 días consecutivos, pero como las

⁷⁰ *Ibid.*, p. 10 (19-VII-2016).

sanciones se pueden ir acumulando, los periodos de aislamiento se encadenan y el menor puede llegar a pasarse meses en aislamiento. Para un menor es muy fácil llegar a esta situación, ya que un insulto, una mala contestación, la negativa a obedecer una orden o mirar de manera desafiante conlleva la separación del grupo, siendo relativamente frecuente que durante el aislamiento se dispare el riesgo de suicidio⁷¹.

IV.2.1.c) La L.O 8/2015, dispone que los *registros personales*⁷² y *materiales* se llevarán a cabo con el debido respeto a la dignidad, privacidad, intimidad y a los derechos fundamentales, utilizándose preferentemente medios electrónicos.

El registro personal y cacheo del menor se efectuará por el personal indispensable, que requerirá al menos dos profesionales del centro del mismo sexo que el menor. Cuando implique alguna exposición corporal, se realizará en lugar adecuado, sin la presencia de otros menores.

El registro de las pertenencias del menor podrá realizarse por el personal del centro, que podrá retirarle aquellos objetos que se encuentren en su posesión que pudieran ser de ilícita procedencia, resultar dañinos para sí mismo, para otros o para las instalaciones del centro, o que no estén autorizados para menores de edad. Estos registros materiales deberán comunicarse previamente al menor, siempre que no puedan efectuarse en su presencia (art. 30 LOPJM).

Las medidas de seguridad en ningún caso podrán utilizarse con fines disciplinarios (art. 31.3º LOPJM).

IV.2.2. La administración de medicamentos

Los calmantes y otros medicamentos (psicofármacos, ansiolíticos, tranquilizantes, antidepresivos...) se han convertido en las camisas de fuerza de los centros de menores. Cuestionados por los suicidios y las denuncias de abusos y maltratos, además, están bajo sospecha por la utilización abusiva de fármacos como método de castigo o de contención para los chicos más conflictivos. La mayoría de los fármacos que se suministran no están indicados para la contención, sino para la esquizofrenia, y son administrados por trabajadores sociales sin ninguna formación. Incluso hay educadores que disuelven los tranquilizantes en la comida, sin supervisión ni prescripción médica alguna,

⁷¹ COLECTIVO NO A O'BELEN, «¿Qué pasa con los centros...», *op. cit.* (25-III-2016).

⁷² ID., «En estos centros se permiten los registros con desnudo integral», <www.colectivonoaobelen.blogspot.com.es> 2013 (25-III-2016).

y por supuesto, sin informar a los menores⁷³. Así, se puede decir que en los centros terapéuticos los chavales están literalmente drogados, obligados a ingerir de manera crónica altas dosis de psicofármacos, llegándose a utilizar esta medicación incluso como sanción. Se suma así, una nueva forma de anulación personal; sibilina pero muy poderosa: la camisa de fuerza química, que es suministrada muchas veces por personal sin formación sanitaria⁷⁴.

Cualquier medida sobre medicación forzada no tiene supervisión judicial, ni fiscal, y menos todavía autorización judicial. Con lo cual, estas medidas, que en muchos casos son violaciones de derechos humanos, dependen del criterio de cualquier educador o de cualquier personal de estos centros⁷⁵.

Con la finalidad de poner freno a la mala praxis profesional sanitaria que se viene ejerciendo en estos centros, la L.O 8/2015, ha dedicado uno de los nuevos preceptos de la LOPJM (el art. 33) a las pautas básicas que deben ser respetadas en cuanto a la forma en que debe ser administrada la medicación en estos centros, que deberá sujetarse, en cualquier caso, a las disposiciones sobre consentimiento informado y a las condiciones previstas en la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, estableciendo que deberá ser un facultativo médico autorizado quien recete siempre los medicamentos sujetos a prescripción médica. El cual deberá realizar un seguimiento de su correcta administración y de la evolución del tratamiento.

A estos efectos, se impone al centro la obligación de llevar un registro con la historia médica de cada uno de los menores.

IV.2.3. Régimen de visitas, comunicaciones y permisos de salida

Las comunicaciones del menor con el exterior están muy limitadas; tanto las visitas como las llamadas telefónicas. Sólo las personas previamente autorizadas podrán comunicarse con el menor, y por regla general, sólo se autoriza a familiares directos (pareja, amigos, etc., suelen quedar excluidos del mundo del menor durante su encierro). Esto es especialmente grave en los centros tera-

⁷³ BARRIENTOS, J., «La ONU da un aviso al Gobierno por la administración de psicofármacos en los centros de menores», <<http://proteccionyrefomajuvenil.blogspot.com.es/2010/01/la-onuda-un-aviso-al-gobierno-por-la.html>>, enero de 2010 (19-VII-2016).

⁷⁴ COLECTIVO NO A O'BELEN, «¿Qué pasa con los centros...», *op. cit.* (25-III-2016).

⁷⁵ «Amnistía Internacional denuncia que los menores en los centros sufren abusos, medicación forzada y malos tratos», <www.rtve.es> 2009 (26-III-2016).

péuticos, donde al no haber control judicial, la decisión sobre las comunicaciones recae exclusivamente en el equipo directivo del propio centro. No es infrecuente que la correspondencia sea leída y retenida si lo consideran oportuno⁷⁶.

Ahora, la L.O 8/2015, establece que las comunicaciones del menor con sus familiares y otras personas allegadas serán libres y secretas. Sólo podrán ser restringidas o suspendidas por el Director del centro, en interés del menor, de manera motivada, cuando su tratamiento educativo lo aconseje, y conforme a los términos recogidos en la autorización judicial de ingreso. La restricción o suspensión del derecho a mantener comunicaciones y del régimen de visitas o del secreto de las mismas, deberá ser notificada a las personas interesadas, al menor y al Ministerio Fiscal, quienes podrán recurrirla ante el órgano jurisdiccional que autorizó el ingreso, el cual resolverá tras recabar informe del centro y previa audiencia de las personas interesadas, del menor y del Ministerio Fiscal (arts. 34.1º y 3º, y 35.2º LOPJM).

Los permisos de salida del menor podrán ser restringidos o suprimidos por el director del centro, siempre en interés del menor y de manera motivada, cuando su tratamiento educativo lo aconseje, conforme a los términos recogidos en la autorización judicial de ingreso (art. 34.2º LOPJM). Las medidas limitativas de los permisos de salida deberán ser notificadas a las personas interesadas, al menor y al Ministerio Fiscal, y podrán ser recurridas por el Ministerio Fiscal y por el menor, al que se le garantizará asistencia legal de abogado independiente, ante el órgano judicial que esté conociendo el ingreso. El cual resolverá tras recabar informe del centro y previa audiencia de las personas interesadas, del menor y del Ministerio Fiscal (art. 34.3º LOPJM).

Al margen de la facultad que se le atribuye al menor para poder recurrir las medidas limitativas de las comunicaciones, visitas y salidas, éste tiene derecho también a remitir quejas de forma confidencial al Ministerio Fiscal, a la autoridad judicial competente y al Defensor del Pueblo, o ante las instituciones autonómicas homologadas (art. 35.1º LOPJM).

V. CONCLUSIONES

Puede afirmarse que el principio del interés superior del menor es un principio general del derecho y un principio de orden público que como tal, camina en el ordenamiento y en la práctica de los tribunales como un concep-

⁷⁶ COLECTIVO NO A O'BELEN, «¿Qué pasa con los centros...», *op. cit.* (25-III-2016).

to jurídico indeterminado que inevitablemente exige una labor de interpretación a la hora de ser aplicado en los diferentes supuestos que pueden plantearse en la práctica. El hecho de que sea un concepto jurídico indeterminado es positivo, dado que resulta imposible concretar de manera rígida su contenido en absolutamente todos los casos que pueden darse en la práctica. Ello sería además contrario al espíritu y finalidad de dicho principio, el cual debe tener la capacidad y la flexibilidad necesaria para ir adaptándose y evolucionar en su aplicación e interpretación en consonancia con las nuevas necesidades y cambios sociales.

Sin embargo, pese a la naturaleza jurídica indeterminada que lo caracteriza, se hacía necesario delimitar más sus contornos para evitar la arbitrariedad y la inseguridad jurídica. Al mismo tiempo que también era necesario dotarlo de más fuerza e importancia en la resolución de los problemas y asuntos que afectaban a los menores de edad, precisamente para adaptar su noción a la nueva forma de entender la capacidad natural de aquéllos; una capacidad de entendimiento mayor, que dota al menor de edad de una mayor autonomía para el ejercicio por él mismo de sus derechos.

Las modificaciones llevadas a cabo por la L.O. 8/2015, de 22 de julio, en el art. 2 de la LOPJM, dedicado al interés superior del menor, han sido muy positivas en un triple sentido: 1) por un lado, al sustituir la rúbrica del capítulo I existente hasta la fecha «ámbito y principios generales», por la rúbrica «Ámbito e interés superior del menor», y asimismo, la rúbrica del propio artículo 2 «Principios generales», por «Interés superior del menor». Ello acompañado del esfuerzo que el apartado primero del art. 2 LOPJM pone ahora en remarcar que este principio deberá ser tenido en cuenta en todas las acciones y decisiones que afecten a los menores, tanto en el ámbito público como en el privado. 2) Por otro lado, al establecer los criterios y elementos que obligatoriamente deberán ser tenidos en cuenta por el órgano encargado de adoptar la decisión, para determinar lo que en cada momento debe considerarse que responde al interés superior del menor. La norma dispone claramente que tales criterios y elementos no constituyen una lista cerrada, dando cabida a cualesquiera otros que puedan considerarse adecuados y pertinentes, lo cual es muy acertado si se repara en la gran variedad de circunstancias que rodean a los muchos y diferentes supuestos que pueden plantearse en la práctica. Además, la norma también aclara que tienen un carácter general, seguramente, por el mismo motivo al que se acaba de hacer referencia. No obstante, con respecto a este rasgo de la generalidad que los caracteriza, hay que decir que si bien, por una parte, los mencionados criterios y elementos cumplen una

labor de guía orientativa de gran ayuda para el órgano decisor, todavía siguen dando margen para que puedan adoptarse soluciones distintas sobre un mismo supuesto de hecho. Por lo que hubiese sido de mayor ayuda que el legislador se hubiese preocupado de plasmar una relación de los supuestos que afectan al menor más relevantes y habituales, y establecer, con respecto a los mismos, unos criterios orientadores concretos a tener en cuenta. De esta forma, se conseguiría delimitar todavía más el concepto, disminuyéndose la inseguridad jurídica que derivaría de diferentes posibles interpretaciones, y 3) por otro lado, al establecer las garantías que particularmente deberán ser respetadas en el procedimiento de adopción de las medidas. Entre las que destacan la obligatoriedad de motivar las decisiones con una explicación detallada de los criterios y elementos que hayan sido utilizados para su adopción, así como la existencia de recursos a ejercitar por el propio menor con el objeto de revisar aquellas decisiones que no hayan considerado su interés como primordial.

En consonancia con las modificaciones llevadas a cabo en el contenido del principio del interés superior del menor, la L.O. 8/2015, procede a modificar también el art. 9 de la LOPJM, dedicado al derecho de éste a ser oído, para adaptar el precepto a la nueva manera de concebir la capacidad de entendimiento y de discernimiento del menor de edad.

La acertada sustitución de la rúbrica del art. 9 «derecho a ser oído», por la rúbrica «derecho a ser oído y escuchado», tiene su razón de ser en la mayor importancia que ahora se le concede a la opinión del menor como sujeto con capacidad para ejercitar por él mismo sus propios derechos. Su opinión deberá ser tenida en cuenta siempre, y no únicamente cuando tenga suficiente capacidad de comprensión, en cualquier procedimiento que conduzca a una decisión que le afecte, y ello aunque el menor sea muy pequeño, pues la norma establece claramente que el ejercicio de este derecho debe llevarse a cabo sin discriminación alguna por razón de la edad, discapacidad o de cualquier otra circunstancia. Ahora bien, aunque se le debe escuchar siempre, la norma también pone de manifiesto que el peso de sus opiniones deberá ir en función de su edad y madurez. El derecho a ser oído y escuchado se concibe así como un derecho que va adquiriendo cada vez más fuerza y relevancia de forma gradual a medida que el menor crece y madura. No debiendo ser desechado por el simple hecho de no disponer aquél de la edad adecuada o de la suficiente madurez para alcanzar a entender la situación que le envuelve.

El art. 9 LOPJM no entraba a regular apenas los requisitos procedimentales que debían respetarse en la fase de audiencia al menor. Entre ellos, no establecía los mecanismos por medio de los cuales el menor debía recibir la

información que le permitiese el ejercicio de este derecho. Ahora, con las modificaciones llevadas a cabo por la L.O. 8/2015, sí que se hace una somera mención a este aspecto, pero han quedado otros muchos sin resolver. Solo se dispone de manera muy genérica que las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, que se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados y cuidando de preservar su intimidad, pero no se concretan las circunstancias que deben darse para que estos requisitos se consideren cumplidos, ni tampoco el contenido que debe abarcar la información que debe suministrarse al menor. Debe tenerse presente que se trata de una diligencia muy importante y complicada, que plantea muchas dudas a la hora de llevarse a cabo en la práctica. Por lo que todos sus requisitos deberían haberse regulado con más detalle.

La sustitución del término «juicio» por el de «madurez», para hacer referencia a la capacidad natural del menor, es un acierto. Porque el término «madurez» está más relacionado con la capacidad del menor para poder comprender, discernir, evaluar, asumir y afrontar el asunto concreto que se le presenta y sus consecuencias. Mientras que el término «juicio» parece estar más conectado con el grado de entendimiento que se corresponde a cada edad en cuestión. Por otra parte, el término «madurez» es más idóneo y acorde con la mayor autonomía que actualmente el ordenamiento reconoce a los menores para el ejercicio por sí mismos de sus derechos. En consonancia con ello, para garantizar que el menor pueda ejercitar su derecho a ser oído y escuchado por sí mismo, ahora se añade que será asistido por intérpretes, pudiendo expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

En la nueva redacción del art. 9 LOPJM, se incluye acertadamente, que esta madurez habrá de valorarse por personal especializado, no pudiendo ser evaluada entonces únicamente por el Juez. No obstante, no ha sido tan acertada, a mi parecer, la redacción que sigue a este requisito, en la que se dispone que en todo caso, debe considerarse que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga 12 años cumplidos, pues el simple hecho de tener esta edad no garantiza en absoluto que el menor tenga la suficiente madurez para el asunto concreto a tratar. En mi opinión, hubiese sido mejor no añadir esta consideración referente a la edad y entender que la opinión del menor será vinculante cuando tenga la suficiente madurez, con independencia de su edad.

Si se le deniega la comparecencia al menor o en la misma no se han respetado sus derechos, la resolución deberá ser motivada, explicándose con detalle las causas y el resultado de la valoración, y deberá serle notificada también a

él directamente, indicándole los recursos que puede accionar contra la misma. Constituye un avance significativo que la norma conceda ahora la facultad al propio menor para decidir sobre el ejercicio de acciones judiciales y administrativas encaminadas a la defensa de sus derechos. En concordancia con ello, se introducen una serie de modificaciones en el art. 10 LOPJM, que tienen por objeto facilitar al menor el acceso a los mecanismos y recursos adecuados para la protección de sus intereses, como son el Adjunto del Defensor del Pueblo, el Defensor Judicial y el Ministerio Fiscal. Sin embargo, en este aspecto se hecha a faltar en la norma una aclaración acerca de cuándo o a partir de qué momento debe comunicársele al menor la resolución adoptada, así como cuándo va a tener la facultad para decidir sobre la interposición de recursos y de acciones judiciales. La duda que se plantea gira en torno a la capacidad natural exigida por la norma al menor: ¿cuándo tenga suficiente madurez o bien, cuando tenga 12 años cumplidos?

La regulación en el nuevo capítulo IV del título II de la LOPJM, de los centros de protección específicos para menores con problemas de conducta, venía siendo una necesidad imperiosa desde hacía años. No solo por las violaciones de derechos humanos que se cometían en los centros destinados al acogimiento residencial, sino por la total inadecuación de los mismos a las necesidades de este tipo de jóvenes. Se trata de niños con unas carencias especiales que tienen que ser reconducidas con unos medios materiales y humanos específicos. A lo que se añade que el número de jóvenes en estas condiciones es cada vez mayor. No obstante, pese a los importantes avances de la ley en este ámbito, todavía, a mi criterio, quedan algunos aspectos sin resolver. Así por ejemplo, en la Disposición final de la LO 8/2015, se establece expresamente que las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento del gasto público, lo cual resulta contradictorio si lo que se pretende es dotar a esta nueva tipología de centros de los recursos materiales y humanos necesarios para que puedan cumplir su función.

Falta además, una regulación específica de los derechos y de los deberes de los menores en estos centros. También una regulación más detallada de las medidas de seguridad y de la administración de medicamentos. Así como de las medidas para el tránsito hacia la vida adulta e independiente, entre otras. En cualquier caso, se espera que en el futuro todo ello sea objeto de un desarrollo reglamentario exhaustivo, al margen de las competencias de las Comunidades Autónomas para llevar a cabo los desarrollos reglamentarios en la materia.

Copyright of Persona y Derecho is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.