

# LA FRACTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y SU IMPACTO SOBRE GRUPOS EN SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD. PRINCIPIOS Y LÍMITES

Javier Garcia Medina  
Universidad de Valladolid  
España

## Resumen

Los derechos sociales han sufrido una recesión importante como consecuencia de las medidas de austeridad presupuestaria que se han tomado arguyendo como justificación la crisis económica. Tales medidas se han hecho prescindiendo del análisis de impacto sobre las personas en situación de especial vulnerabilidad, como menores y personas con discapacidad. En este contexto principios como el interés superior del menor están llamados a constituirse en un derecho sustantivo; un principio jurídico interpretativo fundamental y en una norma de procedimiento, que opera como límite a las decisiones que afectan a los derechos sociales no solo en el ámbito público sino también en el ámbito privado.

## 1.-DERECHOS SOCIALES Y CRISIS

La crisis económica ha repercutido de modo indiscutible en el disfrute y realización de los derechos sociales, dado que los recortes presupuestarios han impactado en las partidas económicas que garantizan tales derechos. Ahora bien, este hecho evidente no refleja la magnitud que tal acción ha supuesto para los grupos en situación de especial vulnerabilidad, ni en el presente ni para el futuro. Las acciones gubernamentales se han regido por criterios que no tienen nada que ver con los compromisos que el texto constitucional impone cuando se han asumido obligaciones en el ámbito internacional sobre los derechos humanos.

El informe<sup>1</sup> que el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Muižnieks, emitía el 9 de octubre de 2013, tras su visita a España en junio de ese mismo año, refleja que la crisis económica y las medidas de austeridad fiscal tenían unas repercusiones de un alcance especialmente grave en niños y personas con discapacidad. El informe realiza una afirmación que no hay que dejar pasar de modo

---

\*El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto “La nueva protección jurídica de las personas vulnerables, DER 2015-69120-R, IIPP Dres.Cristina Guilarte Martín-Calero/Javier García Medina y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y dentro del Proyecto de Investigación del Plan Nacional I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad que lleva por título “El estatuto de la víctima. Propuestas para la incorporación de la normativa de la Unión Europea” - DER2012-31549, IP Dra. Montserrat de Hoyos Sancho.

<sup>1</sup> Informe Comisario Consejo de Europa: [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/informesMNPEspania/europa/3\\_INFORME\\_NILS\\_MUIZIEKS.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/informesMNPEspania/europa/3_INFORME_NILS_MUIZIEKS.pdf)

desapercibido y es que el gasto social per cápita en España ha sido tradicionalmente bajo, por tanto aquellas personas y grupos que tenían un mayor alto riesgo de caer en la pobreza no se han visto suficientemente protegidas.

En relación a los niños muestra su preocupación por el incremento de la tasa de pobreza, los recortes sociales, en salud y educación y el descenso de las prestaciones familiares que provocaban indigencia y problemas de nutrición. Pobreza que tiene su faz más profunda en las familias monoparentales, familias jóvenes y familias numerosas, y más si se habla de personas de etnia gitana e inmigrantes. El desempleo afecta mucho más a los menores que tienen edad para trabajar (16 a 18 años) y que carecen de prestaciones por desempleo. Las medidas de austeridad han supuesto una minoración, sino desaparición, de los apoyos económicos a las familias con hijos y por hijo, que se diversifica en función de las Comunidades autónomas, al tiempo que se suprimen las subvenciones a los comedores escolares. No apoyar económicamente a las familias ha supuesto para muchas de ellas tener que acudir a los servicios de protección social, cuyo efecto es la alienación y desarraigo del menor.

De forma menos directa, pero no menos grave, los niños ven restringido su derecho a una asistencia sanitaria adecuada y de calidad, debido a los recortes en personal médico, financiación de los centros de salud públicos, hospitales y de atención primaria, y a las fórmulas de copago, que han supuesto una disminución del poder adquisitivo de las familias. En particular se alude a la salud mental de los niños y adolescentes pues la prevención y detección temprana de los problemas es garantía de salud en el futuro, sin embargo los recortes han provocado falta de coordinación entre servicios sanitarios diversos, dando lugar a tratamientos inadecuados.

Las reducciones en educación no afectan solo al derecho a la educación sino a la igualdad de oportunidades y al principio de una educación incluyente e integradora, que incide negativamente en programas de apoyo para niños con dificultades, generando una brecha entre distintas clases de alumnos. Fenómenos como aulas masificadas e incremento del absentismo escolar, permiten visualizar un deterioro del derecho a la educación.

Pone su foco también en los efectos negativos, físicos y psicológicos, que los desalojos forzosos tienen para los niños, ya que provocan altos niveles de estrés. Salir de una casa para ir, en general, a un alojamiento menos adecuado y asequible. Provocando una situación de exclusión.

Llama la atención en la necesaria y continuada evaluación de las medidas de austeridad en los niños, contando para ello con la sociedad civil y con las instituciones vinculadas a los derechos humanos. E indica que una labor de prevención básica es la formación en derechos humanos en y desde la propia escuela, de ahí que no se viese bien por parte del Comisario la supresión de la educación para la ciudadanía como materia a impartir en las escuelas.

Las personas con discapacidad, a su juicio, estaban sufriendo severos recortes en las políticas y programas de inclusión, que limitaban su acceso a los servicios generales, al empleo y a los programas de formación, siendo la tasa de desempleo, estimada en más de un 30%, muy elevada. La educación inclusiva, exigencia de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se veía en riesgo o casi imposible por estas reducciones presupuestarias. El Comisario subraya la necesidad de atender a las personas con discapacidad psicosocial e intelectual, e insta a legislar para desarrollar y modificar, en su caso, todo lo relacionado con su capacidad jurídica, a fin de garantizar su plena participación en la vida social, según señala la Convención y las normas del Consejo de Europa.

En el informe de 11 de noviembre de 2014, realizado por el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre el Examen Periódico Universal a España<sup>2</sup>, el Comité de Derechos del Niño en el apartado referido al Derecho a la seguridad social y a un nivel de vida adecuado, mostraba su preocupación “porque muchas familias no contaran con asistencia adecuada, así como por la situación de los niños de familias afectadas por la actual crisis económica. Recomendó a España que reforzara el sistema de prestaciones familiares y por hijo”. Por lo que se refiere al Derecho a la Educación, el Comité de Derechos del Niño “expresó su preocupación ante la tasa de abandono escolar prematuro, que era muy alta, y ante la escasa participación de los niños y adolescentes en las escuelas. Recomendó a España que velara por que los niños completaran sus estudios escolares y potenciara la educación y formación profesionales para los niños que hubieran abandonado la escuela sin un certificado. La UNESCO alentó al Gobierno a que siguiera esforzándose por garantizar el derecho de todos los niños a una educación verdaderamente inclusiva”. En relación a este mismo derecho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales observó “que la educación había sido uno de los

---

<sup>2</sup> El 21 de enero de 2015, España afrontaba ante Naciones Unidas el Examen Periódico Universal y uno de los documentos del examen es el A/HRC/WG.6/21/ESP/2 realizado por el Consejo de Derechos Humanos para el 21º período de sesiones.

sectores más afectados por los recortes presupuestarios. Recomendó a España que garantizara una educación de calidad y en igualdad de condiciones para todos los niños y niñas”. Por su parte el Comité sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) se mostró “preocupado por la información según la cual en algunas regiones existían escuelas "gueto" de niñas y niños inmigrantes y gitanos, a pesar de que la Ley Orgánica de Educación preveía mecanismos que posibilitaban una distribución adecuada y equilibrada de los estudiantes. El CERD recomendó a España que garantizara de manera efectiva una distribución equilibrada de los alumnos en los centros escolares. La UNESCO recomendó al Gobierno que se animara a adoptar medidas adicionales que diesen a los niños pertenecientes a minorías y de origen inmigrante un mejor acceso a la educación”

En relación a las personas con discapacidad el informe del Grupo de Trabajo recoge lo aportado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) el cual expresa “su inquietud ante la marginación de que seguían siendo objeto las personas con discapacidad. Instó a España a que ampliara la protección contra la discriminación por motivos de discapacidad y a que velara porque se protegiera contra la denegación de ajustes razonables, por constituir una forma de discriminación, independientemente del grado de discapacidad”; “se mostró preocupado por los malos tratos que presuntamente sufrían las personas con discapacidad internadas en residencias o en hospitales y recomendó a España que revisara las disposiciones legislativas que autorizaban la privación de libertad por motivos de discapacidad”; preocupación también “porque los programas y políticas públicos sobre la prevención de la violencia de género no tuvieran suficientemente en cuenta la situación particular de las mujeres con discapacidad, y recomendó a España que elaborara políticas para combatir la violencia contra las mujeres y niñas con discapacidad y asegurara el acceso de las mujeres con discapacidad a un sistema de respuesta integrado”; llama la atención sobre el número de personas con discapacidad a las que se había denegado el derecho de voto y recomendó que se velara por que todas las personas con discapacidad tuvieran derecho a votar y a participar en la vida pública”; en cuanto al empleo en el contexto de la crisis económica y financiera, el CDESCR mostró preocupación por el continuo incremento de las tasas de desempleo y del desempleo de larga duración que afectaban negativamente a un porcentaje elevado de la población, especialmente los jóvenes, los inmigrantes, los gitanos y las personas con discapacidad. En lo referido al Derecho a la Salud el Comité “deploró que los tutores que representaban a personas con discapacidad

consideradas "legalmente incapacitadas" pudieran consentir en que se terminaran o se suspendieran el tratamiento médico, la nutrición u otros medios de sustentación de la vida de esas personas. También le preocupó que las personas con discapacidad cuya personalidad jurídica no se reconocía pudieran ser sometidas a esterilización sin su consentimiento, otorgado libremente y con conocimiento de causa. El CRPD instó a España a que pusiera fin a la práctica de administrar tratamiento médico a alguien sin su consentimiento pleno y otorgado con conocimiento de causa, y le solicitó que velara por que, en todas las cuestiones relativas al tratamiento médico de personas con discapacidad, el paciente tuviera que otorgar su consentimiento con conocimiento de causa". El apartado J del informe dedicado de forma específica a las personas con discapacidad señala:

64. Al tiempo que felicitaba a España por la aprobación de la Ley N° 26/2011 de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el CRPD se mostró preocupado porque la Ley no amparase a todas las personas con discapacidad. Instó a España a velar por que todas las personas con discapacidad gozaran de protección contra la discriminación y tuvieran las mismas oportunidades independientemente de su nivel de discapacidad.

65. El CRPD recomendó la elaboración de leyes y políticas que reemplazasen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respetara la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona.

66. El CRPD recomendó que se elaboraran políticas y programas referidos a los sectores de la educación, el empleo, la salud y la seguridad social para promover la autonomía y la plena participación de las mujeres y de las niñas con discapacidad en la sociedad.

67. El CRPD indicó que seguía preocupado ante el escaso cumplimiento de los requisitos de accesibilidad, particularmente a nivel regional y local, tanto en el sector privado como en relación con las instalaciones y los servicios existentes. Recomendó a España que promoviera el cumplimiento de la legislación sobre la accesibilidad.

UNICEF Comité Español ha presentado el informe *Equidad para los niños. El caso de España*<sup>3</sup>, en el marco del lanzamiento mundial del informe sobre el bienestar de los niños en los países desarrollados y España se encuentra a la cola de los países más

---

<sup>3</sup> UNICEF Comité Español: *Informe Equidad para los niños. El caso de España (14 de abril de 2016)*: <https://www.unicef.es/actualidad-documentacion/publicaciones/equidad-para-los-ninos-el-caso-de-espana>

desarrollados (puesto 22 de 41) en desigualdad general de la infancia. El informe ejecutivo señala que “El 36% de los menores españoles vive en riesgo de pobreza o exclusión social, pero pese a estos elevados niveles de pobreza infantil, España es el país de la Unión Europea que menos porcentaje del Producto Interior Bruto (PIB) dedica a las prestaciones monetarias para familias e infancia: un 0,5%, menos de un tercio de la media europea. Se encuentra además entre los países que menos gasto en protección social dedica a los niños y sus familias, con el 1,4% del PIB, frente al 2,3% de media de la UE o el 3,7% de Dinamarca, el 3% de Irlanda o el 2,5% de Francia”

Eso necesariamente implica que una proporción cada vez más creciente de la población está quedando al margen del bienestar, la seguridad y las oportunidades que disfruta el resto de la sociedad. En esta situación los niños y jóvenes constituyen uno de los colectivos más perjudicados, ya que la crisis económica ha impactado especialmente en los niños y niñas.

Los tres informes coinciden en el diagnóstico sobre el impacto de la crisis sobre los derechos humanos, especialmente los derechos sociales, de los grupos en situación de especial vulnerabilidad. El informe del Comisario concluye señalando que España “debería establecer criterios claros para conceder prioridad a la protección social de estos grupos y crear un sistema global de recopilación de datos de conformidad con normas aceptadas a escala internacional”, por tanto se puede entender que se está haciendo referencia a los principios con los que deben ser abordadas todas las cuestiones relacionadas con menores según la CDN:

1. Principio de “No discriminación” (Artículo 2)
2. Principio de observar siempre el interés superior del niño (Artículo 3)
3. Principio del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo (Artículo 6)
4. Principio de participación y ser escuchado (Artículo 12)

De forma implícita está aludiendo al principio del interés superior del menor que aparece tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN) como en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD). El artículo 3.1 de la CDN se indica: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Así en la CDPD en su artículo 7.2. se recoge que “En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”.

El Informe de UNICEF, clama por un Pacto de Estado por la infancia, entre cuyas medidas básicas estén:

- Prestación por hijo de 1.200 euros anuales, empezando por los hogares con menos ingresos.
- Becas escolares, apoyo educativo y educación de 0 a 3 años accesible para todos y gratuita para los hogares con menos recursos.
- Garantizar de forma universal el acceso a la salud y a los medicamentos.
- Tomar el bienestar subjetivo infantil en serio: realizar un barómetro de infancia.
- Mejorar los indicadores y el seguimiento público de la desigualdad, en especial la de la infancia.

En resumen el principio del interés superior del menor prima y ha de ser la guía de acción de todas aquellas medidas y acciones que tengan como destinatarios a los menores y más si son niños y niñas con discapacidad.

## 2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO.

El interés superior del niño se afirma como uno de los principios rectores de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en cuyo artículo 2.a. se señala que “en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. El artículo 3 de esta Ley indica qué derechos corresponden a los menores y son los “que reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico”. Más específicamente el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art.4); el derecho a la información (art.5); la libertad ideológica (art.6); derecho de participación, asociación y reunión (art.7); derecho a la libertad de expresión (art.8); derecho a ser oído (art.9). Para la realización efectiva de estos derechos la Ley hace una llamada explícita en estos artículos a los padres para que respeten, protejan, velen, cooperen y promuevan tales derechos.

Más precisa es la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, al señalar que “Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y

refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.”

Ahora bien qué sea el interés del menor es algo que cabe analizar desde diferentes perspectivas. Por un lado, y a la vista de lo establecido en el artículo 2 “Principios generales” de la LOPJM, cabe preguntarse por el papel como tal principio en el ámbito normativo. Por otro lado, en un sentido más concreto, reflexionar sobre lo que en la práctica puede entenderse como interés del menor.

La primera cuestión alude a que el término “principio” puede adoptar significados diversos: a) principios como normas muy generales; b) principios como normas redactadas en términos especialmente vagos; c) principios como normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico o de un sector del mismo; d) principios como normas programáticas o directrices; e) principios como normas dirigidas a órganos de aplicación y que señalan cómo se deben seleccionar e interpretar las normas aplicables y f) principios como enunciados generales que permiten la sistematización y comprensión de un ordenamiento o de un sector del mismo<sup>4</sup>. Subrayar que los principios son *normas* con caracteres especiales y no meros orientadores programáticos. Son normas con un carácter fundamental<sup>5</sup>, ya que su alteración provoca la transformación del ordenamiento o del sector del ordenamiento donde operan al ser considerados pautas preferenciales en la interpretación. Los principios aparecen como normas de enunciado y consecuencias formuladas de modo general y abstracto. Lo cual contribuye a su vaguedad pues dado su alcance indeterminado es posible abarcar diversos casos.

---

<sup>4</sup> Ruiz Manero, J., “Principios jurídicos”, en E. Garzón Valdés y J. Laporta (eds) *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta-CSIC-BOE, 1996, p.151.

<sup>5</sup> Betegón, J., Gascón, M., Páramo, J.R. de, Prieto, L., *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid; McGraw-Hill, p.341: “la nota de la fundamentalidad se puede entender de diversas formas: 1) fundamentalidad jerárquica: se identifica con la jerarquía normativa; 2) fundamentalidad lógico-deductiva: es la que tienen aquellas normas de las que pueden ser deducidas, por vía lógica, otras normas; 3) fundamentalidad teleológica: es la que caracteriza las normas que establecen fines u objetivos respecto a otras, y 4) fundamentalidad axiológica: se predica de aquellas normas que contienen los valores políticos y éticos sobre los que se asienta una determinada estructura política y social”



Así, el principio del interés superior del menor reuniría muchos de los rasgos aludidos, ya que el ordenamiento jurídico ha querido elevar a fundamental la protección integral del menor y presentarlo como criterio prevalente de interpretación<sup>6</sup>, si bien con las suficientes dosis de vaguedad de forma que quepan en él situaciones diversas y complejas. Puede entenderse que este principio es una expresión de lo establecido en el artículo 39 de la CE en la que se insta a la protección integral de los hijos menores de edad, al menos así lo entiende la STC 273/2005, de 27 de octubre<sup>7</sup>. Es decir, este principio no sólo forma parte de los principios rectores de la política social y económica consagrados en los artículos 39 a 52 de la CE sino que también es un principio general del Derecho Privado. En este doble sentido el principio de interés jurídico del menor opera: “a) como *instrumento informador de instituciones* que afectan a las personas que se pretende proteger (patria potestad, tutela, desamparo y acogimiento, adopción) para lo que da directrices para la consecución de fines constitucionales (protección de los menores); b) *proporciona criterios de interpretación* (eminentemente teleológica) coherentes con ese principio y sistema de valores subyacentes, de normas directas o conexas que alcanzan a menores; y c) deviene *norma supletoria de aplicación* (art.1.4 CC), cuando proceda a falta de otra norma especial, es decir, fuera de los casos tipificados ( función de integración del ordenamiento)”<sup>8</sup>. Este principio no tiene un carácter absoluto sino relativo, pero cuando haya que introducir límites al mismo se han de utilizar argumentos de razonabilidad y ponderación que atiendan a los beneficios y ventajas de la decisión a adoptar.

La segunda cuestión a considerar es determinar en qué consiste el interés del menor<sup>9</sup> y cómo se procede a su concreción, con las diversas implicaciones que ello tiene. Siendo en este punto de referencia obligada la Observación general N° 14

---

<sup>6</sup> Guilarte, C. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia; Tirant lo Blanch, 2014, p.18.

<sup>7</sup> “Así pues, resulta claro que, en la ponderación de los intereses en presencia, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al del hijo, teniendo especialmente en cuenta el valor constitucional relevante de la protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), sin perder de vista, al mismo tiempo, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en el estado civil de las personas”.

<sup>8</sup> Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2007, pp.84-85.

<sup>9</sup> Arce, R., Fariña, F. y Seijo, D., “Razonamientos judiciales en procesos de separación”, *Psicothema* 2005. Vol. 17, n° 1, pp. 57-63. [www.psicothema.com](http://www.psicothema.com), p.58: “ (...) desde un punto de vista psicológico, esto es, técnico el mejor interés del menor fue definido por la American Psychological Association en 1994 atendiendo a las necesidades del menor, la capacidad de los padres y el ajuste final entre ambas. Para ello se requiere: a) una evaluación de las capacidades de los padres que incluye conocimiento, atributos, destrezas y habilidades disponibles o la carencia de las mismas; b) una valoración del funcionamiento y necesidades psicológicas de cada niño, así como de sus deseos siempre que proceda; y c) una evaluación de la habilidad funcional de cada padre para satisfacer estas necesidades que incluye un análisis de la interacción entre cada adulto y el menor”.

(2013)<sup>10</sup> sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del Comité de Derechos del Niño.

Según esta Observación el interés superior del menor es un concepto dinámico, flexible y adaptable que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto, caso por caso, cuyo objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos. Lo que significa que los derechos humanos se convierten en principio, norma y fin, es decir, a partir de los estándares internacionales de derechos humanos se fijan las directrices que han de guiar las actuaciones de los titulares de obligaciones y de los titulares de responsabilidades para alcanzar el objetivo de la realización de los derechos humanos y siendo esos mismos estándares los instrumentos de evaluación y de control del efectivo cumplimiento de los derechos. Así, y teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, el principio del interés superior es un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental.
- c) Una norma de procedimiento.

El objetivo general de la Observación es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos, lo cual incidirá sin duda en:

- a) La elaboración de todas las medidas de aplicación adoptadas por los gobiernos;
- b) Las decisiones individuales tomadas por autoridades judiciales o administrativas o por entidades públicas a través de sus agentes que afectan a uno o varios niños en concreto;
- c) Las decisiones adoptadas por entidades de la sociedad civil y el sector privado, incluidas las organizaciones con y sin fines de lucro, que prestan servicios relacionados con los niños o que les afectan;
- d) Las directrices relacionadas con medidas tomadas por personas que trabajan con los niños y para ellos, en particular los padres y los cuidadores

La Observación general recuerda que los Estados parte de la CDN tienen una triple obligación:

---

<sup>10</sup> CRC/C/GC/14 [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf)

a) La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños;

b) La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.

c) La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño.

Cuando se habla de “medida” se alude no solo a las decisiones, sino también a todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas que afecten a los menores. En ese sentido la pasividad o inactividad y las omisiones también están incluidas en el concepto "medidas", por ejemplo, cuando las autoridades de bienestar social no toman medidas para proteger a los niños del abandono o los malos tratos. Por su parte la expresión "Concernientes a" se refiere, en primer lugar, a las medidas y decisiones relacionadas directamente con un niño, un grupo de niños o los niños en general y, en segundo lugar, a otras medidas que repercutan en un niño en particular, un grupo de niños o los niños en general, aunque la medida no vaya dirigida directamente a ellos.

La Observación general subraya que estos términos vinculan a “todas las instituciones cuya labor y decisiones repercuten en los niños y la efectividad de sus derechos. Esas instituciones no solo abarcan las relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales (como la asistencia, la salud, el medio ambiente, la educación, las actividades comerciales, el ocio y el juego, por ejemplo), sino también las que se ocupan de los derechos y libertades civiles (por ejemplo, el registro de nacimientos y la protección contra la violencia en todos los entornos). Las instituciones privadas de bienestar social incluyen a las organizaciones del sector privado (con o sin ánimo de lucro) que intervienen en la prestación de servicios esenciales para que los niños disfruten de sus derechos y que actúan como alternativa a los servicios públicos, en nombre de ellos, o junto con ellos.” Por “tribunales”, a su vez, ha de entenderse

“todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna. Ello incluye los procesos de conciliación, mediación y arbitraje”

Las decisiones de las "autoridades administrativas" han de ser evaluadas y guiadas en función del interés superior del menor puesto que en niveles distintos afectan a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad.

De especial transcendencia es la llamada a los órganos legislativos ya que reclama de ellos que “la aprobación de cualquier ley, reglamento o convenio (como los tratados de comercio bilaterales o multilaterales o los tratados de paz que afectan a los niños) debería regirse por el interés superior del niño. El derecho del niño a que se evalúe su interés superior y constituya una consideración primordial debe figurar de forma explícita en toda la legislación pertinente, no sólo en las normas que se refieren específicamente a los niños. Esta obligación también se aplica a la aprobación de los presupuestos, cuya preparación y elaboración exigen adoptar una perspectiva que defienda el interés superior del niño a fin de respetar sus derechos.”.

Pero el principio del interés superior del menor ha de ser aplicado, si se quiere que opere en los términos que la CDN y la propia Observación general plantean. Para ello es necesario recorrer dos fases: evaluación y determinación. La primera exige valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto e incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño. Las circunstancias concretas y características del niño (edad, sexo, grado de madurez, experiencia pertenencia a un grupo minoritario, discapacidad física, sensorial o intelectual, contexto social y cultural del niño o los niños) tienen un peso relevante. La segunda consiste en un proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior.

Evaluación que ha de tomar necesariamente en consideración los siguientes elementos:

a) La opinión del niño. El artículo 12 de la CDN exige escuchar al niño, de tal modo que la edad o la situación de vulnerabilidad no le priva de ese derecho, la

participación del menor, con los apoyos necesarios, es condición para conformar el interés superior del menor.

b) La identidad del niño. Por supuesto el término niños alude a un grupo no homogéneo lo cual ha de tenerse en cuenta a la hora de determinar el interés superior del menor. Las características que configuran la identidad del niño son: el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Por eso se ha de prestar especial cuidado para no distorsionar la identidad religiosa y cultural cuando se adopten medidas de colocación en hogares de guarda y acogida, buscando que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico (art. 20, párr. 3), y el responsable de la toma de decisiones debe tener en cuenta ese contexto específico al evaluar y determinar el interés superior del niño. Lo mismo se aplica en los casos de adopción, separación con respecto a sus padres o divorcio de los padres. Derecho a la cultura de su país, de su familia de origen e información sobre su familia biológica. Ahora bien la Observación introduce una consideración que debe ser tenida en consideración y es que “Aunque debe tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosos y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño. La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención”.

c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones. La familia, en términos amplios (padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (art. 5)), es el lugar de desarrollo fundamental de los niños, por tanto cualquier medida que suponga separar al niño de su familia ha de ser excepcional. Estando obligado el Estado a prestar apoyo a los padres para que puedan cumplir con sus responsabilidades. Los motivos económicos u otras circunstancias como la discapacidad no pueden ser motivo para la separación del niño de sus padres. Y si se determina la separación ha de realizarse con todas las garantías, por equipos multidisciplinares, cuidando mantener vínculos de calidad con su familia. Se entiende contrario al interés superior del menor atribuir automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Por último, la conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones con la familia ampliada, como los abuelos, los tíos y tías,

los amigos, la escuela y el entorno en general, y son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes.

d) Cuidado, protección y seguridad del niño. Los términos “cuidado” y “protección” han de ser entendidos en sentido amplio con miras a proteger el “bienestar” y desarrollo del niño, que abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad. Amparar su seguridad implica proteger al menor de abuso físico o mental (art. 19), el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y los tratos degradantes, así como contra la explotación sexual y económica y otras formas de explotación, los estupefacientes, la explotación laboral, los conflictos armados, etc.. Surge aquí otro principio que es el de precaución, a la hora de valorar riesgos actuales y daños futuros.

e) Situación de vulnerabilidad. Derivadas de situaciones diversas como la discapacidad, pertenencia a grupos minoritarios, refugio, asilo, etc, lo que implica una evaluación individualizada de cuál sea el interés superior de cada menor en situaciones similares de vulnerabilidad.

f) El derecho del niño a la salud. Parte de la necesidad de la información adecuada y apropiada con el fin de contar con el consentimiento fundamentado allí hasta donde por razones de madurez sea posible.

g) El derecho del niño a la educación. El niño ha de tener acceso a una educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas, con docentes, centros y métodos de enseñanza-aprendizaje apropiados.

Cualquier medida que se tome dado que la madurez del niño va cambiando y evolucionando ha de tender a ser revisable y adaptable a las nuevas etapas por las que pasa el niño.

El principio del interés superior del menor es una norma de procedimiento y en consecuencia ha de tener unas normas de salvaguarda que se materializan en garantías procesales:

a) El derecho del niño a expresar su propia opinión. A la hora de determinar el interés del menor es muy importante la comunicación con los niños, informar y ser informados por los niños, pedirles su opinión. Incluso si el menor está representado, han de generarse vías para que, en su caso, manifieste su desacuerdo con la persona que le representa. Situación distinta es aquella en que los niños son considerados como

colectivo, las instituciones públicas deben encontrar la fórmula de recoger la opinión representativa y actualizada de los niños, con el fin de poder utilizarla como criterio de referencia en las medidas o procedimientos legislativos que afecten a los niños, por ejemplo: las audiencias para niños, los parlamentos de los niños, las organizaciones dirigidas por niños, las asociaciones de la infancia u otros órganos representativos, los debates en la escuela y los sitios web de redes sociales

b) La determinación de los hechos. Cuando se trata de determinar el interés del menor en un caso concreto, la evaluación ha de ser hecha por equipos de especialistas multidisciplinares que entrevisten a personas de su entorno y a testigos, debiendo contrastar toda la información obtenida antes de ser evaluada.

c) La percepción del tiempo. Los niños perciben el paso del tiempo de forma diferente, lo cual exige dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. Su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo han de ser los criterios para evaluar de manera periódica las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño.

d) Los profesionales cualificados. Para que el proceso de evaluación oficial del interés del niño se haga con garantías se debe articular con equipos multidisciplinares profesionales y especializados 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 el marco de un ambiente seguro y agradable para el menor.

e) La representación letrada. Es una exigencia básica cuando se trata de sustanciar el interés del menor ante los tribunales y más cuando se pueda establecer un conflicto entre el menor y sus representantes.

f) La argumentación jurídica. Toda decisión que se tome en aras del interés superior del menor debe estar motivada, justificada y explicada. En este punto la Observación general detalla cómo ha de ser tanto la motivación como la fundamentación:

1.- **Motivación** que debe señalar explícitamente:

- todas las circunstancias de hecho referentes al niño,
- los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior,
- el contenido de los elementos en ese caso en concreto

- y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño.
- Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado.
- Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado.
- No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular.

## 2.- **Fundamentación**

- Debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones.
- Es preciso tener en cuenta las circunstancias en que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial.

g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones. En primer lugar, los Estados deben articular mecanismos en el marco de sus ordenamientos jurídicos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños; y en segundo lugar, estos mecanismos deben ser conocidos por el menor, saber que están a su disposición directa o de su representante.

h) La evaluación del impacto en los derechos del niño. La observación general reafirma que:

- La evaluación del impacto en los derechos del niño puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño.



- La evaluación del impacto debe incorporarse a todos los niveles y lo antes posible en los procesos gubernamentales de formulación de políticas y otras medidas generales para garantizar la buena gobernanza en los derechos del niño.
- Se pueden aplicar diferentes metodologías y prácticas al llevar a cabo la evaluación del impacto. Como mínimo, se deben utilizar la Convención y sus Protocolos facultativos como marco, en particular para garantizar que las evaluaciones se basen en los principios generales y tengan especialmente en cuenta los efectos diferenciados que tendrán en los niños la medida o medidas que se examinen

Por tanto, tal y como se ha venido analizando, el principio del interés del menor debe operar como principio inspirador de las decisiones en el ámbito público, y su configuración por algunas normas como concepto jurídico indeterminado debe ser progresivamente reconsiderado ya que la Observación general señala unas pautas y condicionantes que reducen el dintel de indeterminación de dicho principio.

Como se ha señalado más arriba el principio del interés superior del menor también debe presidir más en concreto las decisiones de las autoridades judiciales<sup>11</sup>, de los padres y de los cuidadores, esto es, en aquellas situaciones privadas en las que existe la presencia de menores debe primar dicho interés, dado que esas situaciones también pueden poner en riesgo el disfrute por los menores de sus derechos sociales, económicos y culturales. Hay también ámbitos privados en los que se pone en riesgo el disfrute de derechos sociales por personas en situación de especial vulnerabilidad, que también han de atender a lo establecido en la Observación general.

### 3.- LOS RIESGOS DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.

Cuando se toma una decisión judicial en los procesos de separación y divorcio que afecte a los menores se dice que ha de respetar el interés superior del menor, el cual opera como criterio último de validez que permite sancionar la pertenencia, pertinencia e idoneidad de una solución, dentro del modelo de protección jurídica de los menores

---

<sup>11</sup> AA.VV. *El fiscal y la protección jurídica de los menores de edad*, (Coord. Consuelo Madrigal), Fundación Aequitas, Fundación Aranzadi Lex Nova, Valladolid: 2013, p.45 y ss.

articulado por el sistema legislativo. Dicho de otro modo, cuando surgen situaciones en las que se habla del interés del menor materializado en la necesidad de protección de sus derechos (libertad, educación, salud, integridad,..) la decisión que se tome habrá de estar presidida por este principio. Es evidente que la determinación del interés del menor es muy compleja pues depende de variables a considerar en cada caso concreto: a) situaciones que afectan sólo al menor; situaciones de conflicto de intereses; situaciones de conflicto con los derechos de otros; b) circunstancias concretas en que se produce la crisis matrimonial; c) relaciones previas del menor con sus padres, abuelos, familiares; d) madurez del menor para entender y comprender la situación; e) disponibilidad de recursos económicos, etc. Las crisis matrimoniales, en general, son percibidas por los cónyuges como un fracaso y por los menores como un perjuicio, por tanto, se trata de una situación negativa y a menudo de conflicto en la cual se encuentran envueltos los menores.

Si se tiene en cuenta que la minoría de edad se extiende hasta los 18 años, la edad y la madurez del menor son elementos a considerar a la hora de tomar en cuenta las opiniones de los menores. El interés del menor es algo más que la manifestación de una opinión, para que ésta sea considerada ha de constatarse que es *su* propia opinión, que entra dentro de lo razonable y de lo objetivamente valioso para el menor. En la concreción del interés del menor entran en liza las concretas circunstancias personales del menor y “los parámetros ideológicos y sociológicos del momento, las condiciones y la sensibilidad del grupo social en que esté o deba estar inserto el menor, con ayuda de datos y criterios sociológicos, psicológicos, éticos y demás (metajurídicos todos ellos)”<sup>12</sup>. Apreciada la complejidad existente alrededor de esta cuestión, se ha de centrar la atención sobre la materialización del interés del menor desde la perspectiva jurídica. El menor es una persona en formación<sup>13</sup> y por lo tanto como tal persona en desarrollo necesita esencialmente la garantía y protección especial de sus derechos fundamentales (así se aprecia en la LOPJM). A partir de ahí se podrán hacer las determinaciones sobre el interés del menor que cada caso requiera pero siempre respetando el núcleo de sus derechos fundamentales y los derechos que de ellos se deriven. Dadas las múltiples dimensiones que contribuyen a formar la personalidad dinámica de un menor, no se puede desatender en las decisiones que le afecten los aspectos materiales de subsistencia

---

<sup>12</sup> Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Madrid: Dykinson, 2000, pp.152-153.

<sup>13</sup> Liebel, Manfred, Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº49, 2015, p.43 y ss.

pero tampoco los aspectos afectivos que coadyuven a su felicidad. Ha de combinarse en un justo equilibrio las necesidades presentes con las futuras, para conseguir una cobertura coherente de los actuales y futuros intereses del menor. Se trata, por tanto, de facilitar al menor todo lo necesario con el objetivo de conseguir desarrollar su personalidad e identidad propias.

El núcleo del interés del menor lo componen, como se ha señalado, los derechos fundamentales y a cuya garantía, protección y desarrollo están llamados los titulares de la obligación y los titulares de la responsabilidad como recogen los instrumentos internacionales y, en particular, la Observación general nº 14 de la que se viene hablando. Ahora bien, hay algunos derechos fundamentales especialmente concernidos en una situación de crisis matrimonial como se deduce cuando, por ejemplo, se observa el contenido bien de los convenios reguladores en caso de mutuo acuerdo, bien de las diferentes medidas judiciales, centrados esencialmente en cuestiones de custodia, régimen de visitas, ejercicio de la patria potestad, pensiones alimenticias, cuyo fin es proveer los medios para que los menores puedan ejercer con garantías tanto derechos civiles y políticos ( libertad, asociación, reunión, intimidad, etc.,) como derechos económicos y sociales (salud, asistencia sanitaria, educación). Pero el hecho de que se pacten o se regulen estos términos no impide que surjan disparidades que pueden dificultar el ejercicio de estos derechos y no tener en cuenta el interés superior del menor.

Considerando las dos fases de evaluación y determinación del interés superior del menor, en relación a los derechos sociales, sin ánimo de exhaustividad se pueden hacer algunas consideraciones:

1.- El derecho a la educación tiene como objetivo desarrollar plenamente todas las facetas y características de la personalidad con el fin de que todos los individuos puedan alcanzar el mayor grado de satisfacción en su vida personal y social. Los menores son titulares de este derecho, a cuyo cumplimiento están especialmente llamados los padres como sujetos pasivos, entre otros. Ahora bien, la educación se define en términos de proceso de enseñanza y aprendizaje, de modo que el menor adquiere conocimientos, valores, capacidades, destrezas, pero también ha de hacerse responsable de su propia formación, mediante la adquisición de un espíritu crítico, confrontando con sus educadores su visión particular del mundo y de la realidad. A través de la educación el menor, en particular, y cualquier individuo, en general, han de desarrollar su personalidad, hacerse conscientes de su dignidad y responsables de su

futuro. La educación del menor suele responder a un proyecto compartido de sus padres que buscan formar a sus hijos de acuerdo a su propia manera de entender los diferentes aspectos de la vida, sociales, políticos, ideológicos o religiosos. Aún compartido, en la realización de ese proyecto los padres pueden mantener posturas diversas, defendiendo uno el control rígido de las actividades del menor, y el otro pensar que una corrección más laxa de un menor responsable es lo más adecuado para la educación del menor. En ocasiones los fracasos escolares de los hijos son asumidos por uno de los padres como arma arrojadiza frente a los modos de educación del otro. La ausencia de un proyecto común hace que las diferencias se hagan más profundas cuando se trata de optar por un modelo educativo en la escuela y cada padre sostiene un modelo contrapuesto al del otro (público/privado; religioso/no religioso). Es verdad que hasta aquí no se ha producido estrictamente una vulneración del derecho a la educación del menor, pues va a acudir a la escuela, pero esta disparidad de criterio es un reflejo de los diferentes valores que manejan los padres en los ámbitos sociales, políticos y económicos que sí pueden incidir sobre la educación del menor y sobre las medidas a tomar de forma inmediata para la formación del menor<sup>14</sup>. Situación que se agrava en situaciones de conflicto que pueden abocar en crisis matrimonial. En resumen, si la educación es algo más, que lo es, que lo recibido en el centro educativo entonces las posibilidades de poner en riesgo el derecho a la educación en las situaciones de crisis matrimonial se acrecientan.

2.- Las situaciones de separación y divorcio no eximen a los padres de sus responsabilidades a la hora de hacer frente a las necesidades básicas de los menores (art.92.1. CC). El artículo 27.2 de la CDN señala que “a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo de niño”. En muchas ocasiones las crisis matrimoniales suponen una merma en las condiciones de uno o de ambos progenitores de forma que el nivel de vida del menor puede verse indirectamente disminuido cuando el menor pasa a visitar o convivir con ellos. Es más, cuestiones básicas como la alimentación, el vestido o el propio confort de la casa puede quedar sustancialmente reducido, provocando una vulneración de las condiciones dignas de existencia.

---

<sup>14</sup> Esto es, por ejemplo, el coste de las actividades extraescolares puede ser un terreno de fricción cuando uno de los progenitores entiende que basta para la educación del menor lo recibido en el curso regular. Mucho más distorsionante puede ser las disparidades en la elección de una educación religiosa o no, dada la transcendencia para la formación moral y el desarrollo de la personalidad y de la propia identidad que tienen una y otra.

Sin embargo no hay que perder de vista que en el proceso de evaluación del interés superior del menor, incluso para valorar el impacto sobre sus derechos sociales, se pueden ver afectados otros derechos, como los que a modo ejemplificativo se mencionan:

1.- El artículo 6.1. de la LOPJM señala que el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión, y añade en el 6.3 que los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral. El menor tiene derecho, por tanto, a la libre profesión de sus creencias religiosas y a actuar de acuerdo con ellas, es poseedor de un marco de acción intelectual no sujeto a la coerción externa de los demás. Por su parte el artículo 27.3 de la CE señala que “los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. En un discurrir razonable no parece que haya conflicto entre los enunciados señalados ya que en un primer momento del desarrollo del menor los padres en el ejercicio de su patria potestad y de su derecho adoptan la formación religiosa y moral que consideran más idónea para el desarrollo personal de sus hijos. Con posterioridad y cuando los menores han alcanzado una madurez suficiente podrían optar por la religión o moral que satisfaga sus exigencias espirituales y vitales. Sin embargo, se sabe que en la práctica esto no suele ser así pues aun cuando los menores optaran por una formación religiosa o moral diferente a la de sus padres, es muy probable que estos ejercieran una oposición, limitando el derecho del menor, al amparo del artículo 27.3 de la CE. Se habla aquí de situaciones en las que no hay crisis matrimoniales, pero si la hubiera la situación se complica pues lo que podría ser una discrepancia padres-menores se convierte en una discrepancia a tres bandas, que en ocasiones es instrumentalizada por todos para conseguir otros objetivos.

La STC 141/2000, de 29 de mayo en este sentido dice “Desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar porque el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el "superior" del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann). En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el "interés superior" de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)". Tratándose, como se trata en el caso de autos, de la supuesta afectación de dos menores de edad por las prácticas de su padre de conformidad con sus creencias, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. (...)Por lo tanto, ha de concluirse que el sacrificio de su libertad de creencias impuesto al recurrente por la Sentencia de la Audiencia Provincial que aquí se impugna, obedeció a una finalidad constitucionalmente legítima. Estamos ante una limitación de la libertad de creencias de un padre, consistente en una restricción adicional del régimen de visitas que, al hallarse dirigida a tutelar un interés que constitucionalmente le está supraordenado no resulta, desde la perspectiva de su finalidad, discriminatoria."

De lo expuesto se deduce que, con las ponderaciones oportunas, prima el interés del menor y de su derecho fundamental a la libertad de ideología, conciencia y religión<sup>15</sup>. Ahora bien, aun cuando en la práctica puedan darse discrepancias en este sentido entre padres e hijos, no suele ser frecuente que los menores acudan a los instrumentos que la LOPJM establece en su artículo 10 para el ejercicio de los derechos

---

<sup>15</sup> ¿Cómo resolver el caso de un menor que decide cursar la nueva asignatura de "Educación para la ciudadanía", en contra del parecer de uno de sus padres que apela al artículo 27.3 de la CE para plantear su objeción de conciencia?

que menciona, entre ellos el de libertad de ideología, conciencia religión, como son a) solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente; b) poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere atentatorias de sus derechos; c) plantear su queja al Defensor del Pueblo; o d) solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas. Hacerlo supondría judicializar las relaciones paterno-filiales y ese no parece ser el objetivo. En resumen, las situaciones de crisis matrimonial suponen un riesgo más, al incrementar las posibilidades de conflicto, para el derecho de ideología, conciencia y religión.

2.- En las situaciones de crisis matrimonial también se puede ver afectado el derecho a la intimidad del menor. La cuestión es hasta dónde y cuál ha de ser el alcance de la exploración del menor en los procesos de separación y divorcio. Las comparecencias de los menores han de contar con garantías suficientes y es lógico pensar que no se irá más allá en la indagación de lo que sea estrictamente necesario para determinar el interés del menor, pero quién pone el límite. En general, el derecho a la intimidad se define como un derecho en virtud del cual una persona –individual o colectiva- puede excluir a otras del conocimiento de su vida personal (sentimientos, emociones, vivencias, datos personales de la propia biografía, imágenes) y puede también determinar en qué grado y manera algunos de los detalles de la vida personal pueden ser legítimamente comunicados. Es un derecho de naturaleza personal. Es decir, su ejercicio y contenido queda directamente vinculado a la voluntad del sujeto activo del mismo. El derecho a la intimidad en sentido amplio, puede ser lesionado de cuatro formas genéricas distintas: a) intromisión en la soledad física personal; b) divulgar públicamente hechos privados; c) dar una falsa apariencia pública de circunstancias personales; d) apropiación, no autorizada, de aquello que pertenece al círculo personal, como la imagen y la fotografía.

Dadas esas premisas la edad y madurez del menor es determinante para tener asimilado y aprehendido hasta dónde puede llegar otro en la intromisión e injerencia en su intimidad. Es verdad que padres, Ministerio Fiscal o cualquier persona puede y debe intervenir cuando considere que se está produciendo una vulneración de este derecho. Pero precisamente en ocasiones los llamados a proteger y garantizar ese derecho, los padres, pueden ser quienes en estos procesos invadan la intimidad de sus hijos, con el fin de buscar argumentos para construir su defensa a favor de una cierta línea propia de entender el interés del menor. La integridad no tanto física sino moral también puede quedar afectada en estas circunstancias, ya que implica la exigencia de conservar la

existencia dentro de unos márgenes de viabilidad y dignidad, frente a cualquier tipo de agresión, ya sea física ya sea moral. Porque puede dañarse la autoestima o el sentimiento de la propia dignidad.

3.- Especial mención merece la relación del menor con sus abuelos (artículos 94 y 160 del CC) en la medida en que el menor tiene derecho al desarrollo de su personalidad con arreglo a los valores de su familia, entendida en los términos amplios en que lo hace la CDN en su artículo 5. Por tanto, cuando se ponen obstáculos y dificultades a las relaciones del menor con sus abuelos se está vulnerando, de alguna forma, un derecho fundamental del menor. El padre, la madre y los abuelos tienen derecho a relacionarse con los hijos menores aunque no convivan con ellos. Aún en el supuesto de que los padres no solicitaran el régimen de visitas, el niño, los abuelos, parientes o allegados podrán solicitar el reconocimiento de ese derecho. En este sentido citar la STS 7428/1999, de 23 de noviembre en la que se dice que “Como ya razonó la sentencia de esta Sala de 11 de junio de 1996, "ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos paternos. Antes bien este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores”.

Sirva todo ello para ilustrar la vulnerabilidad del menor en estas circunstancias de crisis.

## CONCLUSIONES

Si bien el artículo 1 de la Constitución española afirma que España se constituye en un Estado Social, los diversos informes utilizados ponen de manifiesto que en España ha habido una escasa inversión en protección social y la poca que ha habido no ha dado los resultados esperados a efectos de reducir la desigualdad de oportunidades y la exclusión social. El impacto de la crisis es especialmente grave en la situación de los niños y jóvenes y más si poseen alguna discapacidad. Evidentemente la crisis de los derechos sociales no es solo eso, sino una quiebra de todos los derechos de la persona considerados como interdependientes e indivisibles.



La violencia sobre las personas con discapacidad sigue siendo una barrera para su plena integración social, ya que ven debilitada su posición social e incrementadas las posibilidades de sufrir violencia. La falta de datos sobre el impacto de la crisis económica y sobre el grado de violencia sufrido impide abordar con indicadores claros las políticas públicas que podrían paliar los efectos de un incremento de la vulnerabilidad.

Por eso el principio del interés superior del niño, está llamado a configurarse no solo como un principio de interpretación de lege lata para las autoridades administrativas y judiciales, también para las entidades privadas y padres y cuidadores, sino un principio esencial de lege ferenda, porque el legislador está obligado a considerar los estándares internacionales de derechos humanos a los que está vinculado por el hecho de que España es parte tanto de la CDN como de la CDPD.