



NDOS SERVICIOS
SOCIALES

DERECHOS
SOCIALES
E INCLUSIÓN

REVISTA DE LOS PROFESIONALES DE LOS SERVICIOS SOCIALES DE LA
PROVINCIA DE JAÉN
DICIEMBRE 2007

CONSEJO DE REDACCIÓN

Cabeza Heredia, Elías
Gallardo Muñoz, Ángela
García Lizana, M^a José
Jiménez Hervas, Lola
Martínez Mudarra, Ildefonso
Moya del Castillo, José Francisco
Saníger Marín, Concepción
Serrano Cruceyra, Ana

EDITA

Delegación Provincial de la
Consejería para la Igualdad
y Bienestar Social – Jaén

MAQUETA E IMPRIME

Imprenta Electrónica
«ADemanda»
Cortijo Las Lagunillas (Jaén)
953 248 910

ISBN: 84-689-5731-3

Depósito Legal: J-58-2006

Nota de la Redacción: La Revista Nudos no se hace responsable ni suscribe necesariamente las opiniones personales del o de los autores de los artículos.



JUNTA DE ANDALUCÍA
Consejería para la Igualdad
y Bienestar Social

SUMARIO

EDITORIAL	5
INTERES DEL MENOR Y ACOGIMIENTO FAMILIAR	7
COLABORACIÓN:	
• Aplicación práctica del principio del interés del menor en el sistema de protección de menores. JULIETA MORENO-TORRES SÁNCHEZ	9
• El acogimiento familiar como alternativa de protección. MERCEDES CANO HIDALGO	17
• Acogimiento familiar: una apuesta real o sólo un espejismo. JUANA A. GARCÍA MOLINA (APRAF-A)	23
• La familia acogedora vista desde su propia experiencia	29
DEBATE:	33
• Las drogas y "el tiempo de ocio". LOLA DE LOS RISCOS CASASOLA; PEDRO PEDRERO LANERO; BEATRIZ VALVERDE MARTÍNEZ; PEDRO AGUILAR GUTIÉRREZ Y LA VOZ DE LOS JÓVENES	35
ENTREVISTA	47
• Jefe de la Oficina de Planificación y Gestión de la Dirección General de Servicios Sociales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. JUAN CORNEJO SALAMANCA	49
INSTRUMENTOS:	59
• Plan de accesibilidad. PROFESIONALES OFICINA DE ACCESIBILIDAD	61
• Planes Municipales de Drogas. BEATRIZ R. VALVERDE MARTÍNEZ Y ANA MARÍA ROJAS GUTIÉRREZ	65
ARTICULOS DE OPINIÓN:	67
• El Estado de Bienestar y Servicios Sociales. ALFONSO MARTÍNEZ MUDARRA	69
• Los derechos sociales en Andalucía. ANA MARÍA QUILES GARCÍA	75
INFORMES:	77
• Servicio de Ayuda a Domicilio. JULIA M. PÉREZ MONTES	79
• Inmigrantes asentados en la provincia. MANUELA JIMÉNEZ CASTRO	87
DOSSIER SOBRE LA DEPENDENCIA:	119
NOTAS DE INTERES:	121
• Normas de publicación	130
• Hoja de suscripción	133

Julieta

COLABORACIÓN:

APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS DEL MENOR EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

Julieta Moreno- Torres Sánchez

Licenciada en Derecho

Servicio de Protección de Menores de Málaga

I. INTRODUCCIÓN.

Trataremos, a través de este breve estudio, de realizar una exposición del concepto de interés del menor, para, seguidamente examinar cómo se aplica este concepto por nuestra legislación y jurisprudencia, apuntando criterios que otorguen seguridad jurídica a una noción tan compleja como la que examinamos. Seguidamente cuestionaremos cómo se realiza la defensa de este interés por parte de la Administración pública.

Concepto de interés del menor.

El artículo 2 de la L.O.1/1996 de Protección Jurídica del Menor dispone que en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los me-

nores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. A su vez el artículo 3.1.de la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, dispone que 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.

Al realizar una lectura de las resoluciones de las Audiencias Provinciales¹ y de los Juzgados de Primera Instancia, así como en las resoluciones

1 Así, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 16 noviembre 1993 (AC 1993\2241) con relación al derecho de visitas; al acogimiento, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 2 marzo 1993 (AC 1993\372) y Auto de la Audiencia Provincial Madrid de 13 diciembre de 2005 (JUR 2006\56603); a la guarda de hecho, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 marzo 1992 (AC 1992\516) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 20 enero de 2006 (JUR 2006\129140); al desamparo el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 septiembre 1992 (AC 1992\1326) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 16 de enero de 2006 (JUR 2006\142465); a la adopción, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 18 enero 1994 (AC 1994\99); y el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Cantabria, de 11 febrero 2003, sobre internamiento en centro de socialización(JUR 2003\60023).

dictadas por las Entidades públicas encargadas de la protección de menores (de las que traen causa las primeras), con relación a cuestiones de desamparo y acogimiento, podemos concluir que, en concreto, el artículo 3 de la CNUDN, con referencia al interés superior del menor, es el más citado y observamos igualmente que la mayor intervención pública en el ámbito de la protección de menores es paralela a la mayor mención a este concepto que se realiza por la legislación.

El interés del menor, es considerado como un principio general del derecho, informador, por tanto del resto del ordenamiento jurídico, en los términos del artículo 1.4 del Código Civil. Desde el nacimiento de este concepto, su uso se ha generalizado de forma absoluta en la legislación y la jurisprudencia, y no sólo ha interesado en el mundo del Derecho, sino que son muchos los estudios realizados al respecto en el campo del Derecho, la Psicología², Pedagogía y Sociología, habiendo sido el tema central de la exposición de nu-

merosas publicaciones. Y habría que cuestionar si su popularización ha dado lugar a que se convierta en una máxima usada de forma aleatoria en toda norma y en toda resolución y que ha perdido su sentido³.

El problema de la definición del interés del menor radica en que las normas del ordenamiento jurídico internacional, nacional o autonómico no han dado la misma, siendo así por la dificultad que el concepto entraña. Por su parte la doctrina, más que definir el mismo da criterios orientativos. Así RIVERO HERNÁNDEZ, F., señala que ni el interés del menor ni la personalidad son algo abstracto y aséptico, sino que se refiere a una realidad humana pluridimensional: su salud y su bienestar psíquico, su afectividad comprendida, junto a otros aspectos de tipo material⁴.

Y ROCA FRÍAS, E., lo define partiendo de la base de que el menor es titular de derechos fundamentales porque tiene personalidad jurídica desde

-
- 2 CASTRILLO URBANO, E., en "La Pericial Sicológica (A propósito de la STS 2ª 1579-2003, de 21-11-03)", Editorial Aranzadi, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 609 (publicación electrónica), Pamplona. 2004, analiza la importancia de la pericial sicológica, en general y de cómo la psicología, considerada en sus inicios una parte de la filosofía, ha alcanzado la autonomía científica hace ya décadas, al contar con un objeto y metodología del conocimiento propio y específico, poniendo de manifiesto cómo nadie desconoce la implicación de unas disciplinas científicas en otras, lo cual obliga a poner en liza, simultáneamente: la sociología, la psiquiatría, la estadística, el derecho...
 - 3 RIVERO HERNÁNDEZ, F., en "El interés del menor", Dykinson, Madrid, 2000, cit. pág. 43 y s.s. plantea la cuestión de la sobrevaloración del interés del menor y plantea que en todo caso la interpretación de dicho principio ha de ser lo más adecuada a nuestra sociedad y momento, a los intereses y valores preponderantes en esa sociedad en que se ha dado esa normativa, y que se aplique luego con la mayor racionalidad y prudencia. LAZARO GONZÁLEZ I. (Coord.), en "Los menores en el Derecho español", Editorial Tecnos, Madrid, 2002, cit. pág.109, hace un repaso de las críticas que ha recibido este concepto en cuanto a su virtualidad práctica, sugiriendo que plantea más dudas que respuestas y que podría ser contraproducente en muchos aspectos.
 - 4 RIVERO HERNÁNDEZ, F., "El derecho de visita", J.M. Bosh Editor, S.L. Madrid, 1997, cit. pág. 157. El mismo autor en "La guarda y custodia de los hijos y el derecho de visita tras la crisis matrimonial", en "La situación jurídica de la mujer en supuestos de crisis matrimonial", CERVILLA GARZÓN, M.D. Coord., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 1987, cit. pág.63, describe la idea del interés del menor como algo no absoluto, sino que varía según la evolución de la vida social y sus valores preponderantes en un sistema de organización social y jurídica determinada, y según el lugar, el tiempo, las tradiciones y las costumbres. Esto obliga a tomar en consideración, a la hora de valorarlo, las convicciones y la sensibilidad social del grupo y del hic et nunc correspondiente, con ayuda de datos y criterios sociológicos, psicológicos, éticos y demás.

el momento de su nacimiento, y lo identifica con la protección de aquellos derechos que el Ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales a las personas⁵. Y, resulta igualmente interesante la definición que de este principio da la Ley catalana 8/1995, de 27 de julio de Atención y Protección de los Niños y Adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción, que lo concreta algo más. En su artículo 3 dispone que el interés superior del niño y el adolescente debe ser el principio inspirador de las actuaciones públicas y las decisiones y actuaciones que les conciernen adoptadas y llevadas a cabo por los padres, tutores o guardadores, las instituciones públicas o privadas encargadas de protegerles y asistirles o por la autoridad judicial o administrativa. Para la determinación de dicho interés debe tenerse en cuenta, en particular, los anhelos y opiniones de los niños y los adolescentes, y también su individualidad en el marco familiar y social.

En cuanto a nuestro Tribunal Constitucional, también se ha pronunciado al respecto, resultando ejemplar lo dispuesto en la Sentencia de 29 de mayo de 2000⁶ que establece que el interés del menor debe interpretarse no como una discriminación positiva, sino que se trata sencii-

llamente de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su status de persona y los bienes y derechos fundamentales de la misma que por su mera calidad de persona le corresponde, a fin de que lleguen a ser mañana ciudadanos activos y perfectamente integrados en la sociedad.

Aplicación del principio del interés del menor.

No se realiza en nuestra legislación una concreción de la forma de aplicación del mismo. Encontrándonos ante un concepto jurídico indeterminado, algunos autores han buscado soluciones frente a esta indeterminación. En la normativa de protección de menores son muy usuales los conceptos jurídicos indeterminados (a modo de ejemplo los artículos de las distintas normativas autonómicas, en que se precisan las causas de desamparo⁷) y resulta frecuente, que en la interpretación y aplicación de los mismos se acuda al interés del menor, que ya de por sí es un concepto indeterminado. Si una resolución administrativa o judicial señala que un menor se encuentra en situación de desamparo por privación de la necesaria asistencia moral, y aludimos a su vez al interés del menor, para motivar el contenido de dicha resolución, habremos de acudir en primer lugar a lo que se entienda por privación de asistencia en la jurisprudencia

5 En "Familia y cambio social (De la casa a la persona)", Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999, cit. pág.220.

6 BOE núm. 156 de 30 de junio 2000.

7 Así el artículo 23 de la Ley 1/1998 de los derechos y la atención al menor en Andalucía, que menciona el abandono, o la convivencia en un entorno sociofamiliar que deteriore la integridad moral o perjudique el desarrollo de la personalidad.

y en la normativa, y por último, en caso de que de la aplicación de la misma aún no quede concretado, se podrá acudir al principio interés del menor. Pero en todo caso habrá que motivar en qué consiste dicho interés.

No habiendo establecido criterio alguno el legislador, señala la doctrina la necesidad de tomar en consideración los siguientes, a fin de determinar el concreto interés del menor:

(a) La determinación del interés del menor se ha de realizar en relación con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la CNUDN⁸.

(b) La concreción del interés del menor se ha de realizar bajo la óptica del respeto de los derechos fundamentales de nuestro texto constitucional⁹. Cuando la Entidad pública de protección ejerce las potestades derivadas de las resoluciones adoptadas sobre los menores o cuando los órganos jurisdiccionales toman decisiones sobre los menores, no pueden perder la perspectiva del necesario respeto a dichos derechos, procurando que únicamente se efectúen injerencias cuando ello quede justificado, y precisamente en interés del menor.

(c) El hecho de que la decisión se justifique sobre el principio del interés del menor, no debe implicar arbitrariedad. En términos generales, una decisión de cualquier poder público se considera arbitraria cuando no es el resultado de un proceso de aplicación de las reglas del ordenamiento jurídico, sino el fruto de una manifestación de la voluntad particular del órgano que la adopta, sin una cobertura razonable en la Constitución o en las demás reglas que constituye el Derecho vigente en un momento dado. El uso del principio del interés general en las decisiones judiciales y administrativas será acertado cuando cumpla los siguientes criterios, que darán seguridad jurídica a la decisión adoptada con base al principio de interés superior del menor:

- No separarse de la idea de previsibilidad de la actuación (en el caso de la Administración del precedente administrativo y en el de los Tribunales, de los criterios jurisprudenciales).
- Cumplir con el principio de confianza legítima.
- Cumplir con el principio de igualdad frente a la Ley.

8 LINACERO DE LA FUENTE, M., en "La protección jurídica del menor", Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 2001, cit. pág.60, al iniciar el estudio de los derechos de los menores, comienza analizando el principio del favor filii, y admitiendo que sólo la casuística puede perfilar el concepto jurídico indeterminado del interés del menor y expresa la siguiente opinión: la noción del interés del menor debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto de los derechos fundamentales del niño consagrados en el derecho internacional.

9 Acerca de esta cuestión, se pronuncia ALÁEZ CORRAL, B., en "Minoría de edad y derechos fundamentales", Editorial Tecnos, Madrid, 2003, cit. pág.167. Y así lo expresa, entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Teruel de 7 de julio de 2004 (AC 2004\1036), que señala que es cierto y nadie lo discute, que toda la legislación y no sólo la civil se orienta en el sentido de elevar a un rango de Derecho Fundamental el interés del menor.

- Motivar razonadamente la decisión.

(d) No se debe obviar, al decidir sobre el interés del menor, que los derechos de los menores se encuentran recogidos en las leyes nacionales e internacionales¹⁰.

(e) Las autoridades judiciales y administrativas han de realizar cuantas diligencias estimen oportunas para asegurarse de cuál es, en cada caso concreto, el interés del menor¹¹.

(f) El interés del menor condiciona la normativa y a los que la aplican, es un criterio de integración y una cuestión de orden público. El principio del interés del menor sirve de criterio hermenéutico a la hora de actuar tanto la Administración como los Tribunales, debiendo tomar siempre la medida que más convenga, en todo momento, en cualquier fase del procedimiento administrativo o judicial.

Interés del menor: Quién decide cuál es el interés del menor, quién defiende este interés. La Administración Pública ante el menor: Interés general versus interés del menor.

Existen dos actores esenciales que han de procurar que se cumpla con el mejor interés del menor: la familia y el Estado. Son muchas las personas,

físicas y jurídicas que intervienen en el proceso de toma de decisiones sobre el menor, en el ámbito del sistema de protección del menor, pero en este artículo analizaremos la intervención de la Administración pública, tutora en muchas ocasiones de los menores a través de la figura del desamparo.

La Administración Pública tiene encomendada a través de la Ley, la protección de los menores. De forma muy concreta se especifica dicha obligación en el artículo 11 de la L.O.1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que regula los principios de la actuación administrativa, recogidos a su vez en las legislaciones autonómicas. Dicho artículo hace referencia a políticas integrales de protección de la infancia, políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales, así como a la obligación de la Administración de tomar en consideración las necesidades de los menores al ejercer sus competencias (en materia sanitaria, educación, consumo, vivienda..). Todos estos principios son de carácter general y expresan la obligación de las Entidades públicas de ejercer el fin que le es propio a la Administración Pública, hacer que se cumpla con el interés general. Es el propio texto constitucional, en su artículo 103.1, el que dispone que la Ad-

10 CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ E., en "El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales", Editorial Colex, Madrid, 2004, cit. pág. 297, menciona cómo el interés superior del menor se convierte en factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, y ello es así en la medida en que los textos normativos que se han ido elaborando y que tienen como objetivo la protección del menor, han ido incorporando progresivamente soluciones flexibles y disposiciones materialmente orientadas, persiguiendo hacer prevalecer con estas fórmulas el principio que las origina y que es su fin en sí mismo.

11 Así lo expone CALZADILLA MEINA, M.A., en "La adopción internacional en el derecho español", Editorial Dykinson, Madrid, 2004, cit. pág. 45-46.

ministración Pública sirve con objetividad los intereses generales. La legislación se ha encargado de constatar las necesidades, valores y prioridades de la sociedad y la Administración es la facultada de velar porque los mismos sean cumplidos.

Pero junto a estos principios generales de actuación o competencias que atañen al interés general, la Entidad pública ejerce otro papel bien distinto, en este caso sometido a normas de derecho privado, pero desde su posición jurídica de Administración Pública: la guarda y la tutela de los menores a través de las figuras jurídicas reguladas en los artículos 172 y siguientes del Código Civil. La legislación ha precisado que la Administración ha de velar por un interés concreto, no general, esto es, el interés de cada menor en cada caso específico. En ese momento, sin perjuicio del interés general que ha de ser su norte, la Administración ha de actuar tal como actuaría un padre o madre conforme a los artículos 154 y siguientes del Código Civil y conforme a las normas reguladoras de la tutela, esto es, sometida al Derecho privado y centrandó su interés en el sujeto objeto de protección: el menor.

De hecho, las normas se han encargado de configurar un sistema en que la sociedad y, en particular, los menores, puedan confiar en la defensa de ese interés concreto por parte de la Administración. Es muy explícito a este respecto el artículo 10 de la L.O.1/1996 de Protección Jurídica del Menor que dispone que los menores podrán

solicitar la protección y tutela de la Entidad pública competente. A fin de cuentas, el sistema de protección alza a la Entidad pública como depositaria de la confianza del menor frente a cualquier situación de desprotección que pueda sufrir. Artículos como el mencionado posicionan a la Administración como garante de los derechos y promotora del interés específico de cada menor, dando a éste una confianza legítima de que lo que la Administración promoverá será siempre su interés.

A fin de ejemplificar nuestro argumento, haremos referencia a un tema socialmente muy debatido y que refleja fielmente lo que hemos expuesto. Es de interés general que exista una adecuada política de inmigración y es competencia de la Administración pública gestionar la misma. Y es de todos sabido que entre la población inmigrante existe un buen número de menores de edad. En aplicación de las normas de derecho convencional sobre la infancia, el Estado puede decidir una determinada política de repatriación de los menores a sus Estados de origen, concretándose en ese punto el interés general. Sin embargo, al aplicar esa norma, se ha de tomar en consideración el interés concreto del menor que se encuentra bajo la guarda o tutela de la Entidad pública. Y en este punto dejamos sembrada la siguiente duda: ¿es siempre compatible la defensa del interés general con el interés particular de cada menor?.

BIBLIOGRAFÍA

- **ALÁEZ CORRAL, B.**, "Minoría de edad y derechos fundamentales", Editorial Tecnos, Madrid, 2003.
- **CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ E.**, "El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales", Editorial Colex, Madrid, 2004
- **CALZADILLA MEINA, M.A.**, en "La adopción internacional en el derecho español", Editorial Dykinson, Madrid, 2004
- **CASTRILLO URBANO, E.**, "La Pericial Sicológica (A propósito de la STS 2ª 1579-2003, de 21-11-03)", Editorial Aranzadi, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 609 (publicación electrónica), Pamplona. 2004
- **CERVILLA GARZÓN, M.D. Coord.**, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 1987.
- **LAZARO GONZÁLEZ I. (Coord.)**, "Los menores en el Derecho español", Editorial Tecnos, Madrid, 2002
- **LINACERO DE LA FUENTE, M.**, "La protección jurídica del menor", Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 2001
- **RIVERO HERNÁNDEZ, F.**, "El interés del menor", Dykinson, Madrid, 2000
- **RIVERO HERNÁNDEZ, F.**, "El derecho de visita", J.M. Bosh Editor, S.L. Madrid, 1997
- **ROCA FRÍAS, E.**, "Familia y cambio social (De la casa a la persona)", Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999