



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

LA DEFENSA DEL INTERÉS SUPERIOR
DEL MENOR EN EL SISTEMA ESPAÑOL
DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL
MENOR

Autora: Emma Alfonso Moreiro

5º E3-A

DERECHO PENAL

Tutor: Javier Gómez Lanz

Madrid

Junio 2021

ÍNDICE	
RESUMEN.....	5
PALABRAS CLAVE.....	5
ABSTRACT.....	6
KEY WORDS	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I. LA APARICIÓN DEL CONCEPTO “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	9
1. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES	9
1.1. Convención de los derechos del Niño	9
1.2 Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 36/1991, de 14 de febrero e Instrucción de la FGE 2/1992, de 13 de febrero	11
1.3 Ley orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores.....	12
1.4 Moción aprobada por el congreso de los diputados el 10 de mayo de 1994	14
1.5. 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.	15
1.6 Recapitulación.....	16
2. LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES: TEXTO INICIAL 13/01/2000	16
3. OBRAS DOCTRINALES HASTA 2015	18
3.1 Recapitulación.....	24
CAPÍTULO II. LA DEFINICIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA REFORMA DE LA LEY DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR	26
1. LA DEFINICIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA REFORMA DE LA LOPJM	26
2. INFLUENCIA DE LA OBSERVACIÓN GENERAL NO.14 SOBRE EL DERECHO DEL NIÑO A QUE SU INTERÉS SUPERIOR SEA UNA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL. 31	
CAPÍTULO III. LOS PROBLEMAS DE INTEGRACIÓN DEL NUEVO CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR.....	35
1. DEFENSA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA LORPM.....	35
2. EI SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR Y EL NUEVO CONCEPTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	37
3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	42
CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES	45
CAPÍTULO V. BIBLIOGRAFÍA	49

RESUMEN

El interés superior del menor se erige como la piedra angular del sistema español de responsabilidad penal del menor. No obstante, a lo largo de la historia ha sido considerado un concepto indeterminado y desconsiderado. En 2015 se reforma la ley de protección jurídica del menor y se introduce una definición completa del interés superior del menor, así como los criterios generales para determinarlo. Sin embargo, en el sistema de responsabilidad penal del menor, no ha habido ninguna reforma que adapte el sistema al nuevo concepto de interés superior del menor. Por consiguiente, realizamos un análisis de la legislación anterior a la ley de responsabilidad penal del menor, para comprender qué se entendía por interés superior del menor, cuando todavía no existía una definición completa de este concepto. Una vez comprendemos el sentido del interés superior del menor desde el punto de vista penal, analizamos la defensa que se hace del mismo en el procedimiento penal. Concluimos el trabajo, proponiendo diferentes soluciones para poder armonizar, el nuevo concepto de interés superior del menor con el sistema español de responsabilidad penal del menor.

PALABRAS CLAVE

Interés superior del menor; Sistema de responsabilidad español del menor; Menor infractor; LORPM; LOPJM; Observación General nº14 del Comité de los derechos del Niño.

ABSTRACT

The best interests of the child is the cornerstone of the Spanish system of criminal responsibility of minors. However, over the years it has been considered an indeterminate and unconsidered concept. In 2015, the law on the legal protection of minors was reformed and a complete definition of the best interests of the minor was introduced, as well as the general criteria to determine it. However, in the system of criminal responsibility of minors, there has been no reform to adapt the system to the new concept of the best interests of the child. Therefore, we carried out an analysis of the legislation prior to the law on criminal responsibility of minors, in order to understand what was preconceived as the best interests of the minor, when there was still no complete definition of this concept. Once we understand the meaning of the best interests of the minor from a criminal point of view, we analyse the defence of the best interests of the minor in criminal proceedings. We conclude the work by proposing different solutions to harmonise the new concept of the best interests of the child with the Spanish system of criminal responsibility of minors.

KEY WORDS

Best interests of the child; Spanish juvenile responsibility system; Juvenile offender; LORPM; LOPJM; General Comment n°14 of the Committee on the Rights of the Child.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo nace con el objetivo de estudiar la defensa del interés superior del menor como piedra angular del sistema de responsabilidad penal español del menor. Cuando hablamos del interés superior del menor, hablamos de un concepto indeterminado y cuya aplicación necesita de multitud de criterios orientadores para su verdadera comprensión. Ello ha dado lugar a una desconsideración del interés superior del menor y consiguiente desprotección de los menores en conflicto con la ley.

Hoy en día, podemos encontrar una definición completa del interés superior del menor en la Ley de Protección Jurídica del Menor, introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y aplicable en el sistema de responsabilidad penal de menores. Como podemos observar, se trata de una ley de reciente creación y cuya aparición no ha sido seguida por una modificación de la ley de responsabilidad penal del menor, para adaptarse a al nuevo concepto del interés superior del menor.

Por consiguiente, para abordar este estudio primeramente nos centraremos en el análisis del concepto del interés superior del menor, donde diferenciaremos dos tramos. El primer tramo llegará hasta el año 2015, donde estudiaremos la aparición del concepto del interés superior del menor en el ordenamiento español y sentido del mismo cuando no había una definición completa del interés superior del menor. Seguidamente, en el segundo tramo, estudiaremos las novedades introducidas por la modificación de la legislación de protección del menor en 2015, en torno al interés superior del menor.

Una vez conozcamos lo que el legislador quiere proteger cuando se refiere al interés superior del menor, podremos analizar si en nuestro sistema penal de menores, esa defensa es efectiva, así como diseñar una posible armonización del sistema español de responsabilidad penal de menores, con el nuevo concepto del interés superior del menor introducido por la Ley Orgánica 8/2015.

CAPÍTULO I. LA APARICIÓN DEL CONCEPTO “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, (de aquí en adelante LORPM), se refiere a distintas disposiciones que han influido en su redacción. Cada una de estas piezas nos ofrece una noción del interés superior del menor, cuyo análisis nos ayudará a conocer cómo aparece el concepto de interés superior del menor en nuestro sistema y comprender qué entiende realmente la LORPM por el interés superior del menor y en base a ello, cómo articula su defensa.

1.1. Convención de los derechos del Niño

La LORPM, celebra la reforma de la legislación penal de menores, “en atención a las normas de Derecho internacional, con particular atención a la citada Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989” (EM I 2).

Dicha norma, en su artículo tercero dedicado al interés superior del menor, dispone lo siguiente (p.27):

Artículo 3 INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1. 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.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en

materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Como vemos, la Convención, que fue ratificada en España en el año 1990 y en vigor a partir del año 1991, se refiere al interés superior del menor como una “consideración primordial”. Para comprender la idea que se desprende de la Convención, Sala (2002), diferencia entre interés del menor e interés superior del menor, estableciendo que: “«Interés superior del menor» (o, genéricamente, «de los menores»), sirve, una vez delimitado el concepto «interés del menor», para poner de manifiesto su situación de preponderancia frente a otros intereses con los que éste pueda colisionar” (p. 34-35).

Por su parte, la Federación de Asociaciones para la prevención del maltrato infantil (FAPMI), se refiere al interés superior del menor, como uno de los cuatro principios esenciales de la Convención de los derechos del Niño. Asimismo, reconoce la consideración primordial del interés superior del menor, en toda decisión que afecte al niño, pero sin que ello suponga “hacer exactamente lo que el niño quiere en cada ocasión, porque a veces un extraño es un mejor juez de los intereses del niño, particularmente a largo plazo” (FAPMI, s.f., párr. 14).

Tras este inciso, volvemos al análisis de la Convención de los derechos del Niño, que dedica su artículo 40 a regular la situación de aquellos niños que se enfrentan a la justicia. Este artículo reconoce la necesidad de que todo niño cuente con un procedimiento con todas las garantías procesales, así como la búsqueda de la reintegración de menores como fundamento del procedimiento penal de menores. En el apartado tercer de dicho artículo alude directamente al interés superior del menor, cuando determina lo siguiente:

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

Por tanto, el interés superior del menor aparece como un principio general de la Convención (Martínez,2020, RB-6.3) y en base a dicho principio, se ha de prestar

especial atención a la situación primigenia en la que se encuentra el niño, respetando al máximo dicha situación, siempre que no sea un perjuicio para el interés del menor (Santamaría, 2018).

1.2 Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 36/1991, de 14 de febrero e Instrucción de la FGE 2/1992, de 13 de febrero

En la STC 36/1991, que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas por varios Jueces de Menores contra la Ley de Tribunales de Menores, todavía no vemos una mención expresa al interés superior del menor. No obstante, comprobamos que se van estableciendo criterios de decisión, con gran relación con lo que posteriormente se denominará específicamente, interés del menor.

Así, reconoce la necesidad de decidir las medidas a imponer del menor infractor, en atención a las condiciones del menor, así como la posibilidad de adaptación y mayor flexibilidad. Todo ello para cumplir con el espíritu reformador de este proceso y las “especiales características de esta jurisdicción en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras” (FJ 8).

Como consecuencia de esta sentencia, se refuerza la actuación de la fiscalía en el procedimiento penal de menores y a raíz de ello, La Fiscalía General del Estado, emite la Instrucción 2/1992, de 13 de febrero. Lo relevante de esta instrucción en relación con nuestro tema, son las menciones a la colaboración con el equipo técnico, órgano que tiene su origen en el procedimiento penal del menor (García, (s.f.))¹.

En dicha circular se establece que:

Los informes del Equipo Técnico han de ser considerados como preceptivos, pero no vinculantes, para conocer la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como su entorno familiar y, en general, cualquier otra

¹ La Fiscal, García Hernández, en el estudio sobre este órgano dice: (...) Equipo Técnico, pues entiendo que tiene, de un lado, su antecedente en los Técnicos de la Ley 1948, cuyo artículo 73 señalaba “El Presidente podrá disponer, si lo estima conveniente, que se proceda al examen y reconocimiento del menor por los técnicos especializados que el mismo designe, que emitirán informe acerca de su constitución psicofisiológica y de la posible influencia de esta en el desarrollo del entendimiento y grado de voluntariedad consciente de sus actos en directa relación con la naturaleza del hecho que se atribuya al menor. Este informe se consignará en el expediente.” (p.7)

circunstancia que pueda haber influido en la ejecución del hecho que se le atribuye. (p.6)

Esto nos llama la atención, pues 9 años después, la LORPM, asigna directamente a los equipos técnicos la tarea de determinar el interés del menor, fijando que:

Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando. (EM II 7)

En esta misma línea, Coronado Buitrago, considera que este órgano ‘inexistente en otros órdenes procesales’ (Coronado, 1991, párr.91), es esencial para cumplir con la finalidad educativa, así como para equilibrar la excesiva arbitrariedad del juez (Coronado, 1991 y Vargas, 1993). Todo ello porque:

Para que el Juez sepa qué es lo que tiene que hacer, más allá de la aplicación técnica del derecho, cómo tiene que manejar todos los datos que tienen que ver no sólo con la conducta, sino con la personalidad, entorno y recursos del menor, precisa de una asistencia por profesionales de otras conductas, a fin de que la intervención se adecúe al hecho en correlación con las circunstancias del menor y sus necesidades, sólo así será educativa. (Coronado, 1991, párr. 108)

Por tanto, aquí vemos una primera aproximación al interés superior del menor cuando se exige el estudio de las circunstancias que rodean al menor, por parte de *profesionales de otras conductas*, yendo más allá del formalismo de las ciencias jurídicas. Solo de este modo, se podría alcanzar la finalidad reeducadora de este proceso, que ya desde estos momentos debía primar sobre otras finalidades del Derecho penal de adultos.

1.3 Ley orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores

Fruto de la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, anteriormente mencionada, nace la Ley 4/1992 sobre reforma de la ley reguladora de la

competencia y el procedimiento de los juzgados de menores. Esta ley será la primera que haga una referencia concreta al interés del menor, disponiendo que: “El Juez deberá valorar razonadamente, desde la perspectiva exclusiva del interés del menor, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta” (EM). Vemos que a partir de ahora, será por exigencia de una norma de Derecho penal sustantivo, que se ha de ponderar especialmente el interés del menor, en la determinación de las medidas a imponer (Vargas, 1993).

Sin embargo, pese a hacer una mención expresa al interés del menor, no aparece una clara definición del mismo. Por consiguiente, realizaremos un análisis de la tramitación de esta ley, con el objetivo de conocer qué entendía el legislador en ese momento por interés del menor.

Tras analizar las enmiendas realizadas al texto, solo vemos una enmienda que hace alusión al interés del menor. Esta enmienda será la número 98, presentada por el grupo socialista en el Congreso de los Diputados, e incluida posteriormente en el texto². En ella se propone reducir el plazo de revisión o confirmación de la medida cautelar de internamiento en centro cerrado, a máximo 1 mes, siendo el plazo anterior de 3 meses. Todo ello en base a que “al ser una medida restrictiva de libertad, el interés del menor impone que se revise su mantenimiento o revocación en períodos más breves” (p.28).

Aquí vemos una alusión al carácter dinámico del interés superior del menor, que obliga a ser tenido en cuenta, no solo a la hora de imponer la medida, sino durante todo el procedimiento, pudiendo justificarse la reducción o ratificación de medidas cautelares en aras del mismo.

Siguiendo con este análisis, en la Sesión Plenaria núm. 36 celebrada el miércoles, 15 de diciembre de 1993, la diputada Doña Inmaculada Romacho Romero, del grupo socialista del Congreso, formula al Gobierno pregunta sobre la valoración de la aplicación de la Ley 4 /1992.

² Texto definitivo 5a) El Fiscal podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la protección y custodia del menor. El Juez acordará las medidas que estime necesarias, tomando en consideración el interés del menor. (...) Dicha medida durará el tiempo imprescindible, debiendo ser modificada o ratificada transcurrido, como máximo, un mes. Desde que se adopte se nombrará al menor abogado que lo defienda si no lo designan sus padres o representantes legales

En la respuesta del Ministro de Justicia (Belloch Julbe), nos llama la atención lo siguiente:

La reforma básicamente contemplaba o se regía desde cuatro puntos de vista fundamentales (...) La tercera era concebir el proceso mismo como un mal y en esa misma medida facultar al juez para evitar el proceso o incluso para suspender el fallo desde la perspectiva esencial de tutelar los intereses del menor. (Congreso de los Diputados, 1993, p.1766)

Ello se relaciona con el principio de intervención mínima, como principio que en el Derecho penal de menores adquiere incluso una mayor importancia que en el Derecho penal de adultos. Como afirma Cano (2011), “en palabras de Alastuey Dobón, el principio de intervención mínima constituye una vertiente de la prevención especial de gran importancia, en particular cuando de lo que se trata es de aplicar Derecho penal a menores” (p.14).

Igualmente cabe pensar que esta concepción del proceso como un “mal”, sea consecuencia de la excesiva arbitrariedad que se concedía, hasta ahora al juez, partiendo de la base de que la anterior Ley de Tribunales de Menores, no reconocía las mismas garantías procesales de un procedimiento ordinario a los menores³.

Por tanto, esta ley penal, antecedente directo de la actual ley de responsabilidad penal del menor, se refiere al interés superior del menor ya como norma de Derecho penal sustantivo, que ha de dirigir la actuación del juez y cuya protección podría suponer incluso la no celebración del proceso.

1.4 Moción aprobada por el congreso de los diputados el 10 de mayo de 1994

Respecto a la Moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994⁴, en el discurso de la Diputada del grupo popular, María Bernarda Barrios

³ SENTENCIA 36/1991, de 14 de febrero, sobre el art. 15 L.T.T.M., al excluir la aplicación de «las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones» ha de ser declarado inconstitucional y nulo.

⁴ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS LORPM: 1. La promulgación de la presente Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores era una necesidad impuesta (...) en la moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994(...).

Curbelo, volvemos a ver una fuerte defensa a la reeducación del menor como prioridad de la ley y la consideración de las circunstancias que rodean al menor en la determinación de la medida a aplicar:

Defendemos que como contrapartida se elabore un código penal juvenil en el cual se tenga como fundamento el principio de la reforma, de la reeducación del menor, teniendo en cuenta sus circunstancias personales, familiares y sociales, donde se intente regular todos los derechos procesales de protección, donde se intente corregir su actuación no sólo teniendo en cuenta el hecho, sino el autor.
(p. 3464)

Igualmente la Diputada popular Barrios Curbelo, se refiere a la urgente necesidad de especialización de las instituciones que trabajen en este campo e intervención de otras ciencias no jurídicas, para que exista una aproximación plena a la realidad del menor.⁵

1.5. 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.

Tras la ratificación de la Convención de los derechos del Niño en 1990, todavía no existía en España una ley estatal que dedicase un artículo al superior interés del menor. Será la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM, de aquí en adelante), la pionera (y única a día de hoy) en incluir un artículo dedicado expresamente al mismo (Santamaría, 2018).

Su influencia en la LORPM es esencial pues ésta, reconoce la aplicación en el proceso penal de todos los derechos reconocidos en la LOPJM (Art. 1.2 LORPM).

5 “Respecto a los apartados cuarto y quinto, la necesidad de la existencia de jueces y fiscales especializados, todos sabemos que estos jueces de tribunales de menores, de juzgados de menores, estos fiscales de juzgados de menores van a tener relación no sólo con la realidad del menor en el ámbito jurídico, sino también en otros ámbitos. Les estoy hablando a nivel psicológico, a nivel educativo, a nivel familiar. Es por eso que se precisa que los profesionales que van a desarrollar su labor en este campo del menor hayan llevado a cabo unos cursos de especialización. El Consejo General del Poder Judicial desde 1988 ha celebrado sólo dos cursos de especialización. Inexplicablemente no se han repetido más, y, desde luego, en el Ministerio Fiscal no se ha sentido la necesidad, puesto que en ningún momento se han llevado a cabo.” (7)

La LOPJM 1/1996, “inmediato antecedente legal de la LORPM” (Cano, 2011, p.14), sin embargo, simplemente se limita a reconocer como principio general el interés superior del menor y su primacía en caso de concurrencia con otros intereses legítimos, pero sigue sin darnos una definición sobre el interés superior del menor:

Artículo 2. Principios generales.

En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

1.6 Recapitulación

Como cierre de esta primera parte, tras un primer análisis, vemos que en este momento el interés superior del menor:

- Tiene una gran relación con la finalidad educativa del procedimiento penal del menor que lo diferencia del Derecho penal de adultos
- Que para alcanzar esa finalidad, se habrá de analizar las circunstancias sociales y personales que rodean al menor
- Que todo ello es tarea de profesionales pertenecientes al campo de las ciencias no jurídicas, cuya intervención tiene su origen en el sistema de responsabilidad penal del menor

Pues bien, ahora veamos cómo estas ideas se van perfeccionando en el sistema actual y cómo han ido evolucionando.

2. LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES: TEXTO INICIAL 13/01/2000

Con la entrada en vigor de la LORPM, el interés del menor se convierte en la piedra angular del sistema de responsabilidad penal del menor ya que como defiende, “en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor” (EM II

7). Con esta ley, se reafirma el papel del interés superior del menor como “principio inspirador e interpretativo de todas las disposiciones y actuaciones relacionadas con el infractor menor de edad” (Cano, 2011, p.11).

En el análisis de dicha ley, vemos que en la exposición de motivos (donde se hace referencia hasta en catorce ocasiones a este principio (Cano, 2011)), se afirma que esta ley cumple con la necesaria reforma legislativa en este asunto, “partiendo de los principios básicos que ya guiaron la redacción de aquélla (especialmente, el principio del superior interés del menor)” (EM II). No obstante, en la redacción de *aquélla* (referida a la Ley Orgánica 4/1992), no vemos ninguna mención al interés del menor como principio inspirador. Este aparece como principio guía de la actuación del juez, pues únicamente se hace mención a dicho concepto en relación con la actuación judicial (EM; art 2.2.5º; Art 2.2.14º; art 2.3.3º). Igualmente, tampoco habla en ningún momento de principio, sino que se refiere únicamente al interés del menor.

Una vez ya aparece consagrado como principio, se realizan múltiples referencias al *superior interés del menor* y al *interés del menor*. Recordemos en este punto la tesis defendida por Sala (2002)⁶, presentada en el apartado primero de este trabajo y que nos ayudará a diferenciar entre estos dos conceptos.

Dejando de lado todas esas referencias y para intentar comprender cuál era la idea de interés superior del menor del legislador, realizamos un estudio de la tramitación de esta ley. Del análisis de las enmiendas presentadas tanto por el Congreso de los Diputados como por el Senado, vemos que en este momento existe una mayor referencia al interés superior del menor en comparación con la tramitación de la Ley Orgánica 4/1992.

En las enmiendas del Congreso de los Diputados, llama la atención que las proposiciones que se motivan en base al interés superior del menor, se relacionan en la mayoría de los casos con un mayor protagonismo del Ministerio Fiscal y del Equipo Técnico (ENMIENDA NÚM. 48; ENMIENDA NÚM. 121. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-144-10 de 16/03/1999 p.183).

⁶ Sala (2002), diferencia entre interés del menor e interés superior del menor, estableciendo que: “«Interés superior del menor» (o, genéricamente, «de los menores»), sirve, una vez delimitado el concepto «interés del menor», para poner de manifiesto su situación de preponderancia frente a otros intereses con los que éste pueda colisionar” (p. 34-35).

En las enmiendas planteadas por el Senado, vemos la remisión al interés superior del menor, en aquellas propuestas que piden una menor intervención penal en aras del espíritu educativo de esta ley. Coinciden en que la aplicación de ciertas medidas, deja el interés y las circunstancias del menor en segundo plano, centrándose principalmente en la sanción y represión del hecho (ENMIENDA NÚM. 20; ENMIENDA NÚM. 23; ENMIENDA NÚM. 27).

Por tanto, con esta ley vemos reforzada la relación del interés del menor con la toma en consideración de las circunstancias que le rodean en la determinación de la medida a imponer y finalidad educativa de la misma.

Adicionalmente, la determinación del interés del menor se encomienda exclusivamente al equipo técnico, limitando la excesiva discrecionalidad que la anterior legislación penal, reconocía al juez y de la que ya alertaba Coronado Buitrago (*vid.* 1.1.2).

3. OBRAS DOCTRINALES HASTA 2015

Para la realización de este apartado, se ha llevado a cabo un análisis de varias obras doctrinales anteriores a 2015. En ese año aparece en el Derecho español una definición completa del interés superior del menor en la Ley de Protección Jurídica del Menor, es por ello que el objetivo de este análisis, será averiguar qué entendía la doctrina española hasta ese momento por interés superior del menor.

Como punto de partida, son varios los autores que recalcan la indefinición del concepto de interés superior del menor, clasificándolo como un concepto jurídico indeterminado (Sala, 2002; Freedman, 2005; Lázaro, 2010; Cano, 2011; Ravetllat, 2012; De Bartolomé, 2012; Paredes, 2013; Hernández, 2015).

Pese a que todos ellos reconocen la necesidad de que exista cierta discrecionalidad para definir este concepto en cada caso concreto, existe un sector que es fuertemente crítico por la excesiva discrecionalidad concedida al poder estatal o a las autoridades judiciales para su determinación.

A modo de ejemplo, Freedman tilda de ‘Caballo de Troya de la Convención de los Derechos del Niño’ al interés superior del menor (2005, párr. 3). Según este autor, la excesiva discrecionalidad concedida a la autoridad, se aleja de la protección integral que

pretendía conseguir esta norma internacional con su inclusión y supone por tanto la vuelta a la hasta ahora superada, situación irregular de los menores que se enfrentan a la justicia.

De Bartolomé (2012) nos habla de los inconvenientes del concepto jurídico indeterminado, destacando que puede suponer una menor protección e inseguridad jurídica, ante la idea de que la decisión se “realice desde una perspectiva muy subjetiva” (p.51).

Pasando a una crítica más radical, Paredes (2013), nos alerta del riesgo que existe ante la indefinición de este concepto en relación con los objetivos políticos criminales que se predicen en la ley, pero que luego no se cumplen, primando “en el mejor de los casos– objetivos político-criminales menos confesables, o incluso –en el peor– ningún objetivo que no sea la demagogia o el electoralismo” (p.156). Profundizando en este asunto, nos presenta la posibilidad de que estemos ante un concepto vacío que podrá ser utilizado a merced de unos intereses distintos de los que trata de proteger. Igualmente habla de otra posible teoría, en la que el interés superior del menor, sí tenga un contenido definido pero que “resulte injustificable desde el punto de vista normativo” (p.156).

En opinión distinta a la de estos autores tenemos a Lázaro González. La autora, no sin antes criticar a la jurisprudencia de los tribunales españoles por la vaguedad en la determinación del interés superior del menor, defiende que:

Por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, el interés del menor no queda a la elección discrecional de la autoridad entre diversas soluciones que se consideran justas, sino que una sola y única solución es la justa atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Es necesario precisar su significado y contenido dando relevancia a las circunstancias que concurren en el caso concreto. (Lázaro, 2010, p.29)

Dejando de lado este debate, nos centraremos en las diversas nociones del interés superior del menor que hemos ido identificando en las obras doctrinales analizadas.

Diferenciamos una fuerte corriente defendida por la mayoría de la doctrina, que considera al interés superior del menor, como principio que se habrá de tener en cuenta en todas las cuestiones que afecten al menor, especialmente en la medida a imponer. En

cambio, otra parte de la doctrina, considera que se trata de un conjunto de derechos fundamentales, subjetivos de los niños que gozan de una superior protección.

Comenzando por la primera teoría, Bueno Arús (2001), estima que el interés del menor ha de ser “concebido en sentido constructivo” (p.64), a la hora de decidir la medida a imponer y que, en base a ese interés, habrá de escoger aquella medida que mejor contribuya a la educación y desarrollo de la personalidad del menor.

En la misma línea Cano (2011), parte del análisis del carácter particular de este sistema en base a la especialidad de los sujetos a los que nos dirigimos: “que en el momento de cometer la infracción se encuentran en una etapa crítica de desarrollo entre la niñez y la mayoría de edad, lo cual determina el carácter especialísimo de la responsabilidad penal que debe exigirse en este ámbito” (p.6).

Para el autor, el interés superior de este sujeto, permite una diferenciación entre el Derecho penal de menores y el Derecho penal de adultos. Así pues, en el sistema de responsabilidad del menor, reconoce que en la determinación de la medida a imponer se ha de valorar especialmente el interés del sujeto. Al contrario, en el Derecho penal de adultos, la decisión de la sanción: “se centra fundamentalmente en la retribución por el delito cometido y la prevención de futuros delitos, lo que obliga a valorar prioritariamente en la aplicación judicial de la pena la gravedad del hecho y la culpabilidad del sujeto responsable” (p.15).

Volviendo al punto de partida, reconoce que la atención primordial al interés del menor se encuentra en “la consideración de que ese menor se encuentra en un proceso—necesariamente incompleto— de integración social, como la conciencia de que la sociedad tiene algo que ver y que decir en ese acto de delincuencia juvenil” (p.19).

Completa esta teoría, recalcando la importancia de los equipos técnicos, en la identificación del interés del menor y por tanto primando la participación de otras ciencias no jurídicas en este procedimiento, lo cual implica una superación del “carácter paternalista” (p.18) del Derecho penal de menores anterior. Concluye que:

El interés superior del menor implica que la Justicia penal de menores sólo debe actuar si es realmente necesario (principios de oportunidad y de intervención mínima) y aplicando una medida de carácter educativo o rehabilitador en función de sus circunstancias personales, dejando a un lado las demandas

preventivo-generales que ceden ante la finalidad de recuperación del joven infractor. (p.19)

Habiéndonos de detener especialmente, en la obra de Isaac Ravetllat dada la riqueza que aporta a este trabajo, vemos varias opiniones en esta misma línea. Así, gracias al detallado análisis sobre las obras doctrinales que tratan este tema, conocemos otras nociones de interés superior del menor, como la que aparece en (Borás, 1994), influida por la legislación internacional, y que define como el conjunto de “instituciones que protegen al menor con independencia de su situación personal o familiar que se presente” (Ravetllat, 2012, p.94).

Por su parte Joyal (1991), considera que es un concepto que aúna los derechos y las necesidades especiales del menor, y cuya función es guiar la interpretación de la ley. Ravetllat (2012), pese a no compartir esta noción, nos presenta la opinión de Sánchez (1999) y Seijas (1997), que defienden el interés del menor como noción abstracta que habrá de formarse en la conciencia de la autoridad judicial en base a las pruebas del proceso. Ravetllat Ballesté, critica dicha postura sobre la base de que la aplicación de este concepto, “no solo le corresponde a la autoridad judicial” (Ravetllat 2012, p 94), éste habrá de ser tenido en cuenta asimismo por “las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas y los órganos legislativos; y... a los padres o representantes legales” (Ravetllat 2012, p 94).

Finalmente, se refiere a Dolz-Lago (1996), que habla de las mismas dificultades en la definición de este concepto que en la determinación del interés público o el interés social. Por lo tanto, conforme a dicho procedimiento habremos de identificarlo, con todo aquello que beneficie al menor y no aquello que le perjudique. Concreta además, que el beneficio en el caso de menores se identifica con la educación y el libre desarrollo de la personalidad.

Dejando aparte la obra de Isaac Ravetllat, pasamos a las tesis doctorales que tratan este tema.

En la tesis de Sala Donado, de la que ya nos hemos servido en apartados anteriores, se reconoce la concepción garantista del superior interés del menor. La autora estima que la función del concepto es la protección a los derechos fundamentales, pero considera que en un sistema como el nuestro que ya protege los mismos, el interés superior del

menor “supondría por tanto en el reconocimiento del menor como un ser «distinto» (desde el punto de vista psicológico y biológico)” (p.37). Ello justifica su flexibilidad para “adecuarse a las necesidades privativas de estas etapas” (p.37).

Hernández (2015), habla de principio rector, que habrá de guiar toda aplicación e interpretación de la normativa, cobrando una especial importancia en la determinación de la medida. En este sentido, por el interés del menor la medida debe tener siempre una “finalidad educativa de prevención-especial positiva” (p.220). Asimismo, para la consecución de esta finalidad nunca se habrá de imponer una medida desproporcionada o “excesivamente restrictiva de los derechos del menor” (p.220), optando siempre por la menos gravosa.

Además, para asegurar esta finalidad introduce la necesidad de analizar las consecuencias de las medidas en los menores, y concluye que las medidas pedagógicas son aquellas que constatan una menor reincidencia de los menores. Igualmente, afirma que se habrá de tener especial cuidado con la percepción del tiempo en la determinación de la medida de menores infractores. Esta percepción es completamente distinta a los adultos y su prolongación excesiva podrá tener efectos muy negativos “desde el ángulo de la educación y la rehabilitación social” (p.222).

Finalmente, Paredes (2013), concibe el interés superior del menor como un principio que limita la intervención del Estado “en los derechos fundamentales y –en general– en la libertad personal del menor delincuente” (p.165). Como defiende, esto se debe a que la menor intensidad de la sanción penal que se prevé para el menor infractor, implica que se habrá de prestar una mayor atención a los intereses de éste en la determinación de la medida a imponer. Igualmente expone la teoría de que la medida deberá buscar un “modelo de vida buena” que ha de construirse partiendo desde los intereses de cada menor en concreto y que solo habrá de alejar al menor de aquellos intereses que impidan su correcto desarrollo. En este texto vemos por primera vez una referencia al menor como interviniente en este procedimiento de determinación de su interés, que hasta ahora se dejaba en manos de las autoridades estatales, sin contar con la opinión del menor.

Pasando a la otra corriente identificada, ésta considera que el interés superior del menor, opera como principio garantista de un conjunto de derechos fundamentales que merecen una protección superior. Notar que Paredes (2013), rechaza esta teoría al considerar que

el superior interés del menor comienza “allí donde acaban los derechos del menor; y no en otro caso” (p. 168), pues considera un sinsentido utilizar éste como una reiteración de los derechos fundamentales.

Feedman (2005), objetiva el interés superior del menor, como el “núcleo duro” de los derechos reconocidos en la Convención de los derechos del Niño:

Este núcleo comprendería el derecho a vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal. (párr. 8)

Según el autor, el interés superior del menor funcionaría como principio jurídico garantista de estos derechos reconocidos en la CDN, que habrán de primar en cualquier caso sobre otros intereses y derechos colectivos.

Por otro lado, el superior interés del menor, serviría para resolver los conflictos entre los derechos de los niños. De forma exclusiva, cabe la restricción de los derechos de otro niño con el objetivo de proteger los derechos pertenecientes al núcleo duro de la CDN. Piensa el autor, que de esta forma se reduciría la excesiva arbitrariedad otorgada a la autoridad judicial “para restringir los derechos de los niños, debiendo esgrimir como fundamento la protección de un derecho perteneciente al “núcleo duro” de la Convención” (párr. 14).

En Garrido (2013), vemos una idea similar a la que acabamos de exponer, afirmando que el superior interés del menor supone la más amplia satisfacción de los derechos reconocidos en la Convención de los derechos del Niño. Según este autor actúa como criterio de decisión ya que toda decisión concerniente al menor deberá adjudicar una serie de derechos preexistentes “atendido que el interés superior consiste en los derechos que deban adjudicarse al niño objeto de decisión por parte del órgano” (párr. 5).

Finalmente, Ravetllat (2012), nos presenta la teoría de Roca Trias, que reconoce la función del interés superior del menor como una garantía de los derechos fundamentales del menor pero proyectándolos al futuro “como fórmula destinada a facilitar la

formación del menor y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su personalidad” (p.93).

Para Ravetllat esta última teoría supone un punto de convergencia con el resto de teorías doctrinales y la completa con la idea de que el interés superior del menor permite la “efectividad de estos derechos fundamentales a personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad” (p.96). De forma novedosa introduce un punto de vista humano, según el cual considera que se habrán de atender también a “la felicidad y bienestar personal de ese individuo, al equilibrio emocional y afectivo” (p.96) del menor, dada la innegable influencia de estos factores en el desarrollo de la personalidad del menor.

3.1 Recapitulación

Una vez que hemos visto las múltiples y variadas nociones sobre el interés superior del menor y teniendo en cuenta que este concepto habrá de valorarse en todo aquello que afecte al menor (“no solo le corresponde a la autoridad judicial...además a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas y los órganos legislativos; y... a los padres o representantes legales” (Ravetllat 2012, p.94)), no es de extrañar la fuerte crítica que se realiza a su indeterminación.

En síntesis, la primera corriente doctrinal, defiende que el interés superior del menor va más allá del conjunto de derechos fundamentales de los niños. Para este grupo, el interés superior del menor, tiene una importancia nuclear a la hora de determinar la medida a imponer, que en base a la ya aceptada menor aflicción penal sobre los menores, justifica una mayor flexibilidad de la medida a imponer.

Por lo tanto, para este “bando”, será el interés superior del menor lo que justifique una mayor atención a las circunstancias e intereses del menor, en la determinación de la medida. Además, ésta deberá tener siempre una finalidad educativa y permitir el libre desarrollo de la personalidad del sujeto, primando sobre otras finalidades del Derecho penal de adultos como la retribución o la defensa social.

Para la otra parte de la doctrina, el interés superior del menor, aglutinaría el conjunto de derechos fundamentales que reconoce la Convención de los derechos del Niño, y que por tanto son derechos subjetivos de este colectivo. Respecto a la función del mismo,

permitiría la solución de conflictos entre los derechos de otros niños o una especial atención a la formación o al desarrollo de la personalidad del menor.

CAPÍTULO II. LA DEFINICIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA REFORMA DE LA LEY DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

1. LA DEFINICIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA REFORMA DE LA LOPJM

El Preámbulo de Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, presenta en su apartado segundo, los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. En estas modificaciones se busca principalmente modificar su artículo 2 “para acomodarlo a la doctrina del Comité de derechos del Niño y en concreto a las pautas de su Observación General nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea considerado prioritariamente en todas los asuntos que le conciernen” (Madrigal, 2017, p.15).

Si en el apartado anterior veíamos que el texto inicial de esta ley, reconocía el interés superior del menor como principio general que habría de primar sobre otros intereses legítimos, ahora se define éste desde un contenido triple: como derecho sustantivo, principio general de carácter interpretativo y norma de procedimiento.

Su función como derecho sustantivo, supone que el superior interés del menor, habrá de tener una consideración primordial en la toma de decisiones que impliquen al menor (Madrigal, 2017) y en caso de conflicto con otros intereses “sean ponderados para llegar a una solución” (LOPJM, EM II).

En su dimensión de principio general obliga a que “si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor” (LOPJM, EM II).

Finalmente, como norma de procedimiento, se han de respetar todas las garantías en el proceso de adopción de decisiones que afecten a los niños, que “debe incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño o niños afectados” (Madrigal, 2017, p19). Además, como indica Núñez Zorrilla, se exige que el interés superior del menor sea tomado en consideración en toda medida a imponer, “admitiéndose que las medidas se fijen en atención al interés del menor con independencia de lo pedido por las partes” (Núñez, 2016, p.125). La autora es tajante en

este punto, pues considera que “si no se sigue el procedimiento, se viola el derecho y se podrá recurrir ante el Juzgado” (Núñez, 2016, p.2015).

Y todo ello porque “en estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral” (LOPJM, EM II). Apuntar que nos llama la atención esta última línea expuesta, pues parece que aglutina las dos posturas doctrinales identificadas hasta 2015⁷.

Respecto a esta triple consideración, deberemos detenernos en la intervención de Montesinos de Miguel, en la sesión núm. 35 de la tramitación de esta ley, donde se destaca que:

Este compromiso lo que ha logrado es que seamos el primer país del mundo que incluya por primera vez el interés superior del menor como derecho sustantivo y como norma de procedimiento. Vamos a ser los primeros, después de una recomendación de Naciones Unidas, en reconocer los derechos y los deberes de los menores, así como que se adoptan una serie de medidas fundamentales que ya han destacado mis compañeras, por lo que no me voy a detener en ellas. (Aplausos). (p.14)

En esta misma línea para Martínez (2020), el principal éxito de esta reforma, será el reconocimiento del interés superior del menor como derecho fundamental y regulación por Ley Orgánica que “coloca a este derecho en el lugar privilegiado que le corresponde” (RB- 6-11). Núñez (2016), reconoce la especial situación de vulnerabilidad de los niños en la defensa de sus intereses y por ello reconoce la importancia de que el superior interés del menor sea una consideración primordial. Para la autora la reforma del artículo 2 de la LOPJM, refuerza “el derecho del menor a que su interés sea prioritario, dotándolo además de unos perfiles que ayudan a concretar su contenido” (Núñez, 2016, p.124) y promueve la observancia de este principio por parte de los sujetos y órganos encargados de la protección del menor.

⁷ Recordar que veíamos una corriente que defendía el interés superior del menor como la maximización de los derechos del menor. Otra postura era la que identificaba la finalidad del interés superior del menor, como principio que justificase una medida con fin educativo y permitiese el libre desarrollo de su personalidad.

Para ello el preámbulo de la LOPJM 8/2015, apunta que este interés habrá de determinarse en cada caso, pero siguiendo “criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador” (I) aplicados según las circunstancias de cada caso. Asimismo, se refiere a la necesidad de motivar esta determinación en cada decisión para controlar si ha “sido correcta o no la aplicación del principio” (II).

Pues bien, una vez conocemos los fundamentos que impulsan la reforma del concepto del Interior del Menor, consideramos necesario conocer cómo queda definido éste, a partir del 2015. Antes de su exposición, creemos conveniente alertar de la longitud del nuevo artículo 2 del la LOPJM que queda “resumido” como sigue:

Artículo 2. Interés superior del menor.

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

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

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez,

desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

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

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.

2. INFLUENCIA DE LA OBSERVACIÓN GENERAL NO.14 SOBRE EL DERECHO DEL NIÑO A QUE SU INTERÉS SUPERIOR SEA UNA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL.

La propia LO 8/2015, encargada de la reforma del sistema de protección jurídica del menor, realiza una referencia a la Observación General nº14 realizada por el Comité de los derechos del Niño y dedicada exclusivamente al interés superior del menor. Con el objetivo de esclarecer qué se va a considerar como interés superior del menor a partir de la LO 8/ 2015, creemos conveniente realizar un análisis sobre esta Observación General como principal influencia en la reforma de la LO 8/2015.

Como ya hemos señalado, la principal novedad que trae la Observación General nº 14 y que replica la LO 8/2015, es la consideración del interés superior del menor desde su triple dimensión como derecho sustantivo, principio general interpretativo y norma de procedimiento (Martínez, 2020), siendo necesaria la reforma de la legislación española para acabar con la indeterminación en torno a este principio a partir de esta Observación General (Núñez, 2016).

Igualmente, señala Martínez (2020) que la Observación 14, establece una serie de criterios generales para la determinación del interés superior del menor, que se habrá de realizar caso por caso atendiendo a las circunstancias personales de cada niño. Para su determinación, se ha de tener en cuenta los siguientes criterios:

- “La opinión del niño” (RB-6.5)

- “La identidad del niño” (RB-6.5)
- “La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones” (RB-6.5)
- “Cuidado, protección y seguridad del niño” (RB-6.5)
- “Situación de vulnerabilidad” (RB-6.5)
- “El derecho del niño a la salud” (RB-6.5)
- “El derecho del niño a la educación” (RB-6.5)

Asimismo, se establecen una serie de elementos para realizar una ponderación de dichos factores Martínez (2020). La Observación General nº14, no nos da una lista sobre los elementos de ponderación, como sí lo hace el artículo 2 de la LO 8/2015. Es por ello que a partir de la segunda parte del apartado V de la Observación 14 podríamos sintetizar dichos elementos, de la siguiente forma:

- “Tipo de decisión y las circunstancias concretas, al igual que la importancia de cada elemento en la evaluación general” (OG 14, párr. 80).
- En caso de que entren en conflicto varios elementos que se han de respetar en la determinación del interés superior del menor se habrá de “ponderar los elementos entre sí para determinar la solución que atienda mejor al interés superior del niño o los niños” (OG 14, párr.81).
- En esta ponderación de ha de buscar “el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos, y el desarrollo holístico del niño” (OG 14, párr.82).
- En caso de que por motivos de protección del menor se haya de limitar sus derechos, dicha limitación se habrá de realizar “en relación con medidas de “empoderamiento” (que implican el ejercicio pleno de los derechos sin restricciones)” (OG 14, párr.83). En estos casos, se ha de prestar especial atención a la edad y madurez del menor, donde “debe tenerse en cuenta el desarrollo físico, emocional, cognitivo y social del niño para evaluar su nivel de madurez” (OG 14, párr.83).
- Evaluar el impacto de la medida en el desarrollo del menor y alejarnos de medidas firmes sin posibilidad de modificar en función del desarrollo del menor.

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 (OG 14, párr.84).

Con ello se busca llegar a un equilibrio entre “protección” y “empoderamiento” del niño en sus derechos en función de su edad, grado de madurez, carácter evolutivo de sus capacidades y circunstancias concretas del caso” (Martínez, 2020, RB-6.5) y con ello cumplir con el cometido del concepto de interés superior del niño que “es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (Martínez y del Moral, 2017, p.7).

Este esquema es el seguido por el artículo 2 de la LO 8/2015, aunque como señala la autora Martínez García, existen una serie de diferencias entre la Observación 14 y el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, que no se han conseguido justificar (Martínez, 2020, RB-6.11). Entre dichas diferencias, como hemos adelantado, en el apartado tercero del artículo 2 de la LO 8/2015, vemos una lista de elementos que habrán de tenerse en cuenta a la hora de ponderar los distintos criterios para determinar el interés superior del menor.

No obstante, para Núñez (2016), la lista que nos proporciona el artículo 2 de la LOPJM, es una lista no exhaustiva, pues es posible que sea necesario ceñirse a otros factores más acordes a la situación única de cada niño.

De esta forma, en el ordenamiento español, dichos elementos quedan resumidos como sigue:

2.3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

- a) La edad y madurez del menor.
- b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

- c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
- f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

Aquí por tanto, vemos una lista más amplia y que aglutina elementos que para la Obligación General nº14, tienen la consideración de garantías procesales, como es el caso de la percepción del tiempo, y que en nuestra ley aparece como un elemento de ponderación. Como mero apunte, consideramos que esto podría dar lugar a conflictos, en el sentido de que no tiene la consideración de garantía, pasando a ser un elemento de ponderación.

Asimismo, vemos ciertos elementos de difícil concreción, que dada su ambigüedad pueden llevarnos de nuevo al punto de partida de indefinición y escasa concreción del interés superior del menor. Alertada de esta indefinición, Núñez (2016) propone que el legislador “diseñe 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 habituales” (p.128), lo cual apoyamos firmemente.

CAPÍTULO III. LOS PROBLEMAS DE INTEGRACIÓN DEL NUEVO CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

Hasta aquí, hemos realizado el análisis técnico sobre el interés superior del menor y nos hemos aproximado al significado y contenido de este concepto. Gracias a ello, vamos a ver cómo se defiende este principio en el sistema de responsabilidad penal del menor y cómo podremos conciliar el nuevo concepto del interés superior del menor con el sistema de responsabilidad penal del menor español.

1. DEFENSA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA LORPM

Tras el análisis de los antecedentes de esta ley, así como la doctrina escrita en torno a este concepto, hemos elaborado el sentido del interés superior del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del menor (teniendo en cuenta la falta de definición del mismo por la propia ley). Igualmente, insistir que desde la reforma en 2015 de la LOPJM, no ha habido una reforma de la ley penal del menor que acomode su contenido al nuevo concepto del interés superior del menor, por lo que en este apartado trataremos de elaborar una posible armonización. Ahora vamos a ver cómo se realiza la defensa del mismo en nuestro sistema penal de menores.

Como punto de partida, optamos por la corriente doctrinal que defiende la consideración del interés superior del menor, como principio que se ha de tener en cuenta en la toma de decisiones que afecten al menor y sobre todo en las medidas a imponer (Bueno Arús (2001); Cano (2011); (Borás 1994); Sala (2002); Hernández (2015); Paredes (2013)).

Todo ello, porque como defienden algunos autores de esta corriente, el interés superior del menor empieza donde acaban los derechos fundamentales propios de los niños, ya que en nuestro sistema jurídico todo derecho fundamental siempre queda protegido y por tanto, el concepto de superior interés del menor como maximización de los derechos subjetivos del menor carecería de sentido.

En base a ello y del análisis de la LORPM, identificamos que la defensa en el ámbito penal del interés superior del menor se funda en los siguientes puntos:

1. Es un principio que inspira todo el sistema de responsabilidad del menor, y en base al mismo se justifica el carácter sancionador-educativo del sistema (LORPM 1/2005, EM II. 6), “primando sobre otras finalidades del derecho penal de adultos, como puede ser, la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma” (LORPM 1/2005, EM II. 7).
2. A la hora de decidir la medida a imponer el superior interés del menor, ha de primar sobre cualquier otro interés concurrente (Art 6. Real Decreto 1774/2004, Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000).
3. En base al interés superior del menor en la determinación de la medida a imponer, se habrá de prestar especial atención a las circunstancias del menor, más allá de la gravedad del delito (EM II 7). Igualmente dicha medida deberá tener en cuenta el libre desarrollo de la personalidad y la reeducación del menor, por encima de la represión (EM II 6; EM II 7).
4. El interés superior del menor se ha de determinar por el equipo técnico, formado por profesionales del campo de las ciencias sociales, más allá de las ciencias jurídicas (EM I 5.; EM II 7; EM II 12).
5. En aras del interés superior del menor, se exige que el juez encargado de imponer la medida al menor, justifique de forma rigurosa la adecuación de la medida a imponer con el interés superior de cada menor infractor (Art.7.3 LORMP).
6. Igualmente, creemos conveniente añadir que en el texto inicial de la LORPM, se justificaba en base al interés superior del menor la imposibilidad de acción particular, al igualar el interés superior del menor con el interés de la sociedad (EM II 7). No obstante, ello cambió con la reforma de 2003 por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que introdujo, no sin ciertas críticas, la acusación particular dentro del sistema de responsabilidad penal del menor (Art.25).

2. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR Y EL NUEVO CONCEPTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Ahora que tenemos claro el sentido del superior interés del menor desde el punto de vista penal, encontramos ciertas dificultades para conciliar un concepto de interés superior del menor tan amplio y genérico como el que encontramos actualmente en la LOPJM, con los principios propios del Derecho penal de menores.

Como hemos visto, hoy por hoy en la determinación del interés superior del menor, se habrá de atender principalmente a la participación del menor en este procedimiento de determinación de su interés. Esto es palpable en el apartado segundo del artículo 2 de la LO 1/2015, que establece que en la determinación del interés superior del menor se habrá de tener especial consideración a los “los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior”.

Ello implica que la actividad del equipo técnico queda desplazada en este ámbito, quien hasta ahora era el principal encargado de determinar el interés superior del menor en base a las circunstancias que le rodeaban.

Ahora vemos que los criterios a los que atender se multiplican, incluyendo algún que otro criterio difícilmente conciliable con los principios generales del Derecho penal como “la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor” (Art 2.2. b) LOPJM); “En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial” (Art 2.2. c) LOPJM); “La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad” (Art 2.2. c) LOPJM).

Para poder conciliar este nuevo concepto dentro del sistema de responsabilidad penal del menor y llegar a una verdadera consideración del interés superior del menor, creemos conveniente realizar las siguientes modulaciones a la participación del menor en la definición de su propio interés dentro de un procedimiento penal.

En primer lugar, siendo consciente del peligro de crear un sistema que otorgue un excesivo peso al menor en la determinación de su propio interés superior (lo cual en el Derecho penal sería incluso más peligroso al estar ante menores infractores), Madrigal Martínez-Pereda, trata de darnos unos criterios que equilibren estas consideraciones y nos lleven a un sistema más realista.

Como se establece:

No es necesario recordar que con ello no se delega en el menor la decisión sobre su propio interés, lo que sería en general desaconsejable por la insuficiencia de habilidades intelectuales, pero sobre todo volitivas, de los menores y por su falta de experiencia vital y su susceptibilidad a la influencia de otras personas, particularmente, los adultos próximos o de su entorno. Se trata de integrar la consideración de los deseos, opiniones, aspiraciones... del menor en el haz de factores previos y necesarios en la determinación de su interés en el caso concreto, y de hacerlo de forma progresiva en el tiempo y la edad de cada menor. (Madrigal, 2017, p. 27)

Siguiendo esta idea, como hemos señalado anteriormente, pese a que hemos de prestar especial atención a la opinión del propio menor “hay veces que hacer exactamente lo que el niño quiere en cada ocasión, porque a veces un extraño es un mejor juez de los intereses del niño, particularmente a largo plazo” (FAPMI, s.f., párr. 14). Y en esta misma línea la STC 221/2002 de 25 de noviembre, que establece que “el interés del menor no siempre coincide con sus deseos y sentimientos, pero a medida que avanza en edad y madurez el menor, forma parte de su interés el que sean escuchados y analizados esos deseos, sentimientos y opiniones” (Madrigal, 2017, p.19).

Aquí es necesario realizar un apunte, respecto a la madurez del menor, pues el artículo 9 de la LO 8/2015, establece que en cualquier caso se considerará que el menor tendrá la suficiente madurez a partir de los 12 años. Esto implica que desde el punto de vista penal, todo menor infractor se considerará que tiene la suficiente madurez al aplicarse la ley penal de menores a los menores infractores a partir de los 14 años. Por ello, en la determinación del interés del menor en el procedimiento penal, siempre se habrá de atender a los deseos e intereses del menor, lo cual nos resulta difícilmente conciliable con la naturaleza sancionadora-educativa del sistema penal de menores.

Por tanto, si nos encontramos con un concepto que ampara de forma tan tajante las convicciones personales del menor infractor, parece que será muy difícil desde el punto de vista del juez, justificar una medida que trate de corregir estas convicciones, que ahora quedan amparadas por el concepto del superior interés del menor.

En este punto habremos de recuperar la teoría expuesta por Paredes Castañón, ya que vemos en ella, una posible armonización entre el procedimiento penal de menores y el concepto de interés superior, ahora más amplio.

El autor parte de una posición crítica con la literatura de la ley de responsabilidad penal del menor y pone de manifiesto que: “No es posible predicar coherentemente que el «interés del menor» constituya el objetivo primordial de nuestro Derecho Penal de menores. Por el contrario, su objetivo sigue siendo –como el de todo el Derecho Penal– la prevención de delitos” (Paredes, 2013, p.161). Para el autor, por tanto el interés del menor, actuaría como límite a la potestad sancionadora del Estado y como defensa del desarrollo del menor infractor:

Una medida que produzca –tanto en general como en un caso concreto– un efecto completamente anulador de la salud física o mental, la dignidad o cualquier perspectiva de desarrollo personal del menor delincuente sancionado resultará incompatible con el principio del interés del menor. (Paredes, 2013, p.163)

Asimismo, nos propone un modelo de definición del interés superior del menor en el procedimiento penal que incluye la participación del menor, adelantándose al sistema de determinación que nos ha traído la reciente reforma de la LOPJM. Para el autor, en la determinación de la medida a imponer, se habrá de buscar un modelo de vida bueno para cada niño pero sin que ello implique el “adoctrinamiento”, de los menores en función de modelo rígido de vida buena.

Defiende la diversidad de modelos de vida y se aleja del excesivo paternalismo del Estado pues “no es función del Estado la de establecer cuál es la forma de vida buena para los individuos (para ningún individuo); por el contrario, le corresponde únicamente fijar límites infranqueables en el ejercicio de la libertad individual” (Paredes, 2013, p.170).

Como hemos dicho, vemos un gran paralelismo con el modelo actual de definición del interés superior del menor y posible armonización con la finalidad sancionadora del Derecho penal, donde el juez habrá de imponer medidas partiendo de la opinión del propio menor y

Cuando las conclusiones a las que conduciría la toma en consideración de dichas opiniones y de dichas formas de vida resultarían ser: 1.º irracionales (por completamente incoherentes, o de imposible cumplimiento); 2.º contrarias a los intereses básicos del menor; o 3.º frontalmente –y evidentemente– contrarias a los intereses relativos al desarrollo de su personalidad (Paredes, 2013, p.171).

Desde este punto de vista, Madrigal Martínez-Pereda, también defiende que en la determinación del interés superior del menor:

Suele admitirse que por su falta de información y desarrollo intelectual, no sean fiables los criterios del menor en cuestiones de índole racional, pero pueden serlo mucho más en las cuestiones no racionales, emotivas, afectivas, espirituales, tanto o más importantes en su personalidad presente y futura.

Por otra parte, el valor que se condena a opiniones y deseos del menor habrá de depender no sólo de su razonabilidad, sino también de su autenticidad, con depuración de elementos inducidos más o menos espuriamente por adultos, y finalmente, de su conveniencia para el propio menor. (Madrigal, 2017, p. 27)

Igualmente reconoce que:

El resultado de la audiencia del menor no es la vinculación para el juzgador que puede desatenderlo si hay razones suficientes pero como toda resolución y más si es restrictiva, deberá estar suficientemente motivada, y lo que es más importante, sólo encontrará su justificación admisible en el interés superior del niño. (Madrigal, 2017, p. 27)

Sin ánimo de corregir a la autora, pero con el objetivo de completar dicha afirmación para que sea más acorde al sistema de responsabilidad penal del menor, concretaríamos dicha alegación, estableciendo que se habrá de justificar igualmente en atención a las posibilidades de reeducación y reinserción del menor infractor. En línea con esta idea, Cano (2011), defendía firmemente el carácter penal y sancionador de la ley penal de

menores, pero reconociendo el carácter especial de los sujetos a los que se dirige esta ley. Es por ello que justifica la adopción de medidas que impliquen la limitación de los derechos del menor, “incluso con la máxima gravedad al limitar el derecho a la libertad” (Cano 2011, p.8), por el carácter educativo de las mismas.

Otro punto de anclaje para justificar una restricción de derechos debida para el menor infractor, la encontramos en la propia Observación 14, que en la determinación del interés superior del menor, fija que se ha de tener en consideración el “tipo de decisión y las circunstancias concretas, al igual que la importancia de cada elemento en la evaluación general” (OG 14, p. 273). Igualmente, en el artículo 2 de la LOPJM, vemos que establece como elemento de ponderación de los criterios generales de determinación del superior interés del menor:

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. (Art 2.3 d)).

De nuevo, aquí encontramos otra posible justificación de una medida restrictiva de derechos del menor infractor que necesita de un corrector en aras de su interés superior, al dotarle de unas posibilidades de desarrollo en el futuro.

En cualquier caso, como afirman Martínez y del Moral (2017), en los casos en que sea necesario imponer una medida restrictiva de derechos, respetando el superior interés del menor, siempre se habrá de preservar el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad. Por el principio de necesidad, habremos de garantizar que no existe medida menos lesiva para el menor, con la que se pueda alcanzar la finalidad perseguida. Por su parte, el principio de proporcionalidad, exige que haya un equilibrio entre la finalidad perseguida y los medios empleados.

En conclusión, parece que la manera de poder conciliar el nuevo concepto del interés superior del menor desde el punto de vista penal, implicaría partiendo de la defensa proporcionada hasta ahora al interés superior del menor en el ámbito penal (*vid 3.1*), otorgar una mayor participación al menor en la concreción de este interés.

Hasta ahora dicha función se reconocía en exclusiva al equipo técnico, sin realizar ninguna mención a la opinión que pudiera tener el menor. Éste, pasa ahora a ser

protagonista en dicho proceso y por ello insistimos en la importancia de establecer ciertos umbrales, teniendo en consideración su falta de madurez y potencial manipulación, pero sin que ello suponga excluirle de este proceso. Todo ello para que en el proceso penal, haya una verdadera participación del menor y una determinación del interés superior del menor realista. A tal efecto, la opinión del menor, podrá ser tomada en consideración como criterio orientador (Madrigal, 2017), pero adaptándola a la naturaleza sancionadora-educativa del Derecho penal de menores.

En último término, como la propia Observación 14 establece:

El Comité subraya que la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley. (OB 14, párr. 28)

Por tanto, otra vía para proteger el superior interés del menor desde el punto de vista penal así como los derechos de la propia víctima, que parece olvidada en este procedimiento, podría ser la imposición de medidas siguiendo esta recomendación.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Para finalizar el estudio sobre la defensa del interés superior del menor, creemos conveniente realizar un análisis de la jurisprudencia penal de menores. La indeterminación entrono a este concepto ha llevado a que en múltiples ocasiones la consideración del interés superior del menor sea muy vaga y apenas sea motivado en la adopción de medidas que afectan al menor.

Del análisis realizado, vemos efectivamente, una falta de consideración del interés superior del menor como criterio de decisión de la medida a imponer. Ello, porque en las sentencias se deja de lado la toma en consideración de las condiciones que rodean al menor, perspectivas del futuro u opinión del menor.

Vemos la inclusión de la siguiente clausula, en varias de ellas, donde lo que podemos ver es una mera mención de interés del menor cuando se hace referencia al artículo 7.3 LORPM, sin entrar a valorar cual es el interés superior de cada menor:

De estos preceptos de la LORPM se desprende el carácter esencialmente educativo de las medidas que se imponen en esta jurisdicción, en la que prima el interés superior del menor y la necesidad de conseguir a través de ellas la resocialización de los menores mediante una intervención educativa de especial intensidad que va dirigida precisamente a incidir en aquellos aspectos de la personalidad y entorno del menor que se han revelado como condicionantes de la comisión del delito. Ahora bien, como señala expresamente la Exposición de Motivos de la LO 8/06 de 4 de diciembre de modificación de la LO 5/2000 de 12 de enero, el interés superior del menor es perfectamente compatible con el objetivo de conseguir una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido. No puede entenderse que el interés superior del menor es no sólo superior, sino también único y excluyente de otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional. (Sentencia del Juzgado de Menores. NUM.1 DE LLEIDA, num.118/2015, de 30 de septiembre de 2015; Sentencia del Juzgado de Menores. NUM.1 DE LLEIDA, núm. 85/2015, de 3 de Julio de 2015; Sentencia del Juzgado de Menores. NUM.1 DE LLEIDA, núm. 32/2015, de 20 de marzo de 2015; Sentencia del Juzgado de Menores. NUM.1 DE LLEIDA, núm. 123/14, de 10 de septiembre de 2014)

En otras, ni siquiera hay una mención al interés superior del menor (Sentencia del Juzgado de Menores 1 de BARCELONA, núm. 71/2015, de 23 de marzo de 2015; Sentencia del Juzgado de menores 1. BARCELONA, núm. 260/2014, de 1 de diciembre de 2014; Sentencia del Juzgado de menores 1. BARCELONA, núm. 149/2015 de 30 de junio de 2015; Sentencia del Juzgado de menores 1. BARCELONA, núm. 204/2014, de 6 de noviembre de 2014).

En conclusión, vemos una referencia vacía al interés superior del menor, en tanto que solo se toma en consideración cuando se hace referencia al artículo 7.3 LORPM (ya que este es el artículo que obliga a tomar en consideración el interés del menor en la determinación de la medida) pero verdaderamente no se entra en ningún momento a motivar la decisión en función del interés de cada menor.

Es necesario, por tanto, una mayor consideración y motivación sobre el interés superior del menor en la determinación de la medida a imponer, pues actualmente vemos

sentencias que ponen mayor atención en la gravedad del delito y dejan de lado el análisis de las circunstancias sociales y personales que rodean al menor. Asimismo, en las medidas impuestas, predomina el carácter sancionador al carácter educativo, que persigue el sistema de responsabilidad penal del menor erguido sobre el superior interés del menor. En definitiva, vemos sentencias más propias de un Derecho penal de adultos, que de un Derecho penal de menores.

CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES

Para realizar un estudio completo de la defensa del interés superior del menor desde el punto de vista del Derecho penal español, hemos comenzado por realizar investigación de los antecedentes de nuestra ley de responsabilidad penal del menor. Gracias a dicho estudio, conocemos que la primera vez que aparece el interés superior del menor en nuestro ordenamiento, es en la Ley 4/1992 sobre reforma de la ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, que surge a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero. En esta disposición comprobamos que el concepto de interés superior nace con el objetivo de dirigir la actuación del juez penal menor. Posteriormente dicha ley es derogada por nuestra actual ley de responsabilidad penal del menor, donde el interés superior pasa de dirigir la actuación del juez, a convertirse en la piedra angular del sistema de responsabilidad penal del menor pero sin existir aun una definición clara del mismo. Dicha situación, cambia con la reforma de la ley de protección jurídica del menor por la LO 8/2015, que instaura la triple consideración del superior interés del menor como derecho sustantivo; principio general y norma de procedimiento. Debido a esta modificación tratamos de integrar este nuevo concepto con el sistema penal del menor español.

Gracias al estudio integral realizado en torno a la evolución del interés superior del menor y su defensa en el sistema de responsabilidad penal del menor español, hemos podido llegar a las siguientes conclusiones:

1. A lo largo de la historia ha existido una gran indeterminación y controversia en torno al concepto del interés superior del menor. Esta situación ha llevado a una falta de consideración del mismo por parte de las autoridades y consiguiente desprotección del menor.
2. Ante esta indefinición del concepto del interés superior del menor, se ha realizado un análisis doctrinal sobre dicho concepto, identificándose dos corrientes doctrinales. La primera de ellas, defiende que el interés superior del menor va más allá de los derechos subjetivos de los niños y propugna que el interés superior del menor, funciona como principio que se ha de tener en

cuenta en todas las decisiones que afecten al menor y especialmente en la medida a imponer. En este sentido, propugnan que esta medida debe perseguir la reeducación del menor, primando la finalidad educativa sobre la sanción y por ende, ha de respetar también, el libre desarrollo de la personalidad del menor.

Finalmente, para la imposición de dicha medida prevén mecanismos que centren su atención en el análisis de las circunstancias que rodean al menor infractor, más allá de la gravedad del hecho cometido y permitan una mayor flexibilidad en cuanto a la modificación de dichas medidas.

Por su parte, la segunda corriente, defiende que el concepto del interés superior del menor, actúa como una figura de protección de los derechos subjetivos de los niños reconocidos en la Convención de los derechos del Niño.

3. Haciéndose eco de esta indeterminación e indefinición del concepto del interés superior del menor, en 2013 el Comité de los derechos del Niño, publica la Observación N° 14, dedicada en exclusiva al interés superior del menor. En base a esta, se lleva a cabo la reforma de la Ley de protección jurídica del Menor mediante la LO 8/2015.
4. La LO 8/2015, introduce en su artículo segundo, por primera vez en nuestra legislación, un artículo dedicado en exclusiva a definir el interés superior del menor. Esta ley modificará el artículo segundo de la LOPJM, que se limitaba a reconocer la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo así como la consideración del interés como principio general. A partir de la reforma de 2015, aparece el interés superior del menor en su triple dimensión: como principio, norma sustantiva y norma de procedimiento, e introduce una serie de criterios generales para la determinación del interés superior de cada niño.

Esta ley marca un hito en nuestra legislación y afectará al Derecho penal de menores, en tanto que la ley de responsabilidad del menor, reconoce en su artículo primero la aplicación de la LOPJM.

5. Actualmente, nos encontramos con un concepto del interés superior del menor un tanto amplio desde el punto de vista penal y por ello va a necesitar de unos criterios de determinación más estrictos.

En este sentido, tradicionalmente, identificábamos que la defensa del interés superior del menor en el sistema de responsabilidad penal del menor, se articulaba a través del carácter sancionador-educativo del sistema, primando el fin educativo sobre otros fines del Derecho penal de adultos como la prevención general; La toma en consideración de las circunstancias penales del menor infractor a la hora de decidir la determinación de la medida; Intervención de un equipo técnico formado por profesionales de las ciencias de la conducta; Flexibilidad a la hora de modificar las medidas en función de la evolución del menor y obligación del juez de justificar toda imposición de medida en función del superior interés del menor.

Ahora, nos encontramos con un concepto de interés superior del menor que ampara igualmente elementos de difícil conciliación desde el punto de vista penal como: “la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor” (Art. 2 LORPM).

Para no volver a caer en un sistema, que ante un concepto de interés superior del menor difícilmente conciliable dentro del mismo, deje de tomar en consideración dicho interés, proponemos una posible armonización entre el nuevo concepto del interés superior del menor y el sistema de responsabilidad penal del menor. A tal efecto, en la determinación de la medida a imponer, se habrá de partir de la consideración tradicional de interés superior del menor desde el punto de vista penal, pero admitiendo, una mayor participación del menor en la determinación de su propio interés. La opinión y convicciones del menor, guiarán a las autoridades en la determinación de la medida a imponer, conjugándose con la finalidad educativa que se busca en el sistema de responsabilidad penal del menor.

Ello va a llevar a que en muchos casos no se pueda atender totalmente a los deseos, las opiniones o convicciones del niño infractor, que con el actual concepto del interés superior del menor quedan amparadas y que en nuestro caso, puede que sean las que han llevado al menor a delinquir.

6. Finalizamos el estudio de la defensa del superior interés del menor, analizando, la jurisprudencia penal de los Juzgados de Menores. Desafortunadamente, comprobamos una escasa toma en consideración del interés superior del menor en la decisión de la medida a imponer. Vemos sentencias más propias de un Derecho penal de adultos que determinan la medida a imponer en función de la gravedad del hecho cometido y con un carácter predominantemente retributivo en vez de educativo. En las sentencias analizadas, no se entra a valorar en ningún momento las circunstancias personales y sociales que rodean al menor o las posibilidades de desarrollo de su personalidad, como deberían hacer los jueces en aras del interés superior del menor.

CAPÍTULO V. BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Convención sobre los Derechos del Niño. BOE 313 de 31 de diciembre de 1990

Ley orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores. BOE núm. 140 de 11 de junio de 1992

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. BOE núm. 15 de 17/01/1996

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. BOE núm. 11, de 13/01/2000.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional, num 36/1991, de 14 de febrero. BOE. núm. 66, de 18 de marzo de 1991

Sentencia del Juzgado de Menores. NUM.1 DE LLEIDA, núm. 123/14, de 10 de septiembre de 2014 (versión electrónica- CENDOJ. Ref.: 25120530012014100047)

Sentencia del Juzgado de menores 1. BARCELONA, núm. 204/2014, de 6 de noviembre de 2014 (versión electrónica- CENDOJ. Ref.: 08019530012014100051)

Sentencia del Juzgado de menores 1. BARCELONA, núm. 260/2014, de 1 de diciembre de 2014 (versión electrónica- CENDOJ. Ref.: 08019530012014100041)

Sentencia del Juzgado de Menores. NUM.1 DE LLEIDA, núm. 32/2015, de 20 de marzo de 2015 (versión electrónica- CENDOJ. Ref.: 25120530012015100004)

Sentencia del Juzgado de Menores 1 de BARCELONA, núm. 71/2015, de 23 de marzo de 2015 (versión electrónica- CENDOJ. Ref.: 25120530012015100041)

Sentencia del Juzgado de menores 1. BARCELONA, núm. 149/2015 de 30 de junio de 2015 (versión electrónica- CENDOJ. Ref.: 08019530012015100022)

Sentencia del Juzgado de Menores. NUM.1 DE LLEIDA, núm. 85/2015, de 3 de Julio de 2015 (versión electrónica- CENDOJ. Ref.: 25120530012015100022)

Sentencia del Juzgado de Menores. NUM.1 DE LLEIDA, num.118/2015, de 30 de septiembre de 2015 (versión electrónica- CENDOJ. Ref.: 25120530012015100041)

OBRAS DOCTRINALES

Vargas Cabrera, B. (1993). La Ley Orgánica 4/92 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46429>, en febrero de 2021

Bueno Arús, F. (2001). Aspectos sustantivos de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, N° 53, 61-76, ISSN 1889-7045

Sala Donado, C. (2002). *PROCESO PENAL DE MENORES: ESPECIALIDADES DERIVADAS DEL INTERÉS DE LOS MENORES Y OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL* [Tesis doctoral, Universidad de Girona]. Dialnet.
<https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/7683/tcsd.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Freedman, D. (2005). Funciones normativas del interés superior del niño. *Jura Gentium, Rivista Di Filosofia Del Diritto Internazionale E Della Politica Globale*. ISSN 1826-8269

Lázaro González, I. (2010). Notas para una redefinición de la infancia en términos de justicia. *Lección inaugural del curso 2010-2011 Universidad Pontificia Comillas*. Recuperado de: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/31018/Lecci%C3%B3n%20inaugural.pdf?sequence=-1>

Cano Paños, M. Á. (2011). ¿SUPRESIÓN, MANTENIMIENTO O REFORMULACIÓN DEL PENSAMIENTO EDUCATIVO EN EL DERECHO PENAL JUVENIL?

Reflexiones tras diez años de aplicación de la Ley Penal del Menor. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. núm. 13-13, 13:1-13:55. ISSN 1695-0194

Bartolomé Cenzano. J.C. (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español. *Revista Sobre La Infancia Y La Adolescencia*, 46-59. <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2012.1300>

Ravetllat Ballesté, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, 30(2º), 89-108. Recuperado de: <https://revistas.um.es/educatio/article/view/153701/140741>, en mayo de 2021

Garrido Álvarez, R. (2013). El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. *Problema Anuario De Filosofía Y Teoría Del Derecho*, Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872013000100006, en marzo de 2021

Paredes Castañón. J.M. (2013). EL PRINCIPIO DEL «INTERÉS DEL MENOR» EN DERECHO PENAL: UNA VISIÓN CRÍTICA. *REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA*, 3.ª Época, n.º 10 (julio de 2013), 155-186. ISSN 1132-9955

Hernández González, M. V. (2015). Las Medidas Aplicables al Menor Infractor. Un análisis del Artículo 7 de la LORPM. [**Tesis doctoral**, Universidad de Granada]. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=57754>

Núñez Zorrilla, C. (2016). 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. *PERSONA Y DERECHO*. VOL. 73, 117-160. <https://doi.org/10.15581/011.73.117-160>

Madrigal Martínez-Pereda. C. (2017) LA CDN Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, LA SALUD Y LA EDUCACIÓN. Recuperado de: <https://www.fiscal.es/documents/20142/100049/Ponencia++Madrigal+Mart%C3%ADn>

ez-Pereda%2CConsuelo.pdf/80c23c0f-cebc-ef09-cd8a-9a264dafc56a, en febrero de 2021

Martínez C. y del Moral C. (2017). Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño. Recuperado de: https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/26167/18012018_StC_Guia%20para%20la%20evaluacion%20y%20determinacion_A4_para%20imprentaspreads.pdf?sequence=1&isAllowed=y, en febrero de 2021

Santamaría, M. L. (2018). El concepto del Interés Superior del Menor y su Dimensión Constitucional. *Infancia y adolescencia* nº7. Recuperado de: <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/123416/Santamar%20C3%ADa%20-%20El%20concepto%20del%20inter%20superior%20del%20ni%C3%B1o%20y%20su%20dimensi%C3%B3n%20constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, en marzo de 2021

Martínez García C. (2020). *Infancia, pandemia y derechos. : treinta años de la convención sobre derechos del niño en España*. Aranzadi.

Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil. (s.f.). Centro Documental Virtual sobre Prevención del Maltrato Infantil y Adolescente. Recuperado de: <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes.asp>, en abril de 2021

García Hernández, G. (s.f.). *EQUIPO TÉCNICO Y MEDIDAS JUDICIALES*. Recuperado de: <https://www.fiscal.es/documents/20142/276941/Ponencia+Gema+Garc%C3%ADa+Hern%C3%A1ndez.pdf/2c77d13d-c62f-41f7-180e4d30561d0449?version=1.0&t=1562241457143>, en marzo de 2021

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

Congreso de los Diputados. (1991). ENMIENDAS: Reforma Urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Recuperado de: https://www.congreso.es/public_oficiales/L4/CONG/BOCG/A/A_061-05.PDF en marzo de 2021

Congreso de los Diputados. (1993). Sesión Plenaria núm. 36 celebrada el miércoles, 15 de diciembre de 1993. Recuperado from https://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/DS/PL/PL_038.PDF en marzo de 2021

Congreso de los Diputados. (1999). ENMIENDAS Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Recuperado from https://www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/BOCG/A/A_144-10.PDF, en marzo de 2021

Fiscalía General del Estado. (1992). Instrucción 2/1992, de 13 de febrero, sobre la intervención de los Fiscales ante la jurisdicción de menores. Recuperado de: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/INS/INS_02_1992.pdf, en abril de 2021

Senado. (1999). Enmiendas: Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Recuperado de: https://www.congreso.es/public_oficiales/L6/SEN/BOCG/II/II0165B.PDF, en abril de 2021

Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (2013) Observación General No.14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Recuperado de: <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>, en enero de 2021