

El interés superior del menor y la patria potestad: claroscuros en la modificación del sistema de protección jurídica del menor

SUMARIO: 1. Precedentes de la reforma. – 2. Criterio rector de la reforma; la profundización de la tutela del interés superior del menor. 2.1. Introducción. – 2.2. Consecuencias jurídicas derivadas del interés superior del menor como criterio primordial. – 2.2.1. El derecho del menor a relacionarse con sus progenitores. – 2.2.2. El derecho del menor a ser oído y escuchado. – 3. Otra singularidad de la reforma: deberes que no obligan. 4. Claroscuros acerca de la reforma de la capacidad de obrar de los menores. 4.1. Principio general. – 4.2. Adecuación de la capacidad para contratar del menor en el contexto actual. – 4.3. Restricciones a la autonomía de la voluntad del menor. – 5. Situación de la patria potestad en este contexto: el ejercicio de la patria potestad en beneficio del menor.

Over the past years, many legal systems has been amended in order to proclaim the best interests of the child as a primary consideration, inspired by the United Nations Convention on the Rights of the Child. On August 2015, in Spain entered into force the Organic Law 8/2015, 22 July, and the Law 26/2015, 28 July, both modifying the protection system for children and adolescents. The aim of this contribution is to show some of the most important changes in Spanish legislation, which are characterized by the improvement of child protection legislation in contrast with the recognition of their own autonomy and responsibility in accordance with their age and maturity.

1. Precedentes de la reforma.

En la línea de lo establecido por el art. 39.1 de la Constitución Española – en lo sucesivo, CE –, según el cual «los poderes públicos aseguran la protección social, económica,

* Contributo discusso in occasione del Convegno “La famiglia tra principi europei e Costituzione. Il punto sulle riforme”, tenutosi presso l’Università Cà Foscari di Venezia, nelle giornate del 4 e 5 dicembre 2015.

y jurídica de la familia», se ha procedido a la reforma del sistema de protección jurídica del menor, habida cuenta de los cambios sociales que se han producido en las últimas décadas.

Las reformas operadas en la legislación española sobre la protección jurídica del menor tienen su inspiración fundamental en los acuerdos o convenios internacionales referidos a tal cuestión. De este modo, acerca de la patria potestad y de la capacidad de obrar de los menores, se hallan la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, de 20 de noviembre de 1989; el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo, de 25 de enero de 1996; el Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 16 de octubre de 1996; el Reglamento (CE) 2202/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, entre otros. Además, de especial relevancia son las propuestas y observaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas como, por ejemplo, las Observaciones Finales a España, de 3 de noviembre de 2010.

2. Criterio rector de la reforma: la profundización de la tutela del interés superior del menor.

2.1. Introducción.

La necesidad de desarrollar y reforzar «el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario» ha sido el criterio rector en la elaboración de la LO 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia¹. El interés superior del menor se trata de un concepto jurídico indeterminado, el cual se encuentra regulado por el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor – en adelante, LOPJM. A pesar de que se ha intentado dotar de contenido al concepto del interés superior del menor, sigue tratándose de un concepto jurídico indeterminado². No obstante, se reconoce que el interés superior del menor es un derecho sustantivo y, por ello, se trata de un criterio de interpretación e, igualmente, una norma de procedimiento.

¹ Se realiza dicha reforma por medio de dos leyes distintas debido a que algunas de las medidas se refieren a materias cuya regulación se encuentran reservadas a ley orgánica – art. 81.1 CE –, pues son relativas al desarrollo de derechos fundamentales y de libertades públicas – como el derecho a la vida, a la integridad física, el derecho a la libertad o a la seguridad, entre otros.

² Si bien, al tratarse de un principio general y primordial, siempre necesitará de ciertas dosis de abstracción.

De acuerdo con el art. 2.1 LOPJM, «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan»³.

2.2. Consecuencias jurídicas derivadas del interés superior del menor como criterio primordial.

2.2.1. El derecho del menor a relacionarse con sus progenitores.

A través de la reforma recientemente realizada, se ha llevado a cabo una profundización del derecho del menor a relacionarse con sus progenitores y el resto de familiares. A partir de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se dispone en el art. 90 del Código Civil – CC, en lo sucesivo – que en los convenios reguladores, en supuestos de separación o de divorcio, se incluirá, si es necesario, «el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta siempre, el interés de aquéllos».

En cuanto a la comunicación familiar, resulta singular que en la nueva redacción del art. 160 CC se haya previsto que «en caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende las visitas a aquéllos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita»⁴.

En contraste con lo dispuesto por el art. 160 CC, en casos de abandono o maltrato, o bien ante cualquier otra circunstancia de la que se puedan derivar perjuicios para el menor, en el art. 158 CC se prevé que «el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará», entre otras medidas, «la prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, o a otros parientes o a terceras personas establecer contacto por escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático» – art. 158.5º CC. Asimismo, también se podrán adoptar todas las disposiciones que el Juez considere oportunas, «a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas» – art. 158.6º CC.

2.2.2. El derecho del menor a ser oído y escuchado.

El derecho del menor a ser oído y escuchado no se trata de una novedad en nuestro ordenamiento, ya que se reconocía desde bastante tiempo atrás. Sin embargo, este derecho

³ Esta consideración del interés superior del menor es en consonancia con la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y con las observaciones del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.

⁴ Así, se da cumplimiento a lo previsto por el art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño, por el que el menor tiene reconocido el derecho de mantener contacto directo y regular con ambos progenitores, salvo que ello sea contrario a su interés.

a ser oído y escuchado se ha desarrollado, si cabe, aún más. Dice el art. 2.2.b) LOPJM que se tendrán en cuenta «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».

En este sentido, en el art. 156 CC, también recientemente modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, se prevé el supuesto en el que los progenitores no lleguen a un acuerdo en relación a alguna decisión que se refiere al hijo menor de edad. Según el art. 156 CC, «en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos – progenitores – podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre».

Por otro lado, el interés superior del menor es también una norma de procedimiento, de manera que se ha procedido a la modificación de algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil – en adelante, LEC –, a fin de asegurar la tutela efectiva de los derechos e intereses de los menores, respetándose el derecho de éstos a ser oídos en aquellos procedimientos que incidan en sus intereses.

En el art. 780.1 LEC, sobre la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, se ha añadido un párrafo en el que se dice que «los menores tendrán derecho a ser parte y a ser oídos en el proceso conforme a lo establecido por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Ejercitarán sus pretensiones en relación a las resoluciones administrativas que les afecten a través de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de la persona que se designe como su defensor para que les represente».

Teniendo en cuenta que, en numerosas ocasiones, el interés superior del menor se encuentra en contraposición a la de sus progenitores, nos planteamos si sería posible que estas reformas terminasen por abocar a un nuevo perfil de cliente para los abogados. Es decir, el menor de edad como cliente de servicios jurídicos, con capacidad para ser parte y, por tanto, con su propia representación.

3. Otra singularidad de la reforma: los deberes que *no obligan*.

Por la reforma de la LOPJM se entiende que, «desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no sólo titulares de derechos sino también de deberes», si bien no se han previsto consecuencias jurídicas que se deriven de su incumplimiento. Por lo tanto, podemos afirmar que tales deberes tienen un carácter meramente programático. En todo caso, los artículos dedicados a los deberes de los menores son, si acaso, de índole pedagógico e, incluso, moralizante.

Estos deberes se han clasificado según el ámbito al que hagan referencia, y se regulan en los arts. 9 bis a quinquies de la LOPJM. Distinguimos en primer lugar, los «deberes

relativos al ámbito familiar» – art. 9 ter. Así, «los menores deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, con independencia de su sexo». En segundo lugar, sobre los «deberes relativos al ámbito escolar» – art. 9 quáter-, nos encontramos con que los menores «han de tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo». Y, por último, acerca de los «deberes relativos al ámbito social» – art. 9 quinquies –, mencionaremos, por lo llamativo que resulta, que los menores «deben respetar y conocer el medio ambiente y los animales, y colaborar en su conservación dentro de un desarrollo sostenible».

4. Claroscuros acerca de la capacidad de obrar de los menores en la reforma.

4.1. Principio general.

La línea seguida por el legislador con respecto de las modificaciones operadas en relación a la capacidad de obrar de los menores de edad se ve plasmada en el último párrafo del art. 2.1 LOPJM, según el cual, «las limitaciones a la capacidad de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés del menor».

4.2. Adecuación de la capacidad para contratar del menor en el contexto actual.

La capacidad para contratar de los menores de edad se encuentra recogida en el art. 1263 CC. Su reforma se ha realizado en consonancia con el reconocimiento de la autonomía y de la responsabilidad de los menores, ajustándose, por tanto a la realidad existente. Así pues, dice el art. 1263 CC que los menores no emancipados podrán prestar consentimiento válido a «aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus padres, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales».

Para la validez de determinados contratos que celebran habitualmente los menores de edad, de este modo, se dejan atrás justificaciones tales como aquella que sostenía que la validez del contrato procedía de una «declaración de voluntad tácita» de los progenitores que «impide que los contratos puedan considerarse inexistentes»⁵.

⁵ S. RIBELLES DURÁ, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, Vol. II, Madrid, 2003, 128, quien hace referencia al Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991, (Roj: STS 16093/1991), y en la que se dice lo siguiente: «los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y de esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, si

4.3. Restricciones a la autonomía de la voluntad del menor.

En cambio, precisamente, en aras de proteger el interés del menor, han tenido lugar otras reformas que, y sin entrar en juicios de valor, se oponen a esa idea consistente en otorgar una mayor autonomía a los menores de edad, puesto que, más bien, tienen fines proteccionistas. Me refiero a las limitaciones efectuadas con respecto a la capacidad para contraer matrimonio y al consentimiento previo a una intervención médica.

Así pues, los menores no emancipados ya no podrán en ningún caso contraer matrimonio válido por medio de dispensa judicial – art. 46 en relación con el art. 48 CC. Y, por otro lado, en el ámbito sanitario, cuando nos hallemos ante una actuación médica de grave riesgo para la vida o salud del menor emancipado o mayor de dieciséis años, según el criterio facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo – lo cual se recoge en el art. 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

5. Situación actual de la patria potestad: el ejercicio de la patria potestad en beneficio del menor

El art. 5 de la Convención de los Derechos de los Niños ha sido interpretado en el sentido de que «el niño necesitará, para el ejercicio de sus derechos, dirección y orientación apropiada de sus padres o tutores, en consonancia con la evolución de sus facultades, de manera que habrá que ir disminuyendo a medida que vaya creciendo»⁶.

En este sentido, acerca de las excepciones referidas a la representación legal que ostentan los progenitores respecto de sus hijos menores no emancipados, en el art. 162 CC se ha introducido un párrafo según el cual, aunque los menores puedan realizar por sí mismos, de acuerdo con su madurez, actos relativos a los derechos de la personalidad, «los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia». Cuestión conectada a la capacidad para prestar consentimiento previo a una actuación médica de grave riesgo para la vida o salud del menor emancipado o mayor de dieciséis años que ahora corresponde al representante legal de éste.

que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas” (art. 3.1 del Código Civil).

⁶ Extraído del “Estudio de la escucha del interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”, realizado por el Defensor del Pueblo, Madrid, mayo de 2014, p. 10.

Puede consultarse a través del siguiente enlace web: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

Ahora bien, aunque ahora se reconozca parcialmente una mayor autonomía y capacidad del menor, sigue estando prevista la responsabilidad extracontractual de los progenitores respecto de los daños patrimoniales que sus hijos hubieren podido ocasionar, fundamentándose en una culpa *in vigilando* y también en una culpa *in educando* – ex art. 1903 CC⁷. Asimismo, pensemos también en la responsabilidad civil derivada de la comisión de un ilícito penal por parte de un menor de edad, ya que se prevé la responsabilidad solidaria de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho del menor⁸. Sin embargo, fundamentar la responsabilidad de los progenitores por los daños ocasionados por los hijos en base a una culpa *in vigilando* e *in educando* puede resultar cada vez más difícil de justificar cuando la vigilancia sobre los hijos se encuentra limitada por el incremento del nivel de autonomía que éstos van adquiriendo antes de llegar a la mayoría de edad y que, además, así tienen reconocida expresamente por ley. Ya señaló Díez-Picazo, que el art. 1903 CC presume que estamos ante un padre que todo lo controla y que, dada su autoridad en el seno de la familia, «tiene en sus manos los resortes necesarios para que las cosas ocurran o no ocurran»⁹, lo cual se aleja bastante de la realidad actual.

Además, acerca del ejercicio de la patria potestad, a través de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, se procedió a la modificación de lo establecido por el art. 154 CC. En dicho artículo se disponía que los progenitores podían «corregir razonable y moderadamente a sus hijos». No obstante, se procedió a la supresión de la facultad de corrección de los progenitores con motivo del Informe del Comité de los Derechos del Niño, aprobado el 7 de junio de 2002, ya que el Comité entendió de manera errónea – no puede considerarse de otro modo – que, en el ejercicio de esta facultad de corrección, se podría justificar alguna forma de abuso físico o psíquico, es decir, de maltrato, hacia el menor. Sin embargo, la corrección razonable y moderada en ningún caso podía ser causa de justificación de ninguna clase de maltrato, lo cual además vendría a ser una conducta constitutiva de delito¹⁰.

Aunque los progenitores no estén facultados por ley para corregir a sus hijos, en el supuesto de que soliciten la guarda voluntaria del menor, que supone la cesión de la guarda de los hijos a la Entidad Pública, si el menor fuese acogido en un centro habilitado para menores con conducta agresiva y violenta – lo cual, según señala el Preámbulo de la LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Ado-

⁷ Comienza diciendo el art. 1903 CC: «La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda (...)».

⁸ De acuerdo con el art. 61.3 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderá solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos».

⁹ L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad*, en *Ensayos Jurídicos*, Tomo I, Madrid, 2001, 1376.

¹⁰ Arts. 153 y 173 del Código Penal.

lescencia, se da cada vez con más frecuencia –, el personal del centro está facultado para ejercitar una serie de medidas de seguridad, de contención, de aislamiento, así como registros personales y materiales¹¹. En consecuencia, la corrección que pueden llevar a cabo los centros de protección dista mucho de la que los progenitores pueden ejercer sobre sus hijos o, por lo menos, de la que pueden ejercer en base a lo establecido por el art. 154 CC, que es ninguna. Como consuelo, siempre nos quedará el art. 155 CC, según el cual los hijos deben obedecer y respetar a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad. Aunque, siendo realistas, teniendo en cuenta la tendencia que se está siguiendo en este ámbito del Derecho, mejor dejarlo en «por ahora nos queda el art. 155 CC».

En ocasiones, conforme a la observación de Carrasco, parece existir un interés del menor, en oposición a la de los padres, que nos deja ante una situación en la que la sociedad es la que termina asumiendo la competencia de los límites y alcance del interés del menor, de tal manera que se podría llegar al punto en el que el Derecho de Familia pasaría a denominarse *Derecho de la Infancia*¹².

¹¹ Se regula la guarda voluntaria de los menores con problemas de conducta en el art. 172 CC y en los arts. 19 y 25 y siguientes de la LOPJM.

¹² Á. CARRASCO PERERA, *Derecho de Familia, Casos. Reglas. Argumentos*, Madrid, 2006, 27.