

**LA CDN Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. DERECHOS AL LIBRE
DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, LA SALUD Y LA EDUCACIÓN**

**Consuelo Madrigal Martínez-Pereda
FISCAL DE SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO**



**Seminario de Especialización en Menores
Responsabilidad Penal y Protección: Novedades Legislativas
29-31 de marzo de 2017**

Centro de
Estudios
Judiciales

SUMARIO

Tras una introducción general sobre la evolución del reconocimiento e interpretación de los derechos de los niños, se aborda la evolución del concepto de “interés superior del niño” en el ámbito internacional y a la luz de la reforma legal de 2015 para analizar a continuación el derecho al libre desarrollo de la personalidad y, desde la óptica de las funciones de defensa que vienen encomendadas al Ministerio Fiscal en el ámbito de la “protección jurídica de menores de edad”: derecho a ser escuchado, a la salud y la autonomía en el ámbito sanitario y a la educación.

I.- INTRODUCCIÓN; II.- LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LA CONVENCIÓN DE UN de 1989: II. 1 Ideas generales; II.2 El impacto de la CDN; II. 3 La recepción en el ordenamiento español; II.4 Derechos cuya efectividad no depende de los recursos **III.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:** III.1 Ideas generales. III.2 La naturaleza del interés superior; III.3 La determinación del interés superior; III.4 Contribución del menor a la determinación de su propio interés III.5 Control judicial de las decisiones sobre el interés superior, III.6 Actuaciones del Fiscal en defensa del interés superior del menor: cometidos de las Secciones de Menores de las Fiscalías. **IV.- EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD;** **V.-EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO:** V.1 Ideas generales; V.2 La relevancia del consentimiento de las personas menores de edad; **VI.- EL DERECHO A LA SALUD:** V.1 Ideas generales; Vi. 2 El menor en el ámbito sanitario; consentimiento informado de los menores de edad; V.2 Intervenciones médicas con “riesgo grave”. Referencia a los Testigos de Jehová ; **VI.- EL DERECHO A LA EDUCACIÓN** VI.1 Ideas generales; VI.2 Beneficiarios y obligados; VI.3 Carácter progresivo de las intervenciones VI.4 Intervención punitiva; VI.5 “Escuela en casa”; VII.-

Bibliografía.

I.- INTRODUCCIÓN

Lo que llamamos protección jurídica de los menores de edad es un conjunto de materias tradicionalmente dispersas que hasta los años noventa no han sido objeto de tratamiento global en la ley. La regulación y las atribuciones competenciales a distintas instituciones han sido tradicionalmente sectoriales y dispersas.

La protección de los menores de edad ha sido siempre una de las misiones características del Ministerio Público, integrada en su atribución constitucional de defensa de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Así, incluso cuando las decisiones sobre protección de menores desamparados radicaban en los Tribunales Tutelares de Menores, la FGE en la Circular 3/1984, de 25 de junio, sobre *actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores* y en la Instrucción 2/1986, de 25 de noviembre *sobre defensa de menores*, destacaba la facultad y el deber de protección del Fiscal respecto de los menores en situación de desamparo, como una de las enseñanzas competenciales del Ministerio Público.

Tales atribuciones se han ido concretando en este campo por el legislador, e incrementándose desde la reforma del CC operada por Ley 21/1987, pasando por la LO de Protección Jurídica del Menor de 1996 y la profusa normativa autonómica. La presencia del

Fiscal en todos los ámbitos en que se dilucidan las medidas convenientes para la protección de un menor confieren al Ministerio Público una posición ideal para actuar, en su condición de órgano estatal, como elemento de cohesión y coordinación institucional y garantía de la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley en todo el territorio nacional.

Desde 1987¹ todas las competencias en materia de protección de menores se desjudicializaron y se ubicaron en principio en sede administrativa autonómica y local. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero *de protección jurídica del menor* (en adelante, LOPJM) abordó la materia desde la perspectiva de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN) ensayando una perspectiva global.

La Entidad Pública autonómica asume por ministerio de la ley la tutela de los menores desamparados (art. 172 del Código Civil, CC). La actuación tutelar y demás medidas de protección de menores de edad son supervisadas por el Ministerio Fiscal y los Juzgados de Primera Instancia conocen de los recursos y quejas contra la actuación de la Administración.

Pero la actuación del Fiscal no es sólo la de supervisión que le encomienda el art. 174 CC, sino resulta preceptiva en una serie de situaciones: la adopción, acogimientos familiares, demanda de medidas judiciales de protección al amparo del art. 158 CC....

El sistema ha sido profundamente reformado por las Leyes ordinaria 26/2015, de 28 de julio y la LO 8/2015, de 22 de julio, ambas de Reforma y modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

En materia de responsabilidad penal de los menores de edad, fue la propia LO 5/2000 *de responsabilidad penal del menor* (en adelante, LORPM) la que atribuye las competencias a las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales, cuya existencia adquirió entonces rango legal.

Por el contrario, las funciones de protección jurídica han ido asumiéndose progresivamente dentro de la actuación de las Secciones de Menores desde que así lo aconsejara la Instrucción FGE 2/2000, de 27 de diciembre.

El art. 20.3 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF) extiende las competencias del Fiscal de Sala Coordinador de Menores a los ámbitos de reforma y protección de menores. En consonancia con ello, la Instrucción FGE 3/2008, de 30 de julio *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores* consagró definitivamente la asunción por parte de las Secciones de Menores de ambas áreas de actividad.

No se trata de una atribución monopolística de competencias para el despacho de todos los asuntos en que se ventilen intereses de menores. Atendiendo a la diversa configuración y necesidades de organización de las Fiscalías, la Instrucción 3/2008 enumera una serie de atribuciones específicas de las Secciones de Menores sin perjuicio de la necesaria coordinación con las Secciones de Extranjería, Civil, Penal o contencioso-administrativo, pero

¹ Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modificaron determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

admitiendo la eventual asunción de *otras materias análogas o conexas con las anteriores, orientadas a garantizar la efectividad del superior interés del menor.*

La fuerza expansiva de la materia y la creciente conciencia respecto de los derechos de los niños, han provocado una constante ampliación de los ámbitos de actuación del Fiscal en este área, que ya no se limita a la supervisión de las actuaciones administrativas sobre menores en riesgo o desamparo sino se adentra cada día más en la defensa activa de los derechos de los niños, como colectivo vulnerable de la sociedad, en cuyo seno se incluyen colectivos especialmente vulnerables (los niños con discapacidad, las niñas, los menores de edad extranjeros no acompañados...) ²

La citada Instrucción 3/2008 sobre *el Fiscal de Sala coordinador de menores y las Secciones de Menores* enumera los cometidos de las Secciones de Menores de las Fiscalías en materia de protección reconoce que pueden básicamente sintetizarse en dos: la encomienda que el art. 174 CC atribuye al Fiscal en cuanto a la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, y la promoción de las acciones procedentes por violación de derechos fundamentales de menores respecto de los que el ordenamiento jurídico y en especial la LOPJM, reconoce legitimación al Fiscal. Aunque se trata de una enumeración abierta a “...otras materias análogas o conexas con las anteriores, orientadas a garantizar la efectividad del superior interés del menor”, hace referencia especial a:

1) *Las funciones extraprocesales derivadas de la superior vigilancia de las actuaciones de las Entidades Públicas de Protección de Menores (arts. 174 CC y concordantes y 17 y 18 LOPJM).*

2) *Intervención en procesos judiciales relativos a adopciones, acogimientos e impugnaciones de medidas protectoras acordadas por las Entidades Públicas respecto de menores (art. 749.2 LEC 2000).*

3) *Promoción, ya en sede administrativa, ya en sede judicial, de medidas en protección de menores en situación de riesgo o desamparo, entre otras, en supuestos de malos tratos, absentismo escolar, comisión de delitos por menores de 14 años, menores en riesgo por consumo de alcohol u otras sustancias tóxicas, menores utilizados para la mendicidad, etc (art. 174 CC y art. 13.1 LOPJM).*

4) *Promoción de medidas cautelares urgentes conforme al art. 158 CC para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios, como en los supuestos de riesgos de traslados para la práctica de la mutilación genital femenina o de sustracción internacional de menores.*

5) *Protección de los derechos de los menores en supuestos de ensayos clínicos (Real Decreto 223/2004 de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos), y en investigaciones que impliquen procedimientos invasivos sin beneficio directo (art. 20.2 de la Ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación biomédica).*

²Instrucción FGE 1/2009, de 27 de marzo, sobre *la organización de los servicios de protección en las Secciones de Menores* P. 4

6) *Acciones en defensa de los derechos fundamentales de los menores, en especial ante lesiones a la intimidad y propia imagen de menores, ante la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación cuando ésta impida o perjudique el desarrollo integral del menor y ante internamientos de menores en centros psiquiátricos (arts. 4, 7.2 LOPJM y 763.2 LEC 2000).*

7) *Acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita dirigida a menores (art. 5.5 LOPJM).*

8) *Intervención en procesos sobre sustracción internacional de menores (art. 1902 anterior LEC).*

9) *Dotar de efectividad al derecho del menor a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas (art. 10.2 b LOPJM).*

10) *Salvaguarda de los derechos de los menores extranjeros aun cuando no residieran legalmente en España, conforme al art. 10 LOPJM³.*

11) *Adopción de medidas y protocolos tendentes a evitar la victimización secundaria de testigos menores.*

12) *Visitas periódicas a los Centros de Protección de Menores (art. 21.4 LOPJM), inspeccionando las instalaciones, las medidas de seguridad e higiene y entrevistándose reservadamente con los menores que así lo soliciten, promoviendo la corrección de las deficiencias que se observen.*

13) *Supervisión de la situación de los menores que permanezcan con sus madres en Centros Penitenciarios.*

14) *Llevanza del índice de tutelas y los demás registros derivados de sus funciones de protección (art. 23 LOPJM).*

Como se ha apuntado, la postura del Ministerio Público en relación con los derechos de los niños viene determinada por su configuración constitucional (art. 124 CE) como garante de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, en el que se inserta como criterio prioritario la satisfacción del superior interés del menor.

³Instrucción 3/2008, de 31 de julio, sobre *el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores de las Fiscalías*: “En este punto debe hacerse un deslinde respecto de las competencias atribuidas a las Secciones de Extranjería que, conforme a la Instrucción 5/2007, de 18 de julio tienen asignada la función de intervenir, o en su caso, coordinar, supervisar y trasladar las pautas a seguir en los expedientes sobre determinación de edad y repatriación de menores extranjeros no acompañados (arts. 35 LE y 92 RE). Por tanto, en estos ámbitos y en los derivados de los mismos (tratamiento de menores no acompañados a los que pretenda retornarse en frontera a sus países de origen, menores polizones en embarcaciones localizados en territorio nacional etc.), será el Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería y las correspondientes Secciones las que elaboren las pautas de actuación. A tales efectos deberá existir una estrecha colaboración entre unas y otras Secciones.”

En el diseño constitucional el Fiscal representa a la sociedad ante los Tribunales. Es un auténtico abogado, no del Estado, sino de la Sociedad⁴. Ello no es una mera superación del Estado liberal, sino una manifestación clara de la configuración del Estado social y democrático de Derecho. El Fiscal, por mandato constitucional, ha de asumir ante los Jueces y Tribunales la representación y defensa de esos intereses sociales que, sin residenciarse en una persona en concreto, afectan a toda la sociedad. Este papel, ajeno al ámbito penal, hace del Fiscal no sólo un defensor de los derechos ante los Tribunales, sino una suerte de puente entre los ciudadanos y los Tribunales de Justicia.

En relación con los derechos y necesidades de los niños, como en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas no sólo entran en juego los intereses particulares de cada uno de ellos, sino el interés público de toda la sociedad en el bienestar de cada niño.

El interés social en la efectividad de los derechos fundamentales como de los derechos de los niños es tan vivo que la defensa de unos y otros, aunque se trate de derechos individuales exige la presencia del Fiscal apoyando la posición del ciudadano afectado, en defensa objetiva de la legalidad y el interés social.

Estas atribuciones del Fiscal no son un añadido extraño y ajeno a sus tradicionales misiones en el ámbito punitivo: en todas el Fiscal ha de actuar guiado por la defensa apasionada de los intereses sociales tal y como quedan dibujados en la legislación constitucional⁵.

Este aspecto de la figura del Fiscal ha sido objeto de reciente pronunciamiento del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación (2012)11 de 19 de septiembre de 2012, sobre *el papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal*, cuyo punto primero señala cómo la función del Ministerio fiscal en ámbitos ajenos al de la Justicia Penal, “abarca la representación y defensa del interés público y general, la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y la defensa del principio de legalidad”.⁶

Por ello, en el punto 4 del mismo instrumento, se indica que en otros ámbitos, “al igual que en el ámbito de la Justicia Penal, el Ministerio Público debe ejercitar sus funciones de acuerdo con el principio de legalidad, con criterios de objetividad, justicia e imparcialidad”.

En la misma línea, el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos firmó en Roma el 16 de febrero de 2014 la Carta de Roma, un instrumento en el que se marcan las líneas maestras de lo que debe ser el Ministerio Fiscal, se subrayan sus funciones de defensa social y se enfatiza el papel del Fiscal fuera del ámbito penal, sujetando siempre su actuación a los principios de legalidad y equidad, para lo que ha de contar con medios personales y materiales adecuados.

⁴ DEL MORAL GARCIA, Antonio en *El Ministerio Fiscal y el absentismo escolar* en Jornadas sobre Menores en Edad Escolar: Conflictos y oportunidades”. Conselleria de Educació del Govern des Illes Balears y Fiscalía del TSJ Balears.

⁵ DEL MORAL GARCÍA. A. Obra citada.

⁶ **Recomendación CM/Rec(2012)11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal** (Adoptada por el Comité de Ministros el 19 de septiembre de 2012) 151ª sesión Ministros Delegados)

II.- LA CONVENCIÓN DE 1989 Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

II.- 1 IDEAS GENERALES

La atención sobre los niños surge a fines del s. XIX como reacción a los excesos y la explotación infantil que acompañaron a la revolución industrial. Se trata de un proceso largo cuyos orígenes podemos encontrar en el descubrimiento que el siglo XVIII hace de la infancia a través de las obras y de las ideas de educación de Rousseau, o la poesía que William Blake dedica a los niños trabajadores (*El pastor o el deshollinador* de *Cantos de inocencia* de 1789). Este descubrimiento encuentra una difusión masiva con las populares novelas de Dickens sobre la infancia maltratada, trabajadora o explotada, pero la revalorización social y jurídica de la infancia es posterior y se producirá a lo largo del siglo XX. En cierto sentido acertó en 1909 la feminista norteamericana Ellen Key, al publicar su libro *El siglo de los niños*. Pero quizá el factor determinante, hayan sido los descubrimientos de Freud y la psicología evolutiva sobre la identidad de los niños y la importancia de los primeros años en la vida de las personas.

En EEUU el movimiento por los derechos de los niños surgió ligado al *Orphan train*, del que recibió también su nombre, una suerte de experimento social basado en el traslado de niños sin familia desde Nueva York y otras ciudades del Este para el trabajo y la repoblación del Oeste.

Aunque la idea y las iniciativas particulares o privadas fueron anteriores, la primera declaración sistemática de los derechos de los niños de Naciones Unidas, se realizó en Ginebra el 26 de diciembre de 1924.⁷

Con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se consideraron inicialmente garantizados los derechos de los niños, en tanto personas. Pero el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para los niños (UNICEF) subrayó pronto la necesidad de una declaración específica con miras a las particulares necesidades de los niños, iniciativa que fraguó en la Declaración de 20 de noviembre de 1959.

Ya en 1975 este texto se consideró insuficiente, en 1978, el Gobierno de Polonia propuso a UN un proyecto y se inició el largo debate que culminó con la CDN actual. Tras 10 años de negociaciones con gobiernos, líderes religiosos y de opinión, ONGs e instituciones, la Asamblea General aprobó el texto el 20 de noviembre de 1989. El 2 de septiembre de 1990 entró en vigor el texto internacional que más adhesiones ha logrado en la historia⁸, y también el que ha propiciado más factores positivos de cambio. Esto no obedece tanto a su carácter directamente vinculante, como a los ideales de justicia que incorpora y a su capacidad para involucrar personas, entidades y comunidades en relación con los derechos de los niños.

II.- 2 EL IMPACTO DE LA CDN

No sin las debilidades de las normas internacionales supuso dos importantes novedades:

⁷Redacción dirigida por Eglantyne Jebb, una de las fundadoras de la organización *Save the children*.

⁸ 193 Adhesiones referidas a todos los Estados del mundo con la excepción de Somalia (fundamentalmente por la ausencia de estructura estatal en el país) y EEUU.

1ª no es un texto meramente declarativo de principios, sino directamente vinculante, una vez ratificado por los Estados que lo suscriben (art. 39.4 CE); En sus *Orientaciones Generales* y en su examen de los informes de los Estados Partes, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha subrayado que el principio del interés superior del niño debe incorporarse en los programas y políticas nacionales relacionados con la infancia así como en las actividades parlamentarias y administrativas, a nivel nacional y local, y en especial, los relativos a las asignaciones presupuestarias. De esta manera, la valoración de las repercusiones sobre los niños y la integración de los resultados en las leyes, las políticas y la práctica se convierten en una obligación política de los Estados

2ª El énfasis en los derechos civiles y políticos de los niños. Los trabajos de redacción de la CDN se centraron inicialmente en la consagración y garantía de los derechos relacionados con la vida y la supervivencia, cuyo nivel de garantía en tantos países del planeta era y sigue siendo bajo. Pero al propio tiempo, se abrieron paso, aunque más lentamente, una serie de derechos de carácter activo y voluntario que habilitan la participación de los niños en sus propias vidas y en la transformación de su entorno. La inclusión de estos derechos, antes reservados a los adultos, requirió los casi 11 años de elaboración del texto final y constituye uno de los mayores logros de este instrumento.

Ha quedado demostrado que la protección de los factores de la supervivencia y el fomento de la participación de los niños no son aspectos separados sino complementarios de un mismo proceso.

La primera traducción de la CDN en nuestro ordenamiento la encontramos en la Exposición de Motivos de la LOPJM: "... la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad.

abandona definitivamente las declaraciones tuitivas asumiendo decididamente que el niño es titular de derechos⁹

Pero la CDN no sólo adapta los derechos humanos a las necesidades de los niños, sino efectúa una redefinición de tales derechos, partiendo de la consideración de los niños como agentes sociales y titulares activos de sus propios derechos. Correlativamente, declara las obligaciones de los Estados, agentes sociales, profesores, profesionales de la sanidad y padres de satisfacer y garantizar la efectividad de los derechos de los niños.

Como novedad, la CDN incorpora la obligación de los Estados firmantes de rendir cuentas sobre el nivel de aplicación y cumplimiento ante un comité de 18 expertos de diversas procedencias nacionales, el *Comité de Derechos del Niño de UN*.

a) *La protección de sus derechos fundamentales, particularmente, los vinculados a la personalidad:*

⁹HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR L. ("El niño y los derechos humanos" en "Los derechos de los niños" Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas. Dykinson 2007) sostiene que la Convención termina con aquella concepción del niño como propeietario-no-ciudadano para afirmar una concepción del niño como ciudadano-en-desarrollo" (pag. 27).

- Algunos de estos derechos han sido objeto de particular regulación en relación con sus titulares menores de edad como es el caso del honor, la intimidad y la propia imagen (art. 162.1 CC, art. 3 LO 1/1982, de 5 de mayo y arts. 4 a 8 de la LOPJM: información, libertad ideológica, participación, asociación y reunión, libertad de expresión.).
 - El desarrollo y definición de los derechos fundamentales de los niños ha reportado indirectamente, *una benéfica aportación a la teoría de los derechos humanos de los adultos* que no son ya tanto instrumentos para promover la libertad o autonomía del sujeto, sino instrumentos de bienestar individual o realización personal. Esto ha supuesto una nueva perspectiva en la teoría de los Derechos Humanos en cuyo ámbito se han abierto paso algunos de contenido económico o social y cultural, lo que al propio tiempo ha permitido ligar el fundamento de los derechos humanos con la idea de las necesidades del hombre para desenvolverse como persona.
- b) *La atención al derecho del niño a un bienestar no sólo material y económico*, que se identifica con una noción de felicidad y que incluye elementos afectivos y no racionales, la fruición, el juego y el recreo que son o han de ser elementos esenciales en la vivencia del niño y en el desarrollo de su identidad y personalidad. Así, siguiendo formulaciones de la jurisprudencia anglosajona nuestro TS, hace hincapié en la *“la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo...”*
- La referencia expresa al juego como objeto de derecho del niño en el art. 31 CDN ilustra que se trata de un aspecto del desarrollo de la personalidad en la infancia que incluye actividades que no son controladas por los adultos y que no se cumplen forzosamente con reglas, al menos no con reglas racionales¹⁰. Observación General del Comité de los Derechos 17 (2013) del Niño sobre *el juego, el esparcimiento y las actividades recreativas*
- c) La propuesta de una nueva ética a favor de la infancia que formuló en 1991, James P. Grant, Director general del UNICEF, a la vista del proceso de ratificación masiva de la CDN y la Declaración de 1990 sobre la supervivencia y el desarrollo del niño. La idea clave es que los cambios sociales significativos requieren una previa transformación del clima ético imperante.
- d) *La opción por un modelo de Justicia Juvenil basado en los derechos* o *“modelo de responsabilidad”*, frente a modelos tutelares o de seguridad, y que se caracteriza por el reconocimiento específico de los derechos del menor en sus relaciones con la Administración de Justicia, y se orientan además al aseguramiento de su desarrollo personal bajo el criterio de prevalencia de su superior interés.

II. 3 LA RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Tras la ratificación por España de la CDN el 30 de noviembre de 1990, se inicia en nuestro país una línea de mayor reconocimiento de la condición personal del niño, de su papel en la sociedad y de la necesidad de un mayor protagonismo y participación de niños y jóvenes.

¹⁰MONTAIGNE M.E. “Los juegos de los niños no son tales. Son sus más serias actividades”. *Essais*

Entre las diversas leyes nacionales dictadas en adaptación de los criterios de la CDN, la LPJM de 1996 pretendió una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el CC (desamparo, acogimiento familiar, adopción...) pero haciéndose eco al mismo tiempo de las transformaciones sociales y culturales que habían propiciado el cambio de estatus jurídico del niño, aporta – según su Exposición de Motivos - *un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia*.

Para ello partía ya de la consideración de las personas menores de edad “como sujetos activos, participativos, creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”.

Sobre esta base y reconociendo la titularidad de derechos fundamentales a los menores de edad, matiza algunos de ellos, combinando la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que precisan para ello.

La reforma operada por las dos leyes (ordinaria y orgánica) de 2015 acomoda la normativa a los cambios operados en la sociedad en los últimos 20 años así como a las pautas que ofrece la jurisprudencia y la doctrina del Comité de Derechos del Niño. De esta manera:

- se amplía la regulación del interés superior del niño en el art. 2,
- se mejora y amplían los términos de la regulación del derecho del niño a ser escuchado (art. 9),
- se añade la posibilidad de facilitar a los menores el acceso a mecanismos adecuados y adaptados a sus necesidades para plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas y se refuerza la tutela judicial efectiva con la posibilidad de solicitar asistencia legal y nombramiento de defensor judicial,
- en el nuevo capítulo IV del Título II, se regula por primera vez el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta en los que esté previstas medidas de seguridad y contención o restricción de libertades y derechos. Complemento de ello es la modificación de la LEC para previsión en el nuevo art. 778 bis de un procedimiento ágil, sencillo y detallado para la obtención de autorización judicial, preceptiva, al ingreso de un menor tutelado en centro de protección específico para menores con problemas de conducta.
- Se modifica la regulación y la competencia – antes residenciada en los Juzgados de lo Contencioso-administrativo - para autorizar la entrada en domicilios u otros lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de un menor (art. 778 ter LEC)
- El reconocimiento de los niños que viven en un hogar donde se ejerce violencia sobre la mujer como víctimas de esa misma violencia, fundamenta también la modificación del art. 61 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de *medidas de protección integral contra la violencia de género*, para subrayar la obligación del juez de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento que afectan a los niños que dependen de la mujer sobre la que se ha ejercido violencia; la modificación del art. 65 para ampliar las situaciones objeto de protección en las que los niños pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de violencia; y se mejora la redacción del art. 66, superando la concepción del régimen de visitas que se entiende globalmente como estancias o formas de relación o comunicación con los niños.

II. 4DERECHOS CUYA EFECTIVIDAD NO DEPENDE DE LOS RECURSOS

Si el reconocimiento legal, institucional y social de la condición personal del niño y de su inalienable derecho al desarrollo de su personalidad es uno de los logros civilizatorios del siglo pasado, es porque implica obligaciones para los Estados, pero también responsabilidades para padres, profesores, Jueces y Fiscales, trabajadores sanitarios, científicos, periodistas y para los propios niños.

El proceso, sin embargo y al menos en lo material se ha visto frenado por la crisis económica global que ha frustrado los 8 grandes objetivos que respecto de la infancia se marcó en el año 2000 la Declaración del Milenio, firmada por 147 Jefes de Estado y Gobierno (189 Estados) en la Cumbre del Milenio.

El Comité de los Derechos del Niño, en su informe sobre la situación en España, de fecha 3 de noviembre de 2010, mostraba ya su preocupación ante el hecho de que “casi 1 de 4 niños viva en un hogar cuyos ingresos son inferiores al umbral de la pobreza o corren peligro de serlo, se preste poca atención a la pobreza infantil y no haya una coordinación suficiente de las políticas y estrategias de lucha contra la pobreza infantil en los distintos contextos, lo que hace peligrar el desarrollo de los niños” (Apdo. 52) y recomendaba políticas públicas y en concreto, la elaboración de un Plan Nacional contra la pobreza infantil (Adpo. 53)

En los años 2010-2011 el informe de UNICEF sobre la situación de la infancia en España, situaba a nuestro país en el quinto lugar, tras Rumanía, Bulgaria, Italia y Letonia, como países europeos con mayor riesgo de pobreza infantil. Se constataba también que la dotación de recursos específicos para la infancia se encontraba en nuestro país entre las más bajas de Europa.

Pero en el mes de junio de 2014, UNICEF, Comité Español, publicó su informe *La infancia en España 2014. El valor social de los niños: hacia un Pacto de Estado por la Infancia*. Se subrayaba entonces que, inmediatamente después de Rumanía, España es el país europeo en el que ha crecido más la pobreza infantil y que la brecha de la pobreza entre hogares con niños y sin niños ha pasado de una diferencia de 3.2 puntos porcentuales a 11.5 entre 2004 y 2012.

Aunque los datos de la economía nacional son mejores en 2016, persisten los indicadores de alarma en buena parte del territorio nacional, zonas rurales o despobladas, extrarradio de grandes de ciudades... que interpelan a los poderes públicos y muy en concreto, al Ministerio Fiscal, como garante, por mandato constitucional, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124 CE). Así lo corroboran los informes que para la Memoria Anual de la FGE elaboran los Fiscales Delegados de Menores, en los que dejan patentes las necesidades de la infancia en muchos territorios y la imposibilidad de determinadas administraciones con escasez de recursos para subvenir adecuadamente a todas ellas.

No es posible exagerar la estrecha relación entre pobreza y exclusión social, la mayor vulnerabilidad de los niños a los componentes de la pobreza ni los riesgos de victimización penal y de toda índole asociados a la pobreza infantil.

Sí tendremos que recordar que:

- El art. 9.2 de la CE impone a los poderes públicos la obligación de “promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que dificulten o impidan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida pública, política, cultural y social”.
- El art. 12 de la LOPJM, reformado en 2015, dispone que,
 - “ 1.La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley...
 - ... 2. Los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afecten al desarrollo de los menores”.
- Los recursos que los poderes públicos pueden movilizar para hacer efectivos los derechos no son sólo financieros, aunque lo sean necesariamente, sino también humanos y organizativos.

Es la propia CDN la que proporciona pautas para ello al disponer en su art. 4 las medidas de aplicación de sus propias disposiciones.

Efectivamente, según el art. 4 CDN, los Estados tienen la obligación de adoptar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole” que sean precisas para la aplicación de los derechos reconocidos, y sólo “.. en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de las cooperación internacional”.

Esto supone que se reconoce respecto de los derechos económicos, sociales y culturales la posibilidad de una efectividad progresiva hasta el máximo de los recursos disponibles incluidos los procedentes de la cooperación internacional, pero que la efectividad de los derechos básicos (civiles y políticos) reconocidos en la CDN y por supuesto, en el Capítulo II (arts. 3-10) de la LOPJM, no depende ni puede depender de los recursos.

El interés superior del niño, su derecho a la vida y al desarrollo, a la no discriminación y al respeto por sus opiniones, no son meros principios generales sino derechos en sí mismos aplicables en la decisión de cada asunto que concierna a un niño (Observación General 14 (2013) del Comité de Derechos del Niño sobre *el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.*)

En consonancia con esto, la LOPJM, en su art. 10 señala que “Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas o a través de sus entidades colaboradoras, la información en formato accesible y asistencia adecuada para el ejercicio efectivo de sus derechos” (apdo.1) y en el apartado 2 que:

“Para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede:

- a) *Solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente.*

- b) *Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas*
- c) *Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo o las instituciones autonómicas homólogas...*
- d) *Solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones Públicas.*
- e) *Solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses. En todo caso, el Ministerio Fiscal podrá actuar en defensa de los derechos de los menores.*
- f) *Presentar denuncias individuales al Comité de Derechos del Niño...*

Todo lo anterior plantea la necesidad de articular sistemáticamente las competencias y actuaciones del Ministerio Fiscal ante los poderes públicos y ante los tribunales de Justicia, frente a las situaciones no sólo de vulneración, sino también de grave riesgo para los derechos de los niños, sean o no constitutivas de infracción penal o de otra índole, en tanto que la eficacia defensiva de los derechos se sitúa necesariamente en el doble ámbito de la prevención de conductas contrarias y la represión de vulneraciones.

El MF se ve directamente interpelado por todas y cada una de las situaciones de riesgo o desamparo de menores de edad. Es cierto que las obligaciones de actuación y atención inmediata corresponden a la Administración, y que nuestra función es fundamentalmente de supervisión (art. 174 CC), pero en el ejercicio de tal supervisión, son muchas las iniciativas y actuaciones que el Fiscal puede emprender:

- Puede recordar con carácter general y previo a los poderes públicos territorialmente competentes (Consejerías de Asuntos Sociales de las respectivas CCAA) su obligación –plenamente vigente y más apremiante en tiempos de crisis económica - de desplegar los servicios necesarios para la efectividad de los derechos reconocidos a los niños. Concretamente, su obligación de articular aquellos servicios (sanidad, salud mental, apoyos a la familia, atención a la adolescencia disruptiva....) actualmente inexistentes pese a su reiterada necesidad y demanda en el territorio. En tal sentido bastará recordar las pautas que ofrece la Comisión Europea en su Recomendación de febrero 2013 *Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas*. Este instrumento ofrece un marco para el desarrollo de políticas de lucha contra la pobreza infantil y promoción del bienestar de los niños en torno a tres pilares estratégicos:
 - Acceso de las familias y los niños a los recursos, apoyo positivo de la parentalidad, y garantía de niveles de vida adecuados a los niños mediante apoyos económicos y desgravaciones fiscales a la familia, ayuda a la vivienda. En línea con la Recomendación (2006) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre *políticas de apoyo positivo a la parentalidad*.
 - Acceso a servicios de calidad en materia de salud, salud mental y educación bajo criterios de igualdad y mejora del sistema de protección de la infancia
 - Fomento de la participación de los niños y jóvenes
- Puede dirigir similar recordatorio a la Entidad Pública de Protección, insistiendo en la necesidad de garantizar que la efectividad de los derechos de los niños a la salud, la igualdad,

la educación, la libertad de información y expresión, el respeto a su opinión ... no quede en ningún caso supeditada a la existencia de recursos, pues éstos y *sólo hasta el límite máximo de su disponibilidad*, sólo pueden condicionar limitadamente la efectividad de derechos económicos, sociales y culturales.

- Se dirige también de modo directo y en cada caso concreto de vulneración o riesgo grave para los derechos civiles y políticos de un menor de edad a la Entidad Pública de protección, a fin de que se minimicen o eliminen los factores de riesgo mediante el despliegue y creación en su caso, de cuantos dispositivos sean precisos para poner fin a la lesión o al riesgo. En este aspecto, la actuación del Fiscal debe dirigirse no sólo a la supervisión de la actividad administrativa de protección, sino muy especialmente también a la pasividad de la Administración frente a situaciones objetivas de riesgo.
- Por supuesto y sin perjuicio de lo anterior, el MF debe valorar en cada caso la posibilidad de ejercicio de acciones penales y/o civiles en defensa de los derechos de cada niño afectado, partiendo de la obligación general de denuncia de hechos punibles contra menores de edad e incluso de la responsabilidad penal que pudiera corresponder a las autoridades, funcionarios y profesionales tanto por acción directa como, en su caso, por omisión, en virtud del art. 450 del CP.

Como siempre, esta labor ha de realizarse con parámetros de prudencia y ponderación pero bajo el presupuesto de la inexcusabilidad de los derechos de los niños cuya efectividad que como se ha expuesto, no puede hacerse depender de los recursos (art. 4 CDN).

III.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

III.1 IDEAS GENERALES

La noción jurídica del interés superior del menor surge en la doctrina civil francesa bajo la fórmula “*tout pour l'enfant*”, pero su desarrollo en las últimas décadas proviene de un marco social e ideológico más amplio marcado por el cambio de percepción social de la infancia a que hemos hecho referencia y por una nueva sensibilidad hacia los valores de la persona en general y de la persona en su fase infantil y juvenil¹¹ en particular.

En el ámbito jurídico este proceso general ha derivado en lo que algún autor¹² ha denominado “revalorización del menor en su calidad de *persona*”, en su dimensión jurídica de titular de derechos, y además, como *realidad humana en devenir*, esto es, como persona en formación y precisamente en las etapas decisivas en orden a la definición de su futura identidad.

¹¹ ELLEN KEY “El siglo de los niños” NY 1009.

¹² RESCIGNO, Pietro “I minor tra famiglia e società” Dir. Fam Pers., 1982-1 p 274, citado por RIVERO HERNÁNDEZ Francisco “El interés del menor” Dykinson 2007 pag 37.

Desde la perspectiva internacional son muchos los tratados que lo consignan. Declaración Universal de UN (1948), Pacto IDCyP de NY (1966) y sobre todo, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y la Carta Europea de los Derechos del Niño de(1992).

Consecuentemente, en España se produjo la plasmación normativa del interés del menor en el CC ya de forma explícita (nacionalidad, crisis matrimonial, alimentos, patria potestad, reconocimiento de filiación, guarda y acogimiento, adopción, tutela, guarda de hecho ...), en las leyes administrativas relacionadas con la protección, en la en las leyes de enjuiciamiento civil y criminal, en la LORPM 5/2000 y muy especialmente, en la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor. La reforma de 2015 ha modificado y ampliado el contenido del art. 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 las asuntos que le conciernen*.

En su actual redacción el Art. 2 LOPJM:

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.

En este marco normativo, pese a la constante referencia al interés del menor no ha sido fácil aproximarse al concepto sin partir de la categoría jurídica previa del interés, en la construcción que de ella hizo IHERING sobre bases antropológicas referidas a todos los bienes y valores de la persona. En esta construcción, el interés es una suerte de dependencia previa de la existencia, a la satisfacción o bienestar de la persona y en tal sentido, los intereses son “las condiciones de la vida”. En elaboraciones doctrinales posteriores los intereses revelan la significación que los bienes de la vida, - de nivel consciente y racional o de pulsión inconsciente, (sentimientos y aspiraciones variadas) - tienen para la persona y comportan la tendencia o deseo hacia ellos.

Para RIVERO HERNÁNDEZ esta concepción del interés jurídico es la más adecuada cuando se refiere a un niño, porque es en las primeras fases de la vida humana y la fijación de las estructuras profundas de la personalidad, cuando se detecta la mayor concurrencia de bienes y valores no estrictamente racionales, haciendo que resulte muy compleja la tarea de determinar su significación para el niño, así como el grado de tendencia, deseo y conveniencia de tales bienes y valores en la evolución de su personalidad.

Siendo este interés superior del menor el que está presente en casi todas las normas que se refieren a menores, es fácil percibirlo como algo positivo, pero tampoco es posible obviar la realidad de ciertos riesgos derivados de una invocación indiscriminada, utilitaria¹³, con fines políticos o comerciales (la infancia como pretexto) o de forma tan genérica que pierda

¹³ DOLZ LAGO M.J. “La infancia como pretexto”, artículo publicado en “La voz de Almería” el viernes 18 de abril de 2008.

toda posibilidad de concreción inteligible de su significado. En definitiva, que llegue o pueda llegar a no significar absolutamente nada.

Esto obliga a una pesquisa seria sobre la naturaleza del interés del menor y sobre los medios de determinarlo en cada caso. Se diría que todos sabemos intuitivamente a qué alude esa expresión como si la intuición nos aproximase más fácilmente que la razón y la teoría jurídica a las respuestas. Esa mayor facilidad en la aproximación intuitiva nos alerta de que estamos ante una realidad jurídica teñida de elementos metajurídicos, no-rationales (emociones, sentimientos, percepción particular de la vida o del tiempo...) que la técnica jurídica, racional aunque no exactamente científica, ha de integrar debidamente. Así, la primera eficacia de una aproximación intuitiva al concepto, lejos de tranquilizarnos ha de reactivar todos los resortes racionales para comprenderlo y facilitar su mejor actualización a la situación del menor concreto en una u otra etapa de su vida, y en especial para comprender el modo y manera en que aquellos elementos metajurídicos (prejuicios, convicciones, cultura, auto-referencias, secuelas de la propia experiencia vital ...) operan consciente o inconscientemente en las personas llamadas a decidir el interés del menor que son los padres, tutores, jueces, fiscales u otras autoridades, maestros, personas que necesariamente actúan desde sus experiencias personales y culturales y su particular concepción del mundo y de la vida.

No es preciso analizar profundamente para descubrir “prejuicios” y “tópicos” que operan tanto en lo individual y personal de decisiones concretas como, con mayor alcance, informando los criterios jurídicos y normativos de valoración del interés del menor. Esto es, cómo lo que pudieran ser meras valoraciones personales individuales se convierten en estereotipos sociales y alcanzan una cierta objetividad en su aplicación, al margen de su mayor o menor corrección y conveniencia al caso concreto.

No se trata de calificar de positivos o negativos tales estereotipos, sino de conocer su existencia y actuación, particularmente, la posible pérdida de su vigencia social tras su objetivación y consagración legal. Así por ejemplo, la idea de que es mejor que el niño de corta edad permanezca con su madre pasó de ser un prejuicio social comúnmente aceptado, a criterio legalmente consagrado en el art. 159 del CC en su redacción de 1981 vigente hasta la reforma 11/1990 de 15 de octubre. Hoy la ley no prejuzga dónde está el interés del menor ni qué progenitor debe ejercer la custodia, remitiéndose a la decisión judicial *siempre en beneficio de los hijos*.

III. 2 NATURALEZA JURÍDICA DEL INTERÉS DEL MENOR

A la hora de definir la naturaleza jurídica del interés del menor, se han ofrecido distintos puntos de vista:

Se ha dicho que es un *estándar jurídico*, como lo son la buena fe, el justo precio, la diligencia del buen padre de familia.... Pero no se trata de un criterio ético, aunque esté cargado de referencias ético-sociales, sino jurídico porque opera en el ámbito de relaciones jurídicas (familiares o económicas, de riesgos o vulneración de derechos fundamentales...) con la peculiaridad de afectar a un niño. En todo caso se trata de un estándar muy relativo porque siempre hace referencia a los parámetros personales del niño que difieren

substancialmente de unos a otros sujetos, y además, varían con el curso del tiempo y las circunstancias de un mismo sujeto.

Ese estándar jurídico tiene su plasmación normativa en un concepto jurídico indeterminado. Con ello se alude a una realidad no precisada “a priori” aunque conducente a la solución exacta cuando se trasladada convenientemente a una situación concreta. El traslado se opera a través de juicios de valor o reglas de experiencia¹⁴ que hasta la reforma de 2015 la ley no mencionaba y que ahora se han incorporado, como veremos al propio texto legal en el art. 2 de la LOPJ. Éstas máximas de experiencia, a su vez han de ser objeto de una valoración jurídica desde la óptica que la ley ha querido dar al concepto jurídico indeterminado.

Pero el interés del menor es también un criterio hermenéutico para la interpretación de las normas que lo recogen expresamente y de muchas otras relacionadas, en tanto en cuanto se presenta como criterio de solución de conflictos de intereses en juego. Se ve claramente porque la expresión normativa más frecuente de “superior interés del menor” no sólo proclama valioso el interés del menor sino ordena su prevalencia frente a otros intereses. Cuando el texto legal califica así el interés del menor hay que entender que el comparativo “superior” viene a enfatizar la preponderancia del interés, pero no altera el alcance jurídico implícito en otras expresiones legales en las que no se menciona¹⁵, asumiendo lógicamente que no se trata de una prioridad absoluta y que queda moderada por el principio de proporcionalidad de imprescindible aplicación a todo conflicto de intereses.

Finalmente, son tantas las normas de toda índole que aluden al interés del menor que es inevitable su generalización, esto es, su consagración espontánea como principio general del derecho, enraizado en la CE, cuyo art. 39 menciona la protección integral de los hijos menores de edad y de la infancia¹⁶, como uno de los principios rectores de la acción de los poderes públicos, en el sentido del art. 53.3 CE, esto es, en el de que su reconocimiento, respeto y protección ha de informar la legislación, la práctica judicial y la actuación de aquellos poderes.

En su condición de principio general, el del interés del menor condensa los valores y aspiraciones ideales de la comunidad desarrollando su eficacia en la triple dirección de

- a) información de instituciones (tutela, desamparo, acogimiento, adopción....);
- b) suministro de criterios interpretativos de situaciones y normas y
- c) supletoriedad normativa.

Ahora bien, el art. 39 de la CE no establece un derecho fundamental, sino uno de los principios rectores de la política social y económica, fuera por tanto del art. 53.2 (41 LOTC), de manera que se entendió que su vulneración no permitía el recurso de amparo salvo indirectamente, por la denuncia de un derecho fundamental relacionado o en el que se vea implicado el interés de un menor, o por vía de infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. (Auto TC 28/2001 de 1 de febrero dictado en caso de denegación de un acogimiento familiar preadoptivo). De ahí que el interés del menor haya tenido un valor eminentemente

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*” Civitas 1983 Madrid. Pag. 36

¹⁵ RIVERO HERNÁNDEZ F. Obra citada pag. 75

¹⁶ STC 273/2005 de 27 de octubre

instrumental en la decisión acerca de un derecho fundamental u ordinario, aislado o en conflicto con otros derechos e intereses.

Aún así, desde la perspectiva constitucional de principio rector de la política social y económica, el interés del menor ha operado en un triple ámbito:

En el material: Se ha proyectado hacia el legislador a quien corresponde definir y limitar positiva y negativamente el principio con un mayor o menor alcance cuando vaya a operar en la esfera personal y de sus derechos fundamentales, o en la patrimonial o de sus derechos meramente civiles y patrimoniales. La delimitación se efectúa en el régimen jurídico de las instituciones en las que opera el interés del menor: tutela, adopción, filiación, desamparo, acogimiento... Para el legislador, constituye un límite, en el sentido en que toda norma debe orientarse al mejor desarrollo del interés superior del niño¹⁷. Pero indirectamente, vincula también a cuantas personas se encuentren afectadas por tales instituciones y normas en función de su relación con un menor. También materialmente el principio se dirige a Jueces y Tribunales a quienes corresponde su concreción al caso.

Desde el punto de vista formal el interés superior del menor se traduce en la necesidad de una fundamentación más rigurosa de cualquier medida que lo restrinja o posponga en casos de conflicto con otros intereses

En el ámbito procesal el principio, junto con el resto de normas protectoras del menor, integra una normativa de orden público con diversas consecuencias y manifestaciones concretas como:

- a) La sustitución del principio dispositivo por el cuasi inquisitivo en la mayoría de los procesos civiles y administrativos referidos a menores, con ampliación general de las facultades del juez, por primar la búsqueda de la verdad material.¹⁸
- b) La presencia necesaria del Fiscal en defensa objetiva de la legalidad y el propio interés superior del menor.
- c) La innecesariedad de la reclamación previa en vía administrativa cuando se trata de formular oposición a las resoluciones sobre protección.
- d) La eliminación del formalismo procesal para ampliar las oportunidades de defensa y alegación de los interesados¹⁹, dada la importancia de los intereses en juego y en particular, los del menor

Pero si lo dicho hasta ahora nos presentaba al interés del menor, más allá de su carácter orientador, como una norma jurídica, el Comité de Derechos del Niño en su Observación General nº 14 sobre *el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (art.3.1 CDN) proporciona una interpretación más avanzada y decidida que ha resultado determinante en la nueva redacción que la reforma de 2015 ha dado al art. 2 de la LOPJM.

¹⁷ RODRÍGUEZ PALOMO C. “Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo”. Instituto de Derechos Humanos” Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones. 2004 Pag 33 y

ss

¹⁸ STC 71/2004 de 19 de abril.

¹⁹ STC 75/2005 de 27 de octubre, ya citada, que se apoya en la 187/1996 de 25 de noviembre.

Se entiende que el art. 3.1 de la CDN enuncia uno de los 4 grandes principios (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo - no discriminación - derecho a ser escuchado) en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño. Su naturaleza es triple:

- a) *Derecho sustantivo* de todo niño a que su interés superior sea una consideración primordial en todas las decisiones que conciernan a un niño, a un grupo de niños o a los niños en general.
- b) *Principio interpretativo fundamental*, de modo que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. El marco interpretativo viene establecido por los derechos consagrados en la CDN y sus Protocolos facultativos.
- c) *Norma de Procedimiento* según la cual, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones debe incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño o niños afectados. La evaluación y determinación del interés superior requiere garantías especiales y la motivación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.

III. 3 DETERMINACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR

III. 3 1 Perspectiva general

La dificultad de precisar lo que sea el interés del menor explica que el Grupo de Trabajo que redactó el texto de la Convención de 1989 no ahondara en la definición del concepto y que hasta 2013 el Comité de Derechos del niño no haya propuesto criterios concretos, limitándose a repetir que los principios de la Convención deben aplicarse en cualquier circunstancia, bajo la consideración unitaria e interdependiente de los derechos del niño.

En primer lugar el verdadero interés del menor se esconde tras una maraña de prejuicios, convenciones culturales, visiones del mundo y la persona y depende tanto de las circunstancias geográficas, sociales, culturales, afectivas y económicas de cada menor que forzosamente aparece teñido de relativismo y sujeto a una constante evolución. El Comité insiste por ello en la idea de que los Estados partes no pueden subordinar el interés superior del niño a sus prácticas culturales o utilizar dicha interpretación para negar al niño derechos expresamente consagrados.

En segundo lugar, porque opera precisamente sobre situaciones fácticas de la vida real: crisis familiares, desamparo y riesgo de exclusión social, conductas antisociales o delictivas del menor, riesgos para la vida o la salud... que será preciso definir con precisión para indagar sobre el interés del menor. Cuanto más exhaustiva sea la investigación previa de estos datos y mayor el detalle con que se ofrezcan sus resultados a quienes han de decidir, más segura y acertada será la decisión. Hay que subrayar que el interés del menor no siempre coincide con sus deseos y sentimientos, como señala el TC en su sentencia 221/2002 de 25 de noviembre, 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.

En tercer lugar, porque la determinación de lo que sea el interés del menor se presenta casi siempre en situación de conflicto. Esto exige más aún un pormenorizado conocimiento de las alternativas y opciones reales y de sus consecuencias, para elegir entre ellas y desde la perspectiva actual del niño y no desde la del adulto. En estos casos el interés del menor se integra en el derecho afectado y es al propio tiempo, elemento de un conflicto en el que ha de triunfar el interés más valioso²⁰.

El conflicto de intereses puede surgir entre varios relativos al mismo sujeto menor de edad como el contemplado en los casos de extracción de órganos de un menor para trasplante en beneficio de un hermano. Estos supuestos serían impracticables en nuestro ordenamiento puesto que están prohibidas las extracciones de órganos para trasplantes a menores de edad. Sin embargo, la jurisprudencia americana considera en varios casos conforme al interés del menor, valorado por sus padres con audiencia y conformidad del niño, la extracción de un órgano para trasplante a favor de un hermano en riesgo de muerte, en la idea de que salvar la vida de su hermano, incluso con riesgo o merma de su propia salud, formaba parte del “bienestar psíquico y emocional del menor”, e integraba su superior interés con preferencia a su interés en la integridad física..... En los casos *Huskey v. Harrison* y *Foster v. Harrison*, ambos de 1957 y relativos a hermanos gemelos de 14 años, se trataba de trasplante de un riñón en beneficio de uno de los hermanos. El Tribunal basó la autorización en “interés del propio donante” que por estar muy vinculado afectivamente al enfermo, de no producirse el trasplante, sufriría una “grave impacto emocional”. Particularmente en el caso *Foster v. Harrison* se hace hincapié en la capacidad de discernimiento del donante que pese a contar sólo con 14 años, había recibido información completa sobre la intervención y sus consecuencias en la salud y la había consentido al igual que sus representantes legales.

Aunque existen decisiones de signo contrario en supuestos similares, la misma doctrina se expresa también en el caso, *Hart v. Brown* que autoriza el trasplante de un riñón de una hermana a otra de 7 años, porque impedir ayudar a su hermana, sería para la niña sana un negativo impacto emocional.

Tales decisiones serían completamente imposibles en nuestro derecho interno respecto de menores de 16 años, pero son ilustrativas del particular conflicto de intereses de un mismo menor y de la forma en que ha podido ponderarse tal conflicto.

III. 3. 2 Técnicas legislativas para la determinación del interés del menor

A.- La técnica de la cláusula general, empleada en nuestro ordenamiento hasta la reforma de 2015. El problema es que exige una doble tarea: primero hay que precisar el contenido del interés del menor y luego, comprobar en qué situaciones se da el valor que entraña. En definitiva, esta técnica tiene la ventaja de su generalidad conforme con los valores de justicia y razonabilidad que encarna el principio, pero al primar la importancia de las circunstancias del caso concreto, desplaza el problema de la determinación al momento ulterior de aplicación legal, esto es, del legislador al aplicador al que deja demasiado espacio de actuación con la consiguiente quiebra de la seguridad jurídica que preconiza el art. 9.3 de la CE, particularmente en los casos frecuentes en que son distintas las personas (tutores,

²⁰ DIEZ-PICAZO L. “El principio de protección integral de los hijos” (Tout pour l’enfant)” en La Tutela de los derechos del Menor, I Congreso Nacional de Derecho Civil 1984, Córdoba pag. 130

padres, educadores, fiscales o jueces, a veces más de uno para un mismo caso) las que con un margen tan amplio de decisión y con diferentes criterios personales de valoración por ideología o sensibilidad, van a intervenir en la elección del interés del menor.

B.- Otra técnica recurre, sobre todo en el mundo anglosajón a la concreción del interés según criterios normativos preestablecidos por una selección apriorista de datos, criterios y valoraciones concretas a los que se relaciona con lo que interesa al niño. El catálogo de criterios puede ser más o menos amplio y venir referido a distintos datos: edad, salud, recursos económicos... Cuantos más elementos de concreción aporte una norma más fácil será luego la determinación de sus efectos.

A modo de ejemplo puede observarse la *Children Act* británica de 1989 que impone la adopción de todas las decisiones sobre guarda y custodia en aras del superior interés del menor, aportando la Law Comisión una lista de criterios ya previamente utilizados por los Tribunales y comentados por la doctrina británicos:

- 1.- Los deseos y sentimientos del niño según su edad y discernimiento....
- 2.- Sus necesidades físicas, educativas y emocionales.....
- 4.- Edad, sexo, ambiente o5.- Daños sufridos o riesgos de sufrirlos.
- 7.- El rango de las facultades a disposición del Tribunal como expresión de la regla de la mínima intervención judicial en evitación de otros conflictos añadidos.

Sin embargo el sistema no está tampoco exento de críticas pues la lista no es exhaustiva sino orientativa (podría añadirse el de la situación financiera de la familia) e incluye criterios inapropiados.²¹

Nuestra jurisprudencia, a partir de la célebre STS 565/2009 de 31 de julio, ha optado por la concreción del interés según criterios normativos preestablecidos por una selección apriorista de datos.²²

El actual art. 2.2 de la LOPJM, incorporando pautas y criterios de la citada Observación General nº 14, dice:

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

²¹BROMLEY PM-LOWE, NV, 7ª “Family Law”, citado por Rivero Hernández en la obra citada, pag. 122 reseña las definiciones del Juez Linley en el caso R MacGrath (Infants) 1983 “El bienestar del niño no se mide sólo por dinero ni por confort físico. La palabra bienestar debe ser tomada en el sentido más amplio. El bienestar oral y religioso debe ser tomado en consideración tanto como el bienestar físico. Tampoco deben ser ignorados los vínculos de afecto”. El Juez Hardí Boys de Nueva Zelanda en el caso Walter v. Walter and Harrison: “El bienestar es una palabra omnicomprensiva. Incluye el bienestar material, tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Sin embargo, aunque debe tenerse en cuenta lo material, es cuestión secundaria. Son más importantes la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño”.

²² Siguiendo el ejemplo de la *Children Act* británica de 1989 .

- 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 de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

La mera lectura de tan detallada enumeración de criterios de determinación del concepto jurídico evidencia las dificultades de precisión normativa del concepto. Sin duda por ello, incluso en el ámbito del D^a anglosajón, los mejores criterios proceden de las resoluciones judiciales y no sólo por su reconocido valor de precedente sino por lo atinado de sus elaboraciones.²³

Finalmente, hay que destacar que ninguna interpretación de aquello que pueda constituir el interés superior del niño puede modificar o reemplazar cualquier derecho garantizado legalmente, en particular, ninguno de los consagrados en la CDN²⁴, en cuyo ámbito tiene un carácter subsidiario porque adquiere su significado especial cuando otras disposiciones más específicas no puedan ser aplicadas.

Pero lo que el interés del menor sea para la ley en el aspecto moral, puede ilustrarse a la luz de las propias disposiciones legales dispersas en el resto del ordenamiento jurídico. De ellas se desprende una cierta identificación del interés del niño con:

- La integración familiar: El art. 9. 1 y 3 de la CDN señala que el niño no debe ser separado de sus padres “*excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño*” y que los Estados deben respetar el derecho del niño “*a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular salvo si ello es contrario al interés superior del niño*”.
- La integración cultural y social : Además del art. 31 de la CDN, nuestra CE expresa en el art. 48 que “*los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural*” y en consonancia, el art. 7.1 de la LO 1/96 declara que “*los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa*”.
- La prevención de las situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal (art. 10.2 c) y d) de la LOPJM.

También ilustran lo que puede ser el interés del menor los principios de la actuación administrativa de protección que señala la LOPJM:

- *Principio de atención obligatoria e inmediata* que impone el art. 14 LOPJM a todas las autoridades y servicios públicos.

²³BROMLEY PM-LOWE, NV, 7^a “Family Law”, citado por Rivero Hernández en la obra citada, pag. 122 reseña las definiciones del Juez Linley en el caso R MacGrath (Infants) 1983 “*El bienestar del niño no se mide sólo por dinero ni por confort físico. La palabra bienestar debe ser tomada en el sentido más amplio. El bienestar oral y religioso debe ser tomado en consideración tanto como el bienestar físico. Tampoco deben ser ignorados los vínculos de afecto*”. El Juez Hardí Boys de Nueva Zelanda en el caso Walter v. Walter and Harrison: “*El bienestar es una palabra omnicomprensiva. Incluye el bienestar material, tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Sin embargo, aunque debe tenerse en cuenta lo material, es cuestión secundaria. Son más importantes la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño*”.

²⁴MANUAL PARA LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Ob. Cit. Pag 39.

- *Principio de investigación* de necesidades concretas del menor y para ello, su perfil personal y sus circunstancias concretas.
- *Principio de seguimiento* según el cual, las medidas de protección no finalizan hasta el cese de la situación de riesgo o desamparo, lo que implica un seguimiento y revisión constantes (art. 17 o 23).
- *Principio de colaboración* por el que se procura en todo momento la colaboración del menor y si es posible de su familia en la protección, evitando situaciones de coerción (art. 15),
- *Principio de confidencialidad* por el que las autoridades y personas que por su profesión conozcan el caso, actuarán con la debida reserva (art. 13.3)²⁵
- *Principio de audiencia del menor* en consonancia con el art. 12 de la Convención y el 9 de la LOPJM, y que indica el grado de intervención del menor en la determinación de su propio interés previa a la adopción de cualquier decisión que le afecte.
- *Principios de objetividad, imparcialidad, seguridad jurídica* propios de toda actividad administrativa y que han de regir si cabe más estrictamente en este ámbito, en el que además prima el carácter interdisciplinar en la adopción de las medidas, lo que implica la necesaria participación de especialistas psicólogos, pedagogos...

De todo lo anterior se desprende que la decisión sobre lo que pueda ser en cada caso el interés superior del menor seguirá un esquema de acopio de información sobre el caso concreto y sus circunstancias fácticas, que se conjugarán con los fines perseguidos de protección de bienes y derechos del menor, para, una vez examinadas las posibles alternativas y contrastadas con las máximas de experiencia, elegir el criterio u opción más adecuado al caso, partiendo de la base de que no siempre se puede ofrecer al menor lo mejor, sino la mejor – generalmente, la menos mala - de las alternativas reales posibles.

Precisamente esta expresión, “la menos mala de las alternativas posibles” constituye una formulación menos grata pero realista del “interés del menor” y es desgraciadamente la cruda realidad con la que ha de operar frecuentemente el Fiscal de protección.

III. 3. 3 Contribución del menor a la definición de su propio interés

El desarrollo de la moderna psicología, psiquiatría, pedagogía y otras ciencias afines y sus descubrimientos sobre la persona, es el origen de la trascendencia otorgada actualmente a las posibilidades individuales de configuración de la propia vida. Ello unido a la consideración del niño y joven como una persona en formación lleva a la necesidad de apelar a su propia voluntad y opinión en la tarea de definir lo que sea su interés y su derecho, de los que no puede ser considerado mero sujeto pasivo, sino auténtico titular.

Así, el art. 12 de la CDN garantiza al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, debiéndose tomar debidamente en consideración sus opiniones en función de la edad y madurez que tenga. Este artículo no otorga al niño el derecho a la autodeterminación, pero sí a

²⁵Art. 10 de la Ley 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, regula el deber de secreto del responsable del fichero y de quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos, en consonancia con el art. 37 de la Ley 30/1992 del 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

la participación en la toma de decisiones. Al hacer hincapié en la “evolución de las facultades” del niño, los arts. 5 y 14 de la CDN subrayan también la necesidad de respetar esta evolución en la toma de decisiones.

Esta misma idea aparece en otros puntos de la CDN. Así el art. 9.2 (lugar de residencia en caso de separación de los padres; el art. 21 a) (consentir la adopción con conocimiento de causa de las personas interesadas); el art. 37 (impugnación de su privación de libertad); el art. 40 (desempeñar un papel activo en los procedimientos en que esté imputado, sin que esté obligado por ello ni a prestar testimonio ni a declararse culpable)....

El art. 13 de la CDN consagra el derecho a la libertad de expresión del niño, y a primera vista podría parecer que se refiere básicamente a la misma realidad que el art. 12. Y aunque hay un nexo estrecho entre ambos, el hecho de que se hayan incluido los dos artículos y coexistan de forma autónoma, debe interpretarse en el sentido de que mientras que en el artículo 13 se reconoce de manera general la libertad de expresión, el art. 12 incumbe a todos los casos en los que los asuntos en juego afecten al niño, destacando el derecho del niño no sólo a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas debidamente en cuenta.

El examen de las Observaciones del Comité de Derechos del Niño y en particular de la n° 12, de 20 de julio de 2009, revela el enorme interés en la implantación efectiva de este derecho en todos los ámbitos : en la familia, en la escuela, en las guarderías, en los tribunales y en el sistema de justicia de menores. En la doctrina del Comité la participación del menor a través de sus opiniones, anhelos y aspiraciones en los asuntos de su incumbencia además de la vertiente individual relativa a cada niño concreto y a su derecho concreto a participar en su desarrollo personal, adquiere una dimensión social en el sentido de orientar no sólo la determinación del propio interés del menor en cuestión, sino en general la evolución y el cambio social.

El tema lo ilustra la observación CRC/C/70/ relativa a Noruega en sus párrafos 8 y 9 cuando habla de la importancia de la aportación de los niños y jóvenes a la comunidad de adultos, de tal nivel que ha invertido el proceso tradicional de aprendizaje. Ello se debe – señala el Comité – a varias razones y en Noruega en particular al hecho de que los jóvenes deban dedicar tanto tiempo a su educación que cuando inician su vida laboral o forman familia, son mucho mayores que los representantes de anteriores generaciones y sean ya menos libres y convencionales. Frente a ellos, los niños y jóvenes son más abiertos y aceptan más fácil y rápidamente ideas nuevas. Sirven de antenas que recogen señales demasiado débiles para los adultos (igualdad de sexos, oposición a la violencia y el racismo, medio ambiente, tendencias, música, medios de información) *“Si se tiene en cuenta esta dimensión tal vez sea más importante que nunca asegurar y facilitar la participación en la sociedad de los niños y jóvenes que representan ahora nuevos recursos y son agentes del cambio. La manera como pueden aprovecharse estas posibilidades depende en gran medida de los adultos.”*

Aunque la idea es sugestiva, su desarrollo no pueden obviar la mayor vulnerabilidad de los niños a la influencia manipuladora o interesada de mensajes publicitarios o de la actuación de los medios de comunicación, de forma que la implantación y el aprovechamiento de las posibilidades de los menores y jóvenes en la configuración social dependerá también de los mecanismos de protección sobre ellos y la interacción del contenido de sus derechos.

Pero volviendo a los textos que consagran legalmente la participación activa del menor en la configuración de su propio interés, observaremos que la expresión “tomar en consideración” es más amplia que la mera de oír al menor empleada varias veces en nuestras leyes, refiriéndola a la obligación del Juez o de los padres y profesionales de conocer la opinión y deseos de los menores, en tanto que incluye la audiencia y también la toma en consideración de aquéllos en los asuntos que afecten al menor.

Los menores está sometidos a la voluntad o representación de otros, pero ello no significa que su propia voluntad sea del todo irrelevante, pues tiene protagonismo activo en ciertos supuestos (162.1, 158 y 177 del CC) e indirecto siempre en tanto que la patria potestad ha de ejercerse no sólo en beneficio del menor, sino *de acuerdo con su personalidad*.

Este protagonismo no puede predicarse por igual de todos los menores pues la capacidad de discernimiento es muy diferente en las distintas etapas de la niñez y la adolescencia y también entre unos y otros sujetos. Por ello, la protección y consideración jurídica en general sobre y de unos u otros menores en las diferentes etapas de su infancia y juventud debe variar en función del grado de madurez.

No puede negarse un cierto desfase, - algún autor ha hablado de contradicción²⁶ -, entre la idea de desarrollo evolutivo del menor y la configuración jurídica de la edad y su influencia en el grado de capacidad otorgado. Se reconoce el progresivo pero desigual desarrollo psicológico del niño y al propio tiempo, la seguridad jurídica parece reclamar la fijación de un régimen claro de edades. Así cuando el art. 162.1 del CE reconoce al menor de edad capacidad para el ejercicio de los derechos de la personalidad “*si se tienen las suficientes condiciones de madurez*” fue objeto de numerosas críticas²⁷ por permitir tan amplio margen de arbitrio interpretativo que ha llevado muchas veces a soluciones restrictivas automatizadas.

Frente a ello parece más adecuado partiendo de la total incapacidad del niño de corta edad, establecer un sistema de tramos como sugería DIEZ PICAZO en los que presuponiendo capacidad total, se estableciera el acto o tipos de actos que el niño, adolescente o joven no puede realizar por sí mismo o aquéllos en que su consentimiento es meramente escuchado, de aquellos otros como es el caso de la emancipación a los 16 años en los que resulta preceptivo y vinculante, o las posibilidades de otorgar testamento a partir de los 14 años (663 CC) o de administración los bienes adquiridos con el producto del trabajo o industria del mayor de 16 años (art. 164.3 CC).

En algunos países se ha fijado una edad mínima para el derecho del niño a ser escuchado, pero la CDN no comparte este punto de vista y el Comité señala reiteradamente que los Estados no pueden invocar el interés superior del niño para sustraerse a las obligaciones contraídas en el art. 12 respecto de menores que sea cual fuere su edad, estén “en condiciones de formarse un juicio propio” (*Finlandia* CRC/C/15/ADD132, párrafos 29 y 30).

El art. 12 no obliga al niño a expresar sus opiniones, sino consagra su derecho a expresarlas libremente, sin que exista un sector reservado a la autoridad de los adultos (hogar, la escuela...) donde no tenga cabida la opinión del niño.

²⁶ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR L. Obra citada pag. 31

²⁷ DIEZ PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS A. “Sistema de Derecho Civil” Tomo I 8ª edición Tecnos 1993,

En todo caso, el art. 2 “in fine” de la LO 1/1996 dispone que “*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*” como añade el precepto tras su reforma de 2015.

Todo ello nos habla de la progresiva participación del niño en la determinación de lo que sea su propio interés y en el haz de derechos que expresamente se le reconocen, cuyo ejercicio aparece tan vinculado a ese interés que, como hemos visto, constituye el primero de sus contenidos.

El fundamento jurídico de la progresiva participación del menor en la determinación de su propio interés no es otro que su derecho al libre desarrollo de su personalidad, contenido éste que es también el objeto de su educación.

Si se trata de que los menores lleguen a su edad adulta con las máximas posibilidad de discernir, elaborar y perseguir con autonomía sus propios proyectos vitales, debe proporcionárseles en estadios anteriores un ámbito de discernimiento y voluntad que vaya creciendo, en adecuación a su edad y grado de madurez.

En todo caso, 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.

Las dificultades expuestas para determinar lo que sea el interés del menor y el apuntado el relativismo del concepto, Obligan a concluir que el interés del menor no puede hallarse prescindiendo del menor porque en el caso concreto, reside en él mismo.

Consecuencia de todo ello es la *utilidad y aún necesidad de la audiencia del menor* que encuentra su fundamento en el art. 12 de la CDN y de forma explícita en los arts. 9 de la LOPJM y 92.2 CC. Estos preceptos la configuran como un derecho del niño y un deber para padres, tutores o Juez.

El fundamental problema será el de la importancia que haya de concederse a las opiniones y sentimientos 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. En cualquier caso y frente a posturas más autoritarias que implican la imposición al menor del criterio más conveniente al margen o en contra de su voluntad, van

ganando terreno las tendencias *participativas* para las que la necesaria protección al menor implica la decisión sobre cuándo el niño ha de tener alguna o mayores oportunidades de expresar lo que piensa y siente y, la decisión sobre si tales pensamientos y sentimientos tienen relevancia para decidir sobre el interés del menor en cuestión, lo que en definitiva implica un posicionamiento medio sujeto a modulaciones, en el que se toma en consideración la voluntad del menor no como deseo o capricho, sino en cuanto razonable y relacionada con hechos y causa objetivos. Así, para RIVERO esa voluntad razonada puede ser expresión de sentimientos indicativos de una personalidad e intereses más valiosos que la propia voluntad “per se” y es a una y otros a lo que debe prestarse una mayor atención.

Finalmente, 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.

Concreción ilustrativa de todo lo expuesto se ofrece en el grado de autonomía conferido a los menores de edad en el ejercicio de los derechos de la personalidad en el que se exceptúa la representación legal del menor en cuanto a los actos que éste pueda realizar por sí mismo (art. 162 CC). La participación del menor en decisiones sobre su propio cuerpo y salud serían un ejemplo concreto.

III.- 3. 4 El control judicial de la decisión sobre el interés del menor

No plantea dudas la naturaleza civil de las decisiones atinentes a la situación familiar del menor sean adoptadas por sus padres o tutores, incluso cuando éstos están constituidos en autoridad pública de protección. Incluso en este último caso serán los tribunales civiles los que controlen la legalidad de los actos administrativos de índole civil.

Como es sabido este control en el ámbito de la Protección Jurídica de menores se ha realizado a través de procedimientos de jurisdicción voluntaria (por determinación legal las oposiciones a las declaraciones de riesgo y desamparo, y a los acogimientos) como eventualmente contenciosos. Al margen de no estar suficientemente justificada la dualidad procedimental en nuestro ordenamiento procesal civil, parece más seguro defender el procedimiento contencioso frente al de jurisdicción voluntaria. El TC ha tenido ocasión de examinar por vía de recurso de amparo y sin pronunciarse sobre la mejor conveniencia procesal sí destaca la necesidad de respeto a las garantías procesales mínimas del art. 24 de la CE, y de que se permita la mayor ocasión de alegación a quienes ostenten intereses legítimos en la cuestión.²⁸

Lo decisivo es que sea un órgano jurisdiccional el que controle la adopción de medidas de protección por la Administración, particularmente, el que en la declaración de desamparo o de acogimiento concurrieron los requisitos legales y particularmente, el del interés del menor, frente a otros intereses (padres biológicos, acogedor preadoptivo...

Caso distinto es el de la adopción de otras medidas relativas a menores extranjeros no acompañados como la de su repatriación o no que por ser de índole puramente administrativa, habrá de ser controlada por los tribunales de ese orden quienes igualmente habrán de

²⁸ STC 187/1996 de 25 de noviembre

examinar si se han respetado el interés superior del menor (a su vida y salud, a su reinserción en el ámbito familiar y cultural originario....) frente a otros intereses (del Estado en el control de flujos migratorios por ejemplo), expresando en todo caso, el juicio de ponderación entre los derechos y valores en juego para hacer efectiva la exigencia de proporcionalidad.

Cuestión distinta es la relativa a la motivación que la decisión sobre el interés del menor ha de tener, que varía en función del sujeto que la adopta, y resulta más riguroso y exhaustivo cuando se trata de jueces y tribunales u autoridades institucionales en el ámbito de sus funciones protectoras. Por supuesto, los crecientes márgenes de intervención que la ley atribuye al Fiscal, le obligan a una particular reflexión al respecto, por mucho que en el ámbito de protección no adopte directamente la decisión, por la importancia de sus funciones como defensor objetivo de la legalidad en todo tipo de procedimientos que afecten a menores y específicamente como defensor de los derechos e intereses de éstos.

Sin embargo y fuera de la especial obligación de motivación, la adopción de la decisión, de cualquier decisión sobre el mejor interés del menor debe seguir básicamente el mismo esquema, sean los particulares (padres o tutores) o las instituciones (judiciales o administrativas) quienes la adopten, primando en el mismo la discrecionalidad que supone la elección, pero lejos de la arbitrariedad, proscrita del ordenamiento jurídico por el art. 9.3 CE, y con sujeción siempre al control judicial.



Centro de
Estudios
Jurídicos

III. 3. 5 Intervención del Fiscal en defensa del interés del menor. Cometidos de las Secciones de Menores de las Fiscalías

El papel del Ministerio Fiscal en la protección de los derechos de los menores es fundamental tanto en el ámbito civil de familia, como en el penal respecto de autores o víctimas o testigos menores de edad, como cuando se le obliga a instar de la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor víctima de delitos, (art. 233 CP) o a promover las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar en determinados casos (art. 189.5 CP).

En materia de protección de menores en situaciones de riesgo o desamparo, aunque el protagonismo se atribuye a la Administración, se reservan al Ministerio Público las tareas de supervisión de las actuaciones administrativas de los servicios sociales competentes de cada Comunidad Autónoma (art. 174 CC).

Es sin embargo en materia de exigencia de responsabilidad penal a los menores, donde se atribuyen al Fiscal el mayor número de funciones. El art. 3 EOMF en sus apartados quinto y trigésimo enumera tales cometidos, que no se limitan a la a la dirección de la instrucción y exigencia de la responsabilidad penal, sino incluyen como prioritaria *la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes...* (art. 6 LORPM) y la *garantía en todo momento de la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados* (art. 4 LORPM).

Si el Fiscal es institucionalmente defensor de los derechos de todos los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, lo es en particular de los derechos de los menores y del interés público que en este ámbito se encarna en el superior interés del menor. El art. 3.7 del EOMF – siguiendo la línea de los textos precedentes, encomienda al Ministerio Fiscal la protección de menores y desvalidos, lo que determina su omnipresencia jurisdiccional en los procedimientos relativos a menores. Ya la Instrucción 2/1992, de 13 de febrero sobre intervención del Fiscal en los Procedimientos de Menores, afirmaba que *el Ministerio Fiscal es el único órgano que abarca las dos vertientes del área de menores, lo que le coloca en una situación privilegiada para ponderar el caso concreto en sus justos términos.*

Lógicamente, toda la actuación del Ministerio Público en relación con menores, parte del principio del superior interés del menor, encarnación concreta del interés público tutelado por la ley, cuya defensa le encomienda el art. 124 de la CE. Y ello, tanto en materia de protección (arts. 9, 18, 20 y 21 de la CDN y art. 172.4 CC), como en relación con el sistema de justicia juvenil (arts. 37, 40 y 41 de la CDN y arts. 1 y 7.3 LORPM), aunque en este último ámbito también inspira la intervención del Fiscal la necesidad de preservar los intereses legítimos de las víctimas.

Es importante recalcar que nunca en el ámbito de Reforma de Menores, debe identificarse al Fiscal como órgano represivo, pues es sobre todo, protector de los derechos fundamentales de los menores. Así se expresa la Fiscalía General del Estado ya en la Circular 3/84 y en la Instrucción 2/1992. Este entendimiento no es incompatible con la función del Fiscal tendente a la promoción de la imposición de consecuencias sancionadora-educativas y

a la ratificación de la prevención general como finalidad lícita de las medidas ante delitos de extrema y máxima gravedad.

Pero en todo caso, la guía principal de actuación del Fiscal en materia de menores ha de ser el principio del superior interés del menor, norma de orden público (ATC 28/2001 de 1 de febrero), que debe entenderse desde la consideración preferente del posible beneficio que cualquier actuación concreta pueda propiciar, directa o indirectamente, en relación con la cobertura de las específicas necesidades del menor y la garantía de sus derechos, orientado a su desarrollo armónico y pleno, a la adquisición de su autonomía personal, y a la facilitación de su integración familiar y social.

Precisamente por ello, las Secciones de Menores se configuran en lo posible como unidades especializadas y organizadas, con entidad propia y específicos cometidos, integrada en el organigrama de funcionamiento y servicios de cada Fiscalía, que aglutinan un conjunto de medios personales y materiales que se articulan ante la exigencia de especializar la intervención del Ministerio Fiscal. Tal especialización deriva de la especificidad de la materia sobre la que recae su actuación, que requiere formación y disposición particulares ante los diversos problemas sociales y jurídicos que presenta el menor como ser en formación, tanto cuando entra en conflicto con la Ley penal, como cuando se encuentra en situación de riesgo o desamparo, como cuando ve violados o en riesgo de serlo, sus derechos fundamentales.

Cometidos específicos de los Fiscales de Menores:

Aunque en el EOMF (art. 18,3º,4) se les atribuyen las *funciones y facultades que al Fiscal encomienda la LORPM*, en la mayoría de las Fiscalías, las Secciones de Menores asumen también las competencias en materia de protección y derechos fundamentales de menores, por las importantes vinculaciones de una y otra materia, y la conveniencia tanto de unificar la coordinación con la Entidad Pública competente, como de potenciar el papel de estas Secciones de Fiscalía como referente social en materia de menores dentro del ámbito de actuación del Ministerio Público. Las conexiones existentes entre ambas esferas son, por lo demás, evidentes, tanto en relación con la actuación administrativa respecto de menores infractores que no alcanzan los 14 años como por el hecho innegable de que una parte importante de menores que incurrir en responsabilidad penal se encuentran simultáneamente en situación de riesgo o directamente en desamparo.

Con carácter general, las Secciones de Menores tendrán los siguientes cometidos:

A.- Contacto periódico y reuniones con autoridades autonómicas y provinciales, así como con los mandos policiales y con Asociaciones de Víctimas en este ámbito.

B.- Colaboración y participación precisa con los servicios y entidades, públicas y privadas que tengan como función promover y garantizar los derechos de los menores, como función relacionada con la obligación de colaboración interinstitucional que se impone a los entes, órganos e instituciones públicas y privadas, a fin de proporcionar a los menores en riesgo, desamparo o conflicto social una atención coherente y organizada, que además de facilitar la detección de situaciones de desprotección, permita intervenciones eficaces.

Conviene subrayar el importante papel que la iniciativa social, a través de Organizaciones No Gubernamentales y de Instituciones educativas puede desempeñar en el ámbito de la divulgación, fomento y desarrollo de los derechos de la infancia y la adolescencia, debiendo las Secciones de Menores promover cauces de comunicación con estas entidades para facilitar en estos ámbitos la participación, la consulta y la transmisión de información.

C.- Coordinación con las demás Secciones de la Fiscalía, en especial con la Sección de Extranjería, Medio Ambiente, con la Sección Civil, en la que se dilucidan pretensiones con efectos directos sobre menores y que deben también estar presididas por su superior interés; con la de Violencia de Género; y muy especialmente con la Sección de Vigilancia Penitenciaria,

D.- Remisión los correspondientes testimonios a la autoridad administrativa competente a los efectos legalmente procedentes, cuando de las actuaciones practicadas en Diligencias preprocesales o en expedientes de reforma o de protección se desprendiera la posible comisión de una infracción administrativa relativa a las disposiciones autonómicas sobre atención y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia.

En materia de reformalas competencias pueden sintetizarse del siguiente modo:

1) Remisión en su caso a la entidad pública de protección de menores de testimonio de los particulares que considere precisos respecto a menores de 14 años que hubieren incurrido en una infracción penal, a fin de valorar su situación e igualmente remitir esos mismos testimonios cuando las actuaciones practicadas pongan de relieve la necesidad o conveniencia de adoptar medidas de protección respecto de algún menor (arts. 3 y 53.2 LORPM).

2) Garantía en todo momento la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores, ejercitando en su caso las correspondientes acciones civiles (art. 4 párrafo primero LORPM).

3) Defensa de los derechos de los menores infractores y la observancia de las garantías del procedimiento (art. 6 LORPM).

4) Dirección personalmente la investigación de los hechos dando las órdenes precisas a la Policía Judicial, instruyendo el correspondiente expediente (art. 6 y 16 LORPM).

5) Supervisión de la legalidad de las detenciones de menores practicadas por la Policía (art. 17.1 LORPM).

6) Ejercicio conforme a Derecho el principio de oportunidad y promoción, cuando proceda, de soluciones extrajudiciales (arts. 18, 19 y 27.4 LORPM).

7) Promoción activa de la acumulación de procedimientos conexos (arts. 20.1 LORPM y 17 LECrim)

8) Solicitud de medidas cautelares conforme a los fines constitucional y legalmente previstos y oposición a las indebidamente solicitadas por otras partes (arts. 28 y 29 LORPM).

9) Cuidado de la celeridad en la tramitación del procedimiento, esencial para la consecución de los objetivos educativo-sancionadores previstos por la LORPM (arts. 40 CDN y 10 Pacto Internacional de 19 diciembre 1966 de Derechos Civiles y Políticos).

10) Promoción de la imposición de medidas cuando sea procedente y con salvaguarda del principio del superior interés del menor (art. 7 LORPM).

11) Defensa rigurosa del derecho del menor a la confidencialidad y a la no difusión de sus datos personales o de los datos que obren en el expediente instruido (principios 8 y 21 de las Reglas de Beijing, art. 40 CDN, y art. 35. 2 LORPM).

12) Interposición de los recursos en cada caso procedentes en defensa de la legalidad, de los derechos del menor infractor, de la salvaguarda del superior interés del mismo y de los derechos de víctimas y perjudicados (arts. 41 y 42 LORPM)

13) Promoción de la ejecución de las sentencias y el respeto a la legalidad y a las previsiones reglamentarias durante la misma, implementando cuando sea procedente la aplicación del principio de flexibilidad (arts. 13, 44.1 y 51 LORPM).

14) Visita regular a los centros de internamiento de menores, para control de su adecuación a las disposiciones legales y reglamentarias y el respeto a los derechos de los menores internados, inspeccionando las instalaciones, las medidas de seguridad e higiene y entrevistándose reservadamente con los menores que así lo soliciten, promoviendo la corrección de las deficiencias que se observen (arts. 4.2 EOMF y 56.2 i LORPM).

15) Promoción de la refundición de las medidas impuestas a un mismo menor (arts. 11, 12 y 47 LORPM)

16) Y, en fin, en conexión con las anteriores, las demás funciones previstas en la LORPM y en su Reglamento de ejecución.

En materia de protección y derechos fundamentales los cometidos variados que asume el Fiscal podrían sintetizarse en dos: la encomienda que el art. 174 CC le atribuye en cuanto a la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, y la promoción de las acciones procedentes por violación de derechos fundamentales de menores respecto de los que el ordenamiento jurídico y en especial la LOPJM, reconoce legitimación al Fiscal. En una enumeración más detenida destacan:

1) Las funciones extraprocerales derivadas de la superior vigilancia de las actuaciones de las Entidades Públicas de Protección de Menores (arts. 174 CC y concordantes y 17 y 18 LOPJM).

2) Intervención en procesos judiciales relativos a adopciones, acogimientos e impugnaciones de medidas protectoras acordadas por las Entidades Públicas respecto de menores (art. 749.2 LEC 2000).

3) Promoción, ya en sede administrativa, ya en sede judicial, de medidas en protección de menores en situación de riesgo o desamparo, entre otras, en supuestos de malos tratos, absentismo escolar, comisión de delitos por menores de 14 años, menores en riesgo por consumo de alcohol u otras sustancias tóxicas, menores utilizados para la mendicidad, etc (art. 174 CC y art. 13.1 LOPJM).

El deber de comunicación y denuncia que, respecto de toda situación de riesgo o posible desamparo conocida alcanza a cualquier persona, resulta especialmente exigible al Ministerio Fiscal. La gravedad de las consecuencias que para el menor aparecen ligadas a situaciones de desprotección exige asegurar que la noticia pueda llegar de inmediato a las autoridades a fin de que sea igualmente inmediata la activación del sistema de protección, evitando que la demora en ésta contribuya a dificultar la reparación o a agravar los efectos.

4) Promoción de medidas cautelares urgentes conforme al art. 158 CC para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios, como en los supuestos de riesgos de traslados para la práctica de la mutilación genital femenina o de sustracción internacional de menores.

5) Protección de los derechos de los menores en supuestos en ensayos clínicos (RD 223/2004 de 6 de febrero, *por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos*).

6) Ejercicio de acciones en defensa de los derechos fundamentales de los menores, en especial ante lesiones a la intimidad y propia imagen de menores, ante la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación cuando ésta impida o perjudique el desarrollo integral del menor y ante internamientos de menores en centros psiquiátricos (arts. 4, 7.2 LOPJM y 763.2 LEC 2000).

Aún reconociéndose a los menores capacidades y derechos, debe partirse de que los mismos se encuentran, por su condición de tales, en una situación de debilidad, inferioridad e indefensión, constituyendo por ello un sector de población caracterizado por una especial vulnerabilidad. Este hecho determina, por una parte, la necesidad de dispensarles un *plus* de protección jurídica y, por otra, la obligación del Ministerio Fiscal de asegurar su efectividad. El respeto a la autonomía, libertad y dignidad del menor y la consideración de su participación en la toma de decisiones en función de sus capacidades habrá de ser tenido especialmente.

Habrà en este àmbito de partirse del principio expresado por la Exposición de Motivos de la LOPJM de que *la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos*.

Deberà igualmente tenerse presente que el niño no sólo es sujeto de los derechos que a toda persona, por el hecho de serlo, corresponden, sino que ademàs lo es de aquellos otros derivados de la especial protección que, por su propia situación de dependencia, le es debida.

7) Ejercicio de acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita dirigida a menores (art. 5.5 LOPJM).

8) Intervención en procesos sobre sustracción internacional de menores (art. 1902 anterior LEC).

9) Implantación efectiva del derecho del menor a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas (art. 10.2 b LOPJM).

10) Salvaguarda de los derechos de los menores extranjeros aun cuando no residieran legalmente en España, conforme al art. 10 LOPJM.

11) Promoción de medidas y protocolos tendentes a evitar la victimización secundaria de testigos menores.

12) Visita periódica a los Centros de Protección de Menores (art. 21.4 LOPJM), inspeccionando las instalaciones, las medidas de seguridad e higiene y entrevistándose reservadamente con los menores que así lo soliciten, promoviendo la corrección de las deficiencias que se observen.

13) Supervisión de la situación de los menores que permanezcan con sus madres en Centros Penitenciarios.

14) Llevanza del índice de tutelas y los demás registros derivados de sus funciones de protección (art. 23 LOPJM).

15) Otras materias análogas o conexas con las anteriores, orientadas a garantizar la efectividad del superior interés del menor.



Centro de
Estudios
Jurídicos

IV.-EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

En la concepción del menor como persona en devenir, caracterizada por la futuribilidad, surge su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 y 27.2 de la CE), que el TC define como la “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”, aspecto inherente a la condición personal. En la misma línea, el art. 26 CDN garantiza al niño *el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, espiritual, moral y social* y el art. 29, *el derecho al desarrollo de sus propias aptitudes y a prepararlo para una vida responsable*. Estos términos legales ilustran la consideración instrumental de algunos de los derechos (*developmental rights*) para garantizar los intereses actuales del niño y los del futuro adulto que será.

Pero orientar el interés del menor pensando en su futuro y no sólo en su presente es cuestión no exenta de dificultades entre las que destacan la propia noción de futuro o la particular vivencia que del mismo y del tiempo en general tiene el niño. Es prudente no confundir los derechos e intereses del menor actual con los de la persona adulta que llegará a ser, que pueden ser muy diversos, Es prudente no confundir los derechos e intereses del menor actual con los de la persona adulta que llegará a ser, de forma que la satisfacción de los deseos y anhelos infantiles no frustre las posibilidades o necesidades del futuro adulto pero igualmente, la atención a lo que se supone que será éste no debe frustrar tampoco aquellos anhelos y deseos. La ponderación no siempre será fácil y en este punto las modernas pedagogías tienen mucho que decir incluso en el ámbito jurídico, en el que como referencia mínima ha de prestarse especial consideración al protagonismo que progresivamente el menor pueda tener en la determinación de su propio interés.

Actualmente, ya no es necesario insistir en la reconocida condición personal de los menores de edad, en el reconocimiento y protección de su dignidad, de los derechos inviolables que le son inherentes y del libre desarrollo de su personalidad (arts. 10 y 27.2 CE).

Podría citarse la STS 26/2013, de 5 de febrero (Sala Primera):

El componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada (SSTS del 19 de abril de 1991, 31 de julio de 2009, 565/2009 y 13 de junio de 2011 397/2001). En este ámbito no cabe la representación, del mismo modo que tampoco pueden ser sujetos obligados respecto de derechos de terceros. La adecuación al interés superior del menor, por tanto, se sitúa como el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores, como a su esfera de su futuro desarrollo profesional.

Esta misma sentencia, tratando la nulidad de un precontrato de trabajo futuro de un niño futbolista con un club (por representación de sus padres) y, en concreto, del pacto de cesión de derechos de imagen futura del menor (artista, deportista, jugador de fútbol...) dice:

Se tiene que tener en cuenta que el derecho a la imagen tiene un contenido patrimonial, pero dicho ámbito está íntima e indisolublemente vinculado a su ámbito personal, ya que el derecho a la propia imagen es, en esencia, un derecho a la personalidad, es decir, que dentro del elenco de derechos fundamentales es de aquellos más relevantes y trascendentes ya que tiene por objeto alguno de los aspectos o elementos más esenciales de la persona en sí misma considerada. Por eso, como derecho de la personalidad, es un derecho irrenunciable, inalienable, imprescriptible y podrá ser revocado en todo momento.

Pero compatibilizar la consideración de los intereses futuros del niño con sus necesidades actuales no es tarea sencilla. Descartado el enfoque social que perseguiría la formación ciudadanos eficientes, los intereses del niño deben considerarse desde su propia proyección de futuro. Ello suscita la cuestión del protagonismo creciente que el propio menor debe tener en la determinación de su personalidad y sus intereses.

Según la Exposición de Motivos de la LOPJM:

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección de la infancia en la actualidad.

Desde esta perspectiva, el “derecho de autodeterminación” (STC 154/2002, de 18 de julio) consiste en su actuación directa y progresiva en todo aquello que los menores puedan hacer por sí mismos con arreglo a su edad y capacidad de discernimiento.

En este ámbito, cobran particular relieve el derecho del niño al acceso a la información y a la protección frente a información perjudicial (art. 17 CDN), el derecho a ser escuchado (art. 12), a la libre expresión de sus opiniones (art. 13), a la libertad de conciencia y de religión (art.14), a la libertad de reunión y asociación (art. 15), a la participación en la vida política, social y cultural y artística (art. 31) a la educación (art. 28), al esparcimiento, el juego y el descanso...(art. 31)...

El ejercicio de estos derechos favorece la configuración de la propia vida mediante el uso de la libertad y las opciones personales. Si se tiene en cuenta además que la patria potestad (como la tutela) se ejerce siempre en beneficio de los hijos y *de acuerdo con su personalidad* (art. 154.2 CC), se concluye que los niños, a través de su voluntad y sus opiniones, deben participar progresivamente –en función de su edad y grado de discernimiento- en la determinación de su propio interés en todas las cuestiones que les atañen.

V.- EL DERECHO A SER ESCUCHADO: la audiencia del menor

V. 1 IDEAS GENERALES

El art.12 CDN consagra el derecho de todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchado y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en los asuntos que le conciernan.

Como se ha apuntado, esto no significa plena autodeterminación del niño sino que no existe ningún sector reservado a la autoridad de los padres o de los adultos en el hogar, la escuela u otro ámbito donde se desarrolle la vida del niño, en el que no tenga cabida su opinión. Esta idea se confirma cuando el art. 13.1 CDN consagra el derecho del niño a “*buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo*”.

Pero se impone una distinción: el derecho a la libre expresión de las propias opiniones es un derecho universal que afecta a todos los niños en tanto personas. La restricción en función de la capacidad de formarse un juicio propio afecta sólo a un segundo nivel, esto es, al derecho del niño a ser escuchado y a que su opinión pese en el proceso de decisión.

Este aspecto guarda íntima relación con la evolución de las facultades del niño. El discernimiento sobre el grado de madurez de un menor no es una tarea fácil y requiere una indagación individualizada. En algunos ámbitos y dependiendo de las circunstancias, el niño puede estar en condiciones de formarse un juicio propio desde muy pequeño, aun cuando no pueda comunicarlo fácilmente.

Nuestra legislación civil establece edad o edades a partir de las cuales se reconoce a los menores de edad capacidad para ciertos actos concretos. Al margen de ello, con carácter general, opta por vincular la concesión de mayores ámbitos de autonomía con referencia a la madurez y juicio del menor, esto es, a su capacidad natural de discernimiento para comprender el alcance y consecuencia de sus actos.

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación General n° 12 (2009) sobre *el derecho del niño a ser escuchado*²⁹, señala que el término "madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño para formarse opinión sobre un tema concreto y para decidir al respecto

A tal efecto pueden darse algunas pautas generales:

- La evaluación deberá verificar si concurre una mínima racionalidad de la opinión u opción expresada, de forma que sea congruente con los fines contemplados por el menor que la expresa y que éstos sean razonablemente realizables en el marco de su realidad personal.
- La edad en sí misma no es factor determinante de la trascendencia de las opiniones del menor, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a

²⁹CRC/C/CG/12, 20 de julio de 2009

la edad biológica. La información, la experiencia, el entorno y el nivel de apoyo recibido condicionan la evolución de las capacidades del menor, por lo que se impone siempre una evaluación individualizada – y tanto más exhaustiva cuanto menor sea el niño -.

- Debe ponderarse la trascendencia de los efectos de la cuestión a decidir en la vida del niño. Cuanto más importantes o irreversibles sean, más rigurosa debe ser la apreciación de los presupuestos de madurez.

Por último, hay que recordar que la CDN reconoce los derechos y las responsabilidades de los padres o representantes legales de los niños de impartirles dirección y orientación apropiadas, pero subraya también que tal reconocimiento tiene por objeto permitir que los niños ejerzan sus derechos con autonomía creciente en función de su edad.

En España este derecho se consagra en el art. 9 LOPJM, reforzando una larga tradición de disposiciones que obligan a *oír* al menor antes de tomar decisiones graves que le afecten (art. 92, 154, 156, 159, 177 CC).

Tras la reforma de 2015, el art. 9 LOPJM dice taxativamente:

1.El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando de preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga 12 años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés de menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por

su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

Pero no se trata de un derecho absoluto pues puede ser denegado en resolución motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y al menor y sus representantes, cuando se estime que la audiencia pueda ser perjudicial.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

Por su parte, el art. 92.6 CC establece que en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y *oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor.*

Por tanto, la audiencia directa del menor que tenga suficiente juicio no se configura en el CC y LOPJ como imperativa, sino como susceptible de modulación por el Juez a través del inciso que subordina la decisión a que *se estime necesario.*

Sin embargo, la regla 4ª del art. 770 LEC, de redacción anterior a la actual del art. 92 CC, continúa manteniendo de forma imperativa la audiencia del menor cuando haya cumplido los doce años de edad.

La Circular 3/2009 FGE sobre *protección de menores víctimas y testigos*, resuelve la aparente antinomia primando el carácter sustantivo de la norma contenida en el art. 92 CC y su carácter de *lex posterior* y concluye que, siendo inexcusable garantizar el derecho del niño a expresar su opinión y ser oído, el trámite concreto de audiencia directa del menor no es imperativo pues su práctica queda subordinada a que se estime necesario, tomando en consideración que puede no serlo y ponderando que a veces esta comparecencia en el Juzgado comporta perjuicios emocionales, conflicto de lealtades y otros inconvenientes para el menor. En todo caso recomienda a los Fiscales posicionarse previo análisis de las circunstancias del niño y del conflicto, evitando la utilización de fórmulas estereotipadas o impresos rutinarios.

Por supuesto, estas exploraciones –que no testimonios- deberán realizarse de forma que el menor se sienta lo más relajado posible, recabando si es necesario el auxilio de especialistas (art. 770.4ª LEC) y respetando las condiciones necesarias de discreción e intimidad.

V.2 LA RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Son dos los preceptos que regulan esta cuestión con carácter general:

El art. 162 CC excepciona del ámbito de representación de los padres "los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo". Son derechos de la personalidad aquellos que pretenden garantizar a la persona el goce y respeto de su propia entidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y espirituales. Por su propia naturaleza, en la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal está normalmente excluida la sustitución del titular.

Por su parte, el art. 2 de la LOPJM dispone que *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.*

La *ratio legis* de ambas disposiciones se ajusta a la exclusión en principio, de la representación y sustitución del titular en la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal.

En el marco civil, existen otros preceptos que evidencian el reconocimiento legal de un progresivo ámbito de capacidad a los menores adolescentes:

- El mayor de catorce años, puede testar (art. 663.1 del CC) o ser testigo en los actos *inter vivos* (art. 1.246.3 del CC).
- El mayor de dieciséis años puede ser testigo en el testamento excepcional otorgado en tiempo de epidemia (art. 701 del CC) o adquirir la mayoría de edad laboral (art. 6.1. del Estatuto de los Trabajadores).
- El art. 3.1 de la LO 1/1982 de 5 de mayo de *protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*: "El consentimiento de los menores (...) deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil".
- En esta misma línea, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el *Reglamento de desarrollo de la Ley de Protección de Datos de carácter personal* permite a los menores de 14 años prestar por sí mismos su consentimiento para el tratamiento de sus datos.

En relación con esta normativa, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989 y de 14 de mayo de 2010 señalan que "no existe una norma que, de forma expresa, declare la incapacidad de los menores para obrar en el ámbito civil" y que "... por debajo de los 18 años habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1,3 y 5 del Código Civil)".

En el ámbito civil, la edad y capacidad del menor han de ser analizadas en cada caso para calificar la relevancia y validez de su consentimiento en atención a la naturaleza y trascendencia de la decisión.

En el ámbito penal

- El art. 181 CP, presupone que el consentimiento libre y voluntariamente prestado por un menor de edad que tuviere ya cumplidos los 13 años, legitima la relación sexual con el mismo que no puede ser considerada delito de abuso sexual, siendo así que, por el contrario, toda relación sexual con un menor de 13 años (art. 183) será constitutiva de abuso sexual. Es cierto que en el art. 181.3, con una adecuada cautela, se castiga también “cuando el consentimiento se obtenga prevaleciendo el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (...)” y que, con 13 años, es fácil prevalecerse de esa superioridad. Pero en ausencia de ese prevalimiento, es lícita la relación sexual libremente consentida por un mayor de 13 años.
- En ningún caso, el consentimiento de menores de 18 años permite la aplicación del tipo atenuado de auxilio ejecutivo al suicidio ajeno (243 CP) ni tiene relevancia para eximir de responsabilidad penal a las lesiones por cirugía transexual, trasplante de órganos y esterilización (art. 153 CP).

VI.- EL DERECHO A LA SALUD

VI.- 1 INTRODUCCIÓN

La concepción jurídica tradicional sobre la minoría de edad, construida sobre la ausencia de capacidad de obrar, establecía una rígida separación entre la minoría y la mayoría de edad.

Esta concepción del menor de edad como incapaz ha sido ampliamente superada. Aun aceptando las limitaciones de la capacidad de obrar de los niños, en función de sus necesidades de protección, existen numerosos ámbitos en los que se reconoce la habilidad de los niños y más aún del menor maduro para actuar por sí, sin necesidad de valerse de sus representantes.

Tanto las limitaciones a la capacidad de obrar del menor que se mantienen como las habilitaciones que se reconocen se fundan en el interés superior del niño, en el primer caso para su protección y en el segundo para la promoción de su autonomía.

La idea ilustra la conexión de esta cuestión con el art. 26 CDN que garantiza al niño *el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, espiritual, moral y social* y con el art. 29 en el que se consagra, *el derecho al desarrollo de sus propias aptitudes y a prepararlo para una vida responsable*. En función del derecho al libre desarrollo de la personalidad, algunos derechos tienen una consideración instrumental: son derechos para el desarrollo, para garantizar los intereses actuales del niño y los del futuro adulto que será. En otras palabras, se trata de satisfacer los derechos y necesidades actuales del niño garantizando también las expectativas que razonablemente quepa concebir desde la realidad actual. Podría citarse la STS 26/2013, de 5 de febrero (Sala Primera):

“El componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro (profesional) constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que

no puede verse impedida o menoscabada (SSTS del 19 de abril de 1991, 31 de julio de 2009, 565/2009 y 13 de junio de 2011 397/2001). En este ámbito no cabe la representación.

Pero compatibilizar la consideración de los intereses futuros del niño con sus necesidades actuales no es tarea sencilla. El “derecho de progresiva autodeterminación” (STC 154/2002, de 18 de julio) consiste en su actuación directa y creciente en todo aquello que los niños puedan hacer por sí mismos con arreglo a su edad y capacidad de discernimiento. Lógicamente, cobran particular relieve el derecho del niño al acceso a la información y a la protección frente a información perjudicial (art. 17 CDN), el derecho a ser escuchado (art. 12), a la libre expresión de sus opiniones (art. 13), a la libertad de conciencia y de religión (art.14), a la libertad de reunión y asociación (art. 15), a la educación (art. 28), al esparcimiento, el juego y a la participación en la vida cultural y artística (art. 31)...

El ejercicio de estos derechos favorece la configuración de la propia vida mediante el uso de la libertad y las opciones personales. Si se tiene en cuenta además que la patria potestad (como la tutela) se ejerce siempre en beneficio de los hijos y *de acuerdo con su personalidad* (art. 154.2 CC), se concluye que los niños deben participar progresivamente –en función de su edad y grado de discernimiento- en la determinación de su propio interés en todas las cuestiones que les atañen.

El pp general de mayor potencial exegético se ha enunciado en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor*: “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* ha matizado este enunciado. En el Anteproyecto se alteraba sustancialmente esta cláusula sustituyéndola por la siguiente: “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán siempre en interés superior del menor”. El Consejo Fiscal propuso una redacción alternativa que fue íntegramente asumida en el texto legal: “*las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y en todo caso siempre en interés superior del menor*”.

El precepto más general y clave es el art. 162 CC: “los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan (...) los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”. La reforma de 2015 añade un inciso: “no obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”.

Esta va a ser una constante en las reformas de 2015: la autonomía de decisión del menor maduro será objeto de modulación, con el refuerzo simultáneo de la posición de los representantes legales.

Cuando el art.12 CDN consagra el derecho de todo niño a ser escuchado, impone una distinción: el derecho a la libre expresión de las propias opiniones es un derecho universal que afecta a todos los niños en tanto personas. Esto no quiere decir que la opinión del niño sea soberana, sino que no existe ningún sector reservado a la autoridad de los padres o de los adultos en el hogar, la escuela u otro ámbito donde se desarrolle la vida del niño, en el que no tenga cabida su opinión. Esto armoniza con el derecho que consagra el art. 13.1 CDN a “*buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo*”. La restricción en función de la capacidad de formarse un juicio propio afecta sólo a un segundo nivel, esto es, al derecho

del niño a ser escuchado y a que su opinión pese en el proceso de decisión. En algunos ámbitos y dependiendo de las circunstancias, el niño puede estar en condiciones de formarse un juicio propio desde muy pequeño, aun cuando no pueda comunicarlo fácilmente.

La CDN reconoce las responsabilidades de los padres o representantes de impartir dirección y orientación apropiadas a los niños, pero subraya que el objeto de tales responsabilidades es permitir que los niños ejerzan sus derechos con autonomía creciente.

A falta de reglas fijas sobre la madurez, concluiremos que se trata de un concepto que ha de ser integrado valorando todas las circunstancias concurrentes, partiendo como hace la Instrucción FGE 2/2006, de 15 de marzo, *la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*, de que la “capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate”.

VI.- 2 EL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO: CRITERIOS GENERALES

La generalización de la exigencia de que cualquier tratamiento o intervención médica cuente con una información previa y comprensible de su naturaleza, sus riesgos y sus beneficios y la atribución de la capacidad de decisión última sobre su realización al enfermo, constituye una manifestación del principio de autonomía. Su efectividad en este ámbito comporta una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC nº 154/2002, de 18 de julio).

Por esa razón, el Tribunal Constitucional afirma que el derecho a la integridad física y moral se compromete cuando se impone a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, a no ser que ello se haga al amparo de una justificación constitucional (SSTC nº 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio, y 37/2001 de 28 de abril).

Para el TS El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”.

El Convenio suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, relativo a *los Derechos Humanos y a la Biomedicina* (ratificado por España en 1999 y en vigor desde el 1 de enero de 2000) proclama la regla general sobre el consentimiento informado en el art. 5, pero a continuación establece ciertas excepciones en razón de la protección de los menores de edad y de quienes carecen de capacidad para expresarlo. El informe explicativo de este instrumento internacional subraya la exigencia de que la intervención del menor tenga mayor peso en función de su edad y capacidad de comprensión y destaca la necesidad de que existan procedimientos adecuados para *los casos en que las decisiones sean contrarias al interés del paciente*.

Además de este artículo, es de citar, por su amplia repercusión en el ámbito doctrinal, la sentencia dictada en 1985 por la Cámara de los Lores británica en el caso *Gillick vs. el departamento de salud de West Norfolk y Wisbech*³⁰.

La Sra. Gillick invocó contra las autoridades sanitarias que establecieron la posibilidad de asesoramiento y tratamiento médico anticonceptivo a menores de edad, sin conocimiento ni autorización de sus padres. La Sra. *Sexual offenses Act* de 1956 y las responsabilidades y atribuciones inherentes a la patria potestad contra las autoridades sanitarias que avalaron la posibilidad de dispensar asesoramiento y tratamiento anticonceptivo a dos de sus 10 hijos, sin consentimiento paterno. El tesón de la Sra. Gillick llevó el asunto a la Cámara de los Lores donde se decidió por 3 votos contra dos la capacidad de las adolescentes menores de 16 años, para recibir, contra el criterio de los padres, dicho tratamiento, en función de su capacidad para comprender el alcance y finalidad del mismo. La sentencia centró sus razonamientos (a cargo de los Srs Scarman y Fraser) en la idea de “competencia” (madurez) del adolescente y en la naturaleza de los derechos, deberes y responsabilidades inherentes a la patria potestad y relativos al cuidado de los hijos, concluyendo que tales deberes están reconocidos en tanto en cuanto sean necesarios para la protección del hijo por lo que ceden ante el derecho de éste de realizar sus propias decisiones cuando alcanza, antes de la mayoría de edad, un entendimiento suficiente para ello..

Con todo, la licitud del asesoramiento y tratamiento anticonceptivos a menores de 16 años se hace depender de una serie de presupuestos, conocidos como *Directrices Fraser*, por deberse su exposición y exigencia al Lord, S.Fraser:

- 1.- El adolescente ha de ser capaz de entender el asesoramiento y el tratamiento
- 2.- No es lícito persuadir al adolescente para comunicar el hecho a sus padres.
- 3.- Debe concurrir la posibilidad de que el adolescente inicie o continúe las relaciones sexuales sin el tratamiento.
- 4.- Deben también concurrir de riesgos para la salud física o psíquica en caso de iniciarse o mantenerse las relaciones sexuales sin tratamiento anticonceptivo.
- 5.- El interés superior del menor demanda la posibilidad del adolescente de recibir asesoramiento y tratamiento médico anticonceptivos, sin o contra la opinión de los padres.

Aunque estas pautas (Fraser) se refirieron exclusivamente a los tratamiento anticonceptivos, su validez se ha generalizado a otro tipo de tratamientos e incluso, al aborto.

En el ámbito sanitario en general, la competencia funcional de los menores de edad ha tomado carta de naturaleza desde la difusión del caso *Gillick*, hasta el punto de que en la doctrina la madurez o competencia intelectual y emocional para comprender el alcance de una intervención, se ha desligado del concepto más amplio de capacidad y se designa frecuentemente como “Gillick competence”.

Sin embargo, en la formulación que hizo el Sr. Scarman de la decisión, la Cámara de los Lores británica contiene ciertos matices al afirmar que la autoridad de los padres para tomar decisiones por los hijos disminuye o desaparece con el grado de madurez del hijo, *salvo en situaciones que estén reguladas de otro modo en la ley*. Aunque no quedó entonces

³⁰(3 All ER 402 HL). Se trata de un precedente vinculante en Inglaterra y Gales y ha sido adoptado como tal en Canadá, Australia y Nueva Zelanda., teniendo una enorme repercusión como referencia doctrinal en el ámbito comparado.

especificado, se ha considerado en decisiones subsiguientes la eventualidad de que, entre tales situaciones se encuentre la de imponer pese al rechazo del adolescente o sus padres, determinados tratamientos necesarios para la vida o salud y que tales situaciones deban ser reguladas de forma diferente.

El sanitario es uno de esos ámbitos en los que el Legislador introduce un precepto específico en el que se apuntan concretas edades para dotar de mayor o menor capacidad al menor a la hora de prestar el consentimiento informado.

Los términos originariamente confusos del art. 9.3 c) 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* (en adelante, LAP) motivaron el dictado de la Circular 1/2012, de 3 de octubre, *sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave*.

La reciente Ley 26/2015 contiene una disposición final segunda por la que se modifica la LAP, asumiendo los criterios de la Fiscalía y clarificando algunas cuestiones.

VI. 2. 1-El menor no maduro en el ámbito sanitario

Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención se otorgará el consentimiento por representación.

En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 LOPJM.

A tales efectos habrá de entenderse que el paciente menor no está capacitado para tomar decisiones cuando “le falte la capacidad natural de juicio para comprender la naturaleza del acto sobre el que consiente”. Apurando más, se ha aportado un doble criterio para evaluar la capacidad: uno cognitivo, por el que se valora si el paciente posee inteligencia y discernimiento y otro volitivo, que pondera si el paciente dispone de libre albedrío para elegir sus acciones .

La Circular 1/2012 desarrollaba ya estos criterios. Para la Fiscalía General: “puesto que la capacidad de comprensión necesaria para cada intervención médica varía de unos a otros sujetos y en función de la entidad y posibles consecuencias de cada actuación, pueden darse algunas pautas para esta decisión:

La primera es que la capacidad del menor debe ser evaluada siempre a efectos de tomar debidamente en cuenta sus opiniones y de comunicarle la influencia que las mismas tengan en el proceso de decisión. La evaluación deberá verificar si hay, en la persona y caso concreto, una mínima racionalidad de la opinión u opción de forma que el deseo expresado sea congruente con los fines contemplados por quien lo expresa y que éstos sean razonablemente realizables en el marco de su realidad personal.

La segunda es que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas

sociales y culturales y el nivel de apoyo recibido condicionan decisivamente la evolución de la capacidad del menor para formarse una opinión propia. Por ese motivo, se impone siempre una evaluación individualizada – y tanto más exhaustiva cuanto más joven sea el paciente – caso por caso de las opiniones y deseos expresados, y por ende, del grado de madurez de cada menor. Para ello, el propio art. 9.3 c) LAP aporta una orientación inicial cuando se trata de menores de 12 años, al no exigir con carácter general en tales casos la audiencia de los mismos.

La tercera es que debe atenderse a los efectos de la cuestión a decidir en la vida del menor. Cuanto más trascendentes o irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será evaluar correctamente la madurez y más rigurosa deberá ser la apreciación de sus presupuestos. Por último, hay que recordar que la Convención de Derechos del Niño reconoce los derechos y las responsabilidades de los padres o representantes legales de los niños de impartirles dirección y orientación apropiadas pero subraya también que tal reconocimiento tiene por objeto permitir que los niños ejerzan sus derechos con autonomía creciente en función de su edad”.

La LAP establece que la capacidad del paciente para tomar decisiones queda a criterio del médico responsable de la asistencia. La Circular 1/2012 considera que “a falta de mayor precisión legal, los médicos deben decidir en cada caso con cierta dosis de sentido común”.

Aunque el médico llegue a la conclusión de la falta de madurez, antes de otorgarse el consentimiento por los representantes legales, deberá ser oída la opinión del paciente menor si tiene doce años cumplidos. Incluso debiera darse audiencia a los menores de menos de 12 años, si se entiende que por sus condiciones de madurez tienen suficiente juicio.

Por tanto, deberá en primer lugar valorarse si el menor tiene madurez suficiente para consentir el acto médico, presumiéndose *iuris tantum* que a partir de 16 años la tiene. Si se llega a la conclusión que no tiene tal madurez para consentir, si tiene más de doce años se presume *iuris et de iure* que tiene madurez a efectos del ejercicio del derecho a ser oído y escuchado. Si tiene menos de doce años habrá de valorarse en cada caso si tiene suficiente madurez para poder ejercitar el derecho a ser oído y escuchado. Toda persona por el mero hecho de serlo puede ejercer su derecho a opinar.

La actuación de los representantes no puede ser en ningún caso arbitraria. Conforme al apartado seis del art. 9 LAP en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal (...) la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente.

Puede decirse que los padres están obligados a prestar su consentimiento para la práctica de todos los tratamientos e intervenciones necesarios para preservar el derecho a la salud de los menores en cumplimiento de su deber de velar por ellos (art. 154 CC). Cuando la decisión de los padres sea contraria a los intereses del menor no capacitado para consentir, el acto médico podrá ser autorizado por el Juez.

Tras la reforma de 2015, la Ley es ahora más precisa: “aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente,

salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

Nótese que ahora esta puesta en conocimiento de la autoridad judicial no se ciñe a las decisiones sobre cuestiones que puedan incidir gravemente en la vida o la salud del menor, sino a cualquier decisión en relación con intervenciones médicas que se tome por el representante legal, cuando se adopte sin atender al mayor beneficio para la vida o salud del paciente menor de edad.

VI.2. 2 El menor de menos de dieciséis años pero capacitado para comprender el alcance de la intervención

Se ha considerado que los menores comprendidos entre 12 y 15 años, sin perjuicio de ser oídos, se someten a un régimen común: son representados por sus padres, que prestan el consentimiento. Este criterio aporta asideros más seguros para el médico, si bien supone restringir la capacidad de menores que en el caso concreto puedan considerarse maduros.

Creemos que no es la interpretación correcta. Conforme al art. 9.3 c) LAP los menores de 16 años también pueden por sí prestar su consentimiento, sin asistencia de sus progenitores, siempre que tengan suficiente capacidad intelectual y volitiva. En efecto, el precepto establece el mecanismo de la representación para los supuestos en los que “el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”, sin mayores aditamentos. Esta exégesis se coherente con las enseñanzas de la psicología evolutiva que considera que la mayor parte de los adolescentes alcanzan su madurez antes de los 16 años, entre los trece y los quince años .

Esta es la posición que adopta la Circular 1/2012, cuando declara la capacidad de “los menores de menos de 16 años cuando, a criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para consentir”.

En todo caso, creemos que en los supuestos de menores de menos de 16 años a los que se considere maduros para consentir por sí, no obstante tal reconocimiento, deberá respetarse la facultad-deber de los padres en ejercicio de la patria potestad de velar por sus hijos, de modo que se les informe de las actuaciones médicas practicadas o dejadas de practicar .

VI. 2. 3 El menor mayor de 16 años en el ámbito sanitario

Como presupuesto previo para interpretar la regla específica que introduce la LAP debe partirse de que “el deber de velar, como deber genérico de cuidado del hijo, impuesto a los padres por el art. 154 del CC, engloba el específico deber de cuidar de su salud” y ello se extendería también en principio a los mayores de 16 años.

En el régimen de la LAP anterior a 2015 se establecía en materia de salud –salvo para actuaciones de grave riesgo- la mayoría de edad a los 16 años.

Tras la reforma de 2015 se modula esa plena capacidad para consentir los actos médicos, pues además de las situaciones de grave riesgo, el Legislador excepciona del ámbito de decisión del menor de 16 y 17 años los supuestos en los que no sea capaz intelectual ni

emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. Por tanto, ya no hay una presunción *iuris et de iure* de capacidad, sino una presunción *iuris tantum* que puede desvirtuarse si en el caso concreto se pone de manifiesto que el mayor de dieciséis años no es maduro.

Además, antes de la reforma de 2015, el último inciso del art. 9.3 c) disponía que “en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. La situación se clarifica tras la reforma de 2015, que establece en el inciso segundo del apartado cuarto del art. 9 que “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”.

VI. 2. 4 Recapitulación: cuadro general

Conforme a lo expuesto, el cuadro general en relación con el consentimiento informado en el ámbito médico sería el siguiente:

- 1) en caso de menores de 12 años es prestado por sus representantes, respetando el derecho a ser oídos si tienen madurez suficiente para ejercitar este derecho,
- 2) en caso de menores de 16 y mayores de 12 años, en principio, es prestado por sus representantes, bien que respetando en todo caso su derecho a ser oídos,
- 3) en caso de menores de 16 y mayores de 12 años es prestado por el propio menor, si en el caso concreto se llega a la conclusión de que es capaz intelectual/emocionalmente para prestarlo,
- 4) en caso de menores mayores de 16 años (estén o no emancipados) es prestado por el propio menor, de quien se presume *iuris tantum* madurez suficiente para prestarlo,
- 5) en caso de menores mayores de 16 años es prestado por el representante legal del menor, cuando se desvirtúe en el caso concreto la presunción *iuris tantum* de que tiene madurez suficiente para prestarlo,
- 6) cualquiera que sea la edad y la madurez del menor es prestado por el representante legal, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor.

VI. 3 Conflictos de intereses

Los conflictos que pueden producirse son múltiples. Para resolver todos estos problemas debe de nuevo partirse del principio general del interés superior del menor. Toda decisión que se adopte respecto de un menor debe estar presidida por la necesidad de salvaguardar su superior interés.

También ha de tenerse en cuenta que incluso los menores maduros tienen limitada su capacidad para autodeterminarse en el ámbito de la salud, no pudiendo darse relevancia a decisiones que supongan poner en grave riesgo su vida, integridad o salud.

Esta delicada materia, que adolecía de un marco jurídico claro, fue abordada por la Circular 1/2012 y sus criterios generales han sido recogidos, como expresamente reconoce el

Preámbulo, en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

La Circular 1/2012 comenzaba declarando que “los conflictos que pueden generarse en clínicas y hospitales cuando los facultativos consideran necesario practicar a un menor de edad una transfusión de sangre u otra intervención médica en situación de “riesgo grave” y el menor, sus representantes legales o unos y otro se oponen, además de ser de por sí jurídicamente complejos, suponer la afectación de derechos fundamentales y venir acompañados de un fuerte componente emocional, exigen una resolución urgente. Si a estos perfiles se une el hecho de que el marco jurídico para resolver estos conflictos no es lo suficientemente claro, la necesidad de contar con unas pautas generales interpretativas se torna imprescindible. La labor exegética orientada a iluminar esas zonas oscuras debe necesariamente inspirarse desde el punto de vista sustantivo en el principio del superior interés del menor. Desde el punto de vista procesal será el principio de celeridad el que proporcione asideros, partiendo de que en la mayoría de estos supuestos, a la vista de los bienes jurídicos afectados, la decisión no admite ningún tipo de dilación”. En relación con este tema que, la STC nº 154/2002 consideró que, aun cuando no hubiera certeza sobre la madurez del menor para decidir sobre una cuestión de trascendencia vital, con su oposición a la intervención médica ejercitó los derechos a la libertad religiosa y a la integridad física de los que era titular.³¹

Pero señaló también que “.... el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto —como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable”.... Y que “....en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales”, ya que la vida, “en su dimensión objetiva, es ‘un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional’ y ‘supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible’.

Por lo que hace a la actuación judicial en este caso, la misma sentencia sigue declarando que “es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional...Además, es oportuno señalar que...el derecho fundamental a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.”

³¹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ M.P. en *Implicaciones jurídicas del rechazo de un tratamiento médico vital para un menor (en torno a la Sentencia del TC 154/2002, de 18 de julio)* en PDD nº 2 2003, pg 21 se pregunta cómo se hubiera valorado la competencia del niño en el caso de haber aceptado la transfusión.

También el TEDH se ha pronunciado, siquiera marginalmente, sobre esta cuestión en el caso *Hoffmann vs Austria*– STEDH de 23 de junio de 1993 - Apreció trato discriminatorio por parte del Tribunal Supremo austríaco en la denegación del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos a la Sra. Hoffmann con base en su condición de Testigo de Jehová y en su eventual negativa a que los hijos recibiesen una transfusión de sangre en caso de precisarla. El TEDH acude a preceptos del Código Civil austríaco para estimar que “la decisión judicial (...) puede suplir el consentimiento de los padres para hacer tal transfusión, médicamente necesaria” y que merced a tal posibilidad de acudir en todo momento a una decisión judicial externa, la actitud de la madre respecto a las transfusiones “no representa un peligro para los hijos”. En definitiva, no se cuestiona en ningún momento la primacía de la vida de los hijos en caso de posible conflicto con la voluntad o creencias de su representante legal.

Desde la perspectiva bioética la Circular opta por una postura consecuencialista con apoyo en el principio del “interés superior del menor”, que debe guiar todas las intervenciones del Fiscal en este ámbito. Invoca expresamente el repertorio de criterios de concreción de ese interés que, siguiendo el modelo de la *Children Act* británica de 1985, ofrece la STS 565/2009 de 31 de julio y en el que se destaca a estos efectos:

- En primer lugar, la cobertura de las necesidades básicas de salud del menor
- En segundo lugar, la atención a los deseos, sentimientos y anhelos del menor, con la apostilla de que “sean compatibles con lo anterior”.
- Ulteriormente y como pauta general de determinación del interés superior del menor, la valoración de los riesgos (para la salud física o psíquica) que la situación actual y las subsiguientes puedan acarrear

La solución de la Circular viene a coincidir con el criterio sentado en el ámbito anglosajón en resoluciones posteriores a 1985. Efectivamente, incluso tras la consolidación en el ámbito judicial y doctrinal anglosajón del criterio *Gillick* de competencia o madurez del adolescente, varias resoluciones judiciales posteriores han corregido o matizado *obiter dicta* la doctrina entonces sentada, en los casos en que se trata no de aceptar sino de rechazar un tratamiento imprescindible para la vida o la conservación de la salud. Se entiende que la autoridad de los padres no cesa de modo absoluto ante la competencia o madurez del hijo, y la jurisdicción de los tribunales puede suplir la patria potestad para la imposición de determinados tratamientos de carácter vital.³²

Por otro lado, apoyan esta solución toda una serie de disposiciones legales sobre la irrelevancia del consentimiento del menor de edad, sea o no maduro, para determinadas intervenciones médicas, algunas de ellas, carentes de riesgo vital o urgente. En tal sentido:

- El art. 156 del CP niega relevancia al consentimiento de cualquier menor en materia de trasplantes, cirugía transexual y esterilizaciones.

³²En Inglaterra, El caso *Re and R* (1992) Fam. 11, *Re W Re W* (1993) Fam, 64; *Re S* (1994) 2 FLR 1065; *Re E* (1993) 1 FLR 386; *Re L* (1999) 2 FCR 524, (1998) 2 FLR 810, relativos a tratamientos médicos sobre menores, expresan reticencias al criterio *Gillick* de competencia cuando se trata del rechazo de una intervención médica indicada como necesaria para la vida, sugiriendo la intervención de otra persona o autoridad judicial para el ejercicio de las funciones parentales

En Cánada en el caso *AC vs Manitoba Director Child and family Services*, la Corte Suprema en decisión (5 a 2) de 2 de julio de 2009, negó que hubiera discriminación de una adolescente de 15 años a la que judicialmente se impuso una transfusión de sangre contra su voluntad, ni compromiso de sus derechos a la libertad religiosa, la vida y la salud. Se le permitió acreditar su grado de madurez y se exigió un estándar superior, dada la relevancia de la decisión para su supervivencia. Criterio del interés superior del niño

- En relación con lo anterior, el art. 4 de la Ley 30/1979 sobre *transplantes de órganos*, en relación con el 155 del CP, prohíbe la donación de órganos a los menores de edad.
- El art. 143 CP niega también la validez del consentimiento de los menores de 18 años para configurar el subtipo atenuado de auxilio al suicidio en casos de “eutanasia directa”.
- El art. 7 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre sobre *normas de calidad y seguridad para la donación, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos*, prohíbe la extracción de células y tejidos humanos a menores de cualquier edad, salvo determinados supuestos expresamente recogidos.
- El art. 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de *reproducción asistida* en relación con el 161 del CP prohíbe también la aplicación de estas técnicas a personas menores de edad.
- En general, el art. 6.1 del Convenio de Oviedo excluye la posibilidad de aplicar a menores de edad, aun con consentimiento informado, cualquier tratamiento médico que no redunde en el beneficio directo del paciente.

Refuerza esta interpretación, orientada a la salvaguarda de la vida y salud del menor, el nuevo art. 2.2 LOPJM, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2015, que dispone los criterios generales a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, recogiendo en la letra a), como primer criterio, por tanto, el de *la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor*.

El planteamiento judicial de estos conflictos debe realizarse por su carácter urgente ante el Juez de Guardia en procedimiento urgente de jurisdicción voluntaria en el que informa necesariamente el Fiscal.

Tras la reforma de 2015, queda aún más clara la limitación de la capacidad de los menores para adoptar decisiones que puedan suponer daños irreversibles para su salud o una pérdida importante e irreparable de un órgano o función. Tampoco tiene eficacia jurídica la decisión de un menor de negarse a un tratamiento vital.

A partir de 2015, en las decisiones sobre actuaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor el consentimiento corresponde en todo caso, aún en el caso de menores maduros, a sus representantes legales, y éstos, necesariamente, deben decidir “atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente” y si no lo hacen, los profesionales sanitarios deberán ponerlo “en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente”.

En palabras de la Circular 1/2012 “se impone establecer un equilibrio entre el respeto debido a la autonomía del paciente menor de edad, a la patria potestad, y la protección de la vida e integridad individuales. Puesto que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino

e irreversible para la salud del menor interesado. Sólo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto”.

La Fiscalía tuvo un papel determinante, no sólo a través de la Circular 1/2012, sino también en la rectificación del Anteproyecto de Ley de protección de la infancia.

La irrelevancia de la negativa a recibir un tratamiento con grave riesgo para la vida o salud, en nuestra opinión, debe referirse a tratamientos cuya aplicación objetivamente presente una alta probabilidad de éxito y cuya omisión presente una alta probabilidad de desembocar en un resultado lesivo. No estarían comprendidos tratamientos cuya eficacia es dudosa o incierta. Así por ejemplo, un tratamiento agresivo de resultado incierto no debiera aplicarse contra la voluntad de un menor maduro o contra la voluntad de los representantes de un menor no maduro. La casuística que puede presentarse en la realidad hace difícil establecer criterios más precisos, debiendo analizarse las circunstancias concurrentes en cada caso.

Es ilustrativo el caso de HANNAH JONES, una niña británica de 13 años con leucemia, tratada durante muchos años con quimioterapia y con una esperanza de vida de seis meses que en 2008 decidió no someterse a más operaciones médicas y morir en su casa arropada por su familia. El Hospital pretendía someterla a una operación de trasplante de corazón, con riesgo muy alto. Los padres, atendido el calvario que llevaba padecido la niña desde su infancia, no querían influir en su decisión. Un juzgado finalmente dio prevalencia a la opinión de la niña e impidió que se le operase contra su voluntad.

VI. 4 Información médica a proporcionar al paciente menor de edad

En cuanto a la información médica a proporcionar al paciente menor, cabe hacer mención a la Resolución de 16 de Junio de 1986, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos de los Niños hospitalizados, en la que se reconoce el derecho de éstos a recibir una información adaptada a su edad, su desarrollo mental, su estado afectivo y psicológico, con respecto al conjunto del tratamiento médico al que se le somete y a las perspectivas positivas que dicho tratamiento ofrece.

Conforme al art. 5.2 LAP el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.

Lógicamente, cuando el tratamiento o la intervención haya de ser consentida por el menor (mayor de 16 o con madurez suficiente), la información que se le proporcione deberá abarcar todos los datos necesarios para que pueda prestar su consentimiento con conocimiento suficiente.

De nuevo aquí debe introducirse la matización de que cuando el consentimiento es por representación, los titulares propiamente del derecho a la información son los padres. El menor en estos casos puede ver modulado –que no excluido- su propio derecho a la información.

VI. 5 El derecho a la confidencialidad del paciente menor de edad

El punto de tensión se produce lógicamente en relación con la posibilidad de excluir a los progenitores de la información médica afectante al hijo.

Desde luego, no es correcto operar con criterios rígidos, debiendo partirse de una cierta conexión entre la capacidad para prestar consentimiento para un determinado acto médico y el derecho a la confidencialidad de los datos relativos al acto médico. A mayor madurez, mayor derecho a la confidencialidad.

Desde este esquema parece que para menores maduros mayores de 16 años, en principio, habría que partir de que son titulares exclusivos del derecho a la información y de que pueden excluir a los padres, salvo que se tratara de una actuación de grave riesgo, en cuyo caso los padres, que tras la reforma de 2015 son los que prestan el consentimiento, también tendrían el derecho a recibir información y acceder a la historia clínica.

En caso de menores de 16 años, entendemos que aunque tuvieran condiciones de madurez, los médicos deben informar a sus progenitores, a fin de que éstos puedan cumplir con su deber-función de velar por los hijos. Los padres, desde luego, deberán ser informados respecto de los tratamientos de menores de 16 años sin condiciones de madurez y para menores de 12 años en todo caso.

De nuevo en esta materia, a la hora de adoptar una decisión sobre si informar o no a los padres y en qué extensión, puede arrojar luz el principio del superior interés del menor, esto es, cuál es la decisión que más puede beneficiar su desarrollo integral como persona. Este criterio podría modular la exclusión de los padres incluso en supuestos de oposición de mayores de 16 años.

Muchas gracias

VI .6 Intervención del Fiscal respecto de los ensayos clínicos y la investigación biomédica sobre menores de edad

El marco jurídico viene determinado por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de *garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios* y por el Real Decreto 1090/2015 de 4 de diciembre que ha sustituido al RD 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan *los ensayos clínicos con medicamentos*. Esta regulación exige para todo ensayo el informe previo favorable de un Comité Ético de Investigación Clínica (CEIC) que será independiente de los promotores e investigadores y de las autoridades sanitarias, y la autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), y se establecen las facultades inspectoras de las Administraciones sanitarias.

Cuando el ensayo o la investigación biomédica se refiere a menores de edad, el art. 7.3 del RD 223/2004 ordenaba al promotor la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores. Esto daba lugar a la apertura de un expediente de protección en el que el Fiscal de Menores comprobaba que se hubieran observado todos los requisitos que la legislación establecía, para oponerse al ensayo en caso contrario. Las actuaciones del Fiscal aparecían recogidas y orientadas en el *Protocolo*

de actuación en expedientes sobre ensayos clínicos e investigación biomédica elaborado en 2009 por la Unidad Coordinadora de Menores de la FGE³³.

Actualmente, el art. 5 del RD de 2015, al regular los ensayos clínicos con menores de edad omite el requisito de comunicación al Fiscal y alude al cumplimiento de los presupuestos generales establecidos en el mismo RD más los señalados en el art. 32 del Reglamento 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, entre los que no figura la autorización del Fiscal.

VII.- EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

VII. 1 IDEAS GENERALES

El art. 28 CDN, el art. 27 CE y toda una serie de instrumentos internacionales recogen el derecho a la educación que ha de ejercerse *progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades*, como medio indispensable para la efectividad de otros derechos humanos.

Por la importancia de la educación en las posibilidades de desarrollo personal, el art. 28 CDN impone a los Estados la adopción de medidas de garantía de su efectividad:

- *Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos*
- *Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad.*
- *Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad por cuantos medios sean apropiados.*
- *Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas*
- *Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de abandono escolar.*³⁴

³³ Disponible en fiscal.es

³⁴En abril de 2000, el Foro Mundial sobre Educación (Dakar, Senegal) definió un Marco de Acción basado en seis objetivos y las estrategias para lograrlos:

- Mejorar y extender la protección y educación integrales de la primera infancia, especialmente para los niños más vulnerables y desfavorecidos
- Velar por que antes del año 2015 todos los niños, y sobre todo, las niñas y niños que se encuentren en situaciones difíciles y los que pertenecen a minorías étnicas, tengan acceso a una enseñanza primaria gratuita y obligatoria de buena calidad y que la terminen.
- Velar por que sean atendidas las necesidades de aprendizaje de todos los jóvenes y adultos mediante un acceso equitativo a un aprendizaje adecuado y a programas de preparación para la vida activa;
- Aumentar de aquí al año 2015 el número de adultos alfabetizados en un 50% en particular de las mujeres y facilitar a todos los adultos un acceso equitativo a la educación básica y la educación permanente.
- Suprimir las disparidades entre los géneros en la enseñanza primaria y secundaria de aquí al año 2005 y lograr antes del año 2015 la igualdad entre los géneros en relación con la educación, en particular garantizando a las niñas un acceso pleno y equitativo a una educación básica de buena calidad, así como un buen rendimiento.
- Mejorar todos los aspectos cualitativos de la educación, garantizando los parámetros más elevados para conseguir resultados de aprendizaje, reconocidos y mensurables, especialmente en lectura, escritura, aritmética y competencias prácticas esenciales.

También las legislaciones nacionales incorporan un elemento de obligatoriedad en el ejercicio del derecho a la educación, en el entendimiento de que el acceso del niño a la enseñanza básica no es una opción libre ni para los padres ni para el Estado.

En consonancia, el art. 13.2 de la LOPJM establece que “cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización”.

Esas “medidas necesarias” son de carácter general. Van desde la prevención (campañas de información y sensibilización...) a la intervención individualizada con los menores absentistas y sus familias en la que se prioriza la colaboración sobre la coerción. En esta intervención individualizada participan de un modo inmediato y directo sectores administrativos educativos y sociales en el plano estatal, autonómico y local (art. 25.2 n) de la ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las Bases de Régimen Local).

La Administración de Justicia y concretamente el Ministerio Fiscal, tienen un papel importante, pero limitado y flexible de intervención desde el ámbito de la protección jurídica de los menores y desde el ámbito penal que sanciona a los responsables de su absentismo. En relación con todo ello constituye lectura de referencia el libro *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria: el papel del Ministerio Fiscal*, de C.E. Ferreirós.³⁵

El tenor del citado art. 13.2 LOPJM sugiere también la implicación de la sociedad civil cuyo papel a través de las asociaciones de padres, de profesores o de vecinos puede ser decisivo.

VI. 2 BENFICIARIOS Y OBLIGADOS

La Ley Orgánica 8/1985, tras su modificación por la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación recoge expresamente en su artículo 6.4, el deber de asistencia a clase con puntualidad por parte del alumno.

El alumno en nuestra normativa, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos más intervencionistas,³⁶ no incurre en conducta típica, y debe participar en los procedimientos, otorgársele audiencia y exhortarle a que asista a la escuela. Esta línea de actuación sigue la pauta del Comité de Derechos del Niño que frecuentemente denuncia como discriminatoria (art. 2 CDN) la consideración del absentismo escolar como comportamiento delictivo del adolescente.³⁷ Y recomienda la adopción de medidas de protección de la

³⁵ FERREIRÓS MARCOS C.E. *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria: el papel del Ministerio Fiscal*. AEQUITAS-Consejo General del Notariado España. Madrid 2011

³⁶ En EEUU el absentismo escolar es una de las conductas integrantes de la delincuencia juvenil (*status offenses*) competencia de las *juvenile courts*

³⁷ El punto 56 de las Directrices de Riad, que expresan: "A fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven

infancia, apoyo efectivo a los padres y profesionales y abordaje de las causas básicas del absentismo³⁸, para evitar el fracaso escolar en sentido amplio (no simplemente el absentismo).

Como apunta Ferreirós Marcos³⁹ la solución no es la judicialización masiva del problema (como se realiza en Estados Unidos con el modelo de las “status offenses”) ni convertir los centros educativos en simples lugares de custodia

El art. 4.2 de la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora *del Derecho a la Educación* (redacción conforme a la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en adelante, LOE) señala a los padres, tutores o acogedores, como primeros responsables de la educación de sus hijos, en consonancia con su obligación de alimentos (arts. 142, 154 y 269 CC). Concretamente, se les exige:

“a) Adoptar las medidas necesarias, o solicitar la ayuda correspondiente en caso de dificultad, para que sus hijos o pupilos cursen las enseñanzas obligatorias y asistan regularmente a clase”.

Son muchas las causas, circunstancias y situaciones que dan lugar al absentismo escolar de los menores de edad, desde la decidida actitud impeditiva de la escolarización por parte de la familia, hasta la dejación e incuria, la instrumentalización del niño en tareas familiares y domésticas, o el posicionamiento de quienes rechazando frontalmente la educación formal oficial, propugnan la educación alternativa mediante distintas formas de “escuela en casa”.

La intervención pública ante el incumplimiento de esta obligación, dada la amplia variedad de circunstancias familiares, sociales o personales de diferente signo que pueden determinar el absentismo, precisa un análisis previo individualizado para garantizar de forma eficaz en cada caso el derecho del menor a la educación.

VI.3 CARÁCTER PROGRESIVO DE LA INTERVENCIÓN

Las primeras intervenciones deben producirse en el ámbito educativo, en el que ordinariamente pueden solventarse la mayoría de los casos.

En esta primera fase puede ser necesaria la intervención de los Servicios Sociales (municipales) ya que muchas familias afectadas se encuentran en situación de exclusión social. La Recomendación Rec(2006)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa subraya las dificultades del ejercicio del rol parental en situaciones de riesgo o exclusión social y reclama la atención de los poderes públicos, máxime cuando los menores han perdido raíces estables o un hogar permanente (antecedentes familiares romaníes o gitanos, inmigrantes....). Desde el principio de intervención mínima, se constata la existencia de un gran número de asuntos que no son merecedores acreedores de ningún tipo de sanción, aunque sí de trabajo social.

³⁸NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n° 10 (2007). Los derechos del niño en la Justicia de Menores (CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrafos 8 y 9)*

³⁹ Obra citada: *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria....*

En otros más graves, sin perjuicio de sanción administrativa, la persecución de la infracción penal, conforme al artículo 228 del CP, exige la denuncia previa del Fiscal. Esta posibilidad requiere el previo agotamiento de la actuación de prevención y colaboración.

En la fase preliminar de intervención administrativa de colaboración con la familia, puede intervenir la Fiscalía de Menores desde el ámbito de protección, en expediente por absentismo escolar. En uno u otro momento y tras valorar las circunstancias del caso, el Fiscal de Menores cita de comparecencia al menor y a sus padres o representantes legales, con la finalidad de advertirles de la existencia del expediente de protección, de la necesidad de cumplir las obligaciones respectivas, y del posible ejercicio de acciones penales en el caso de persistir la situación.

VI.4 INTERVENCIÓN PUNITIVA

Ante el fracaso de la prevención, la colaboración y las advertencias, el Fiscal ejercita las acciones penales por delito de abandono de familia del artículo 226 del CP contra los padres, tutores, acogedores, con criterio generalmente acogido por las Audiencias Provinciales, pues basta con el incumplimiento de alguno de los deberes legales de asistencia (art. 154 CC) y no de su totalidad para satisfacer los requisitos de tipicidad.

El art. 226 sanciona con las penas de prisión de tres a seis meses o multa “al que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar...”. El párrafo segundo faculta al Juez o Tribunal para la imposición de la pena conjunta de “inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años”.

Este precepto procede del art. 487 del anterior CP que tenía unos condicionantes típicos que lo hacían poco apto para abordar el fenómeno del absentismo escolar de una manera generalizada (se requería que el incumplimiento de esos deberes tuviese por causa el abandono malicioso del hogar o la conducta desordenada).

El desvalor del absentismo escolar puede enmarcarse en la tipicidad del precepto, siempre que se trate de absentismo causado o consentido directamente por los padres (o tutores o acogedores, en su caso), lo que excluye muchos supuestos de absentismo, incluso grave y cronificado. La no escolarización o las conductas paternas que provoquen o consientan con la inasistencia habitual al centro escolar suponen el incumplimiento del deber inherente a la patria potestad de “procurar una formación integral” a los hijos (art. 154 del Código Civil).

La posibilidad de optar entre la pena prisión (de tres a seis meses) o la multa (de seis a doce meses), permite un amplio margen de apreciación, en atención a la gravedad del hecho y la etapa educativa en que se hubiera producido. Excepcionalmente o en casos de desamparo, estaría indicada también la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

En alguna ocasión se han dictado pronunciamientos condenatorios por delito de desobediencia del art. 556 CP, junto con el abandono de familia, si previamente medió un requerimiento del Juez de 1ª Instancia en el marco de un procedimiento de jurisdicción

voluntaria de protección de menores conminando formalmente para el cumplimiento de esa obligación legal (sentencia de la Sección 1ª de la AP de Albacete 5/2003, de 23 de enero).

Toda Sentencia condenatorias deben comunicarse a la autoridad administrativa competente en el ámbito educativo para seguimiento del caso en aplicación de los criterios generales de coordinación administrativa y de protección de menores (artículo 13.2 y 14 LOPJM) que vinculan a todos los poderes públicos.

El beneficio de la suspensión de la ejecución debería supeditarse siempre al cumplimiento de programas específicos de atención de la escolarización del menor cuya confección y seguimiento corresponde a los órganos del gobierno de la Administración autonómica (art. 83.2 CP), procurando que el plazo de suspensión (artículo 80.2 CP) coincida con el tiempo que al menor le reste de escolarización obligatoria.

VI.5 ABORDAJE INDIRECTO DESDE LA JUSTICIA JUVENIL

Frecuentemente el menor infractor presenta episodios o historial de absentismo escolar. La Justicia Juvenil puede intervenir tras la comisión de infracciones penales por parte del adolescente absentista.

Precisamente, algunas de las medidas que articula la LORPM pueden constituir una solución, si se ejecutan correctamente: la libertad vigilada acompañada, como regla de conducta, de la obligación de asistir con regularidad al centro docente, justificando las ausencias ante el Juez (art. 7.1.h).1ª de la LORPM), la realización de tareas socio-educativas (art. 7.1.k), y el establecimiento de tales condiciones cuando se acuerda la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40), entre otras.

Pero se tratará siempre de un abordaje indirecto y subordinado a la comisión previa de una infracción penal por parte del adolescente absentista.

VI.6 MENCIÓN ESPECÍFICA DE LA DENOMINADA “home school”

Han surgido en varios países y también en España, movimientos⁴⁰ que rechazan la asistencia de sus hijos a la escuela por razones pedagógicas, emocionales, ideológicas o religiosas y que propician y la formación de los niños en el hogar, al margen del sistema oficial.

El art. 4 de la LODE, junto con los derechos de los padres a escoger centro docente y a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, impone una serie de obligaciones, entre las que se encuentra la de garantizar la educación obligatoria y la asistencia regular a clase de los hijos.

⁴⁰ *Creecer sin Escuela*. Boletín nº 16, junio 2005 (disponible en internet: <http://www.crecersinescuela.org>).

Además de excepciones a la escolarización obligatoria por razones de salud, el Centro para la Innovación y Desarrollo de la Educación a Distancia (CIDEAD), integrado en el Centro Nacional de Información y Comunicación Educativa (CNICE), creado por RD 1180/1992, de 2 de octubre, atiende la educación a distancia de importantes colectivos dispersos geográficamente y con necesidades excepcionales diversas.

Por lo demás, se echa de menos una regulación expresa que, reconociendo en su caso la libertad de la enseñanza extraoficial de este tipo, estableciera los debidos controles y los presupuestos de homologación a efectos de la futura integración del niño en el sistema educativo general.

El TS (Sala 2ª) se pronunció -colateralmente- sobre la cuestión en su Sentencia 1669/1994, de 30 de octubre relativa a miembros de la secta *Los niños de Dios*, absolviendo a los padres del delito de lesiones psíquicas sobre los hijos, que se les imputaba en razón del aislamiento social propiciado por una educación muy específica, ajena al sistema oficial y exclusivamente en el hogar. Para esta sentencia, descartado el daño a la salud, la sanción penal sólo estaría justificada cuando la enseñanza impartida difundiera ideas contrarias a los valores esenciales de la convivencia o favoreciera la prostitución o corrupción de menores. En otro caso, no cuestiona la legitimidad de la educación a domicilio, “siempre que se satisfaga con ella la necesaria formación de los menores” y “sin perjuicio de la sanción civil que pueda proceder”.

Las Audiencias Provinciales vienen estimando que estos casos no son merecedores de sanción penal.

Descartada la sanción penal, hay que recordar que el TEDH afirmó el derecho de los Estados a fijar los contenidos y formas mínimos de la educación obligatoria y entre ellos, su carácter escolar, al inadmitir el 11 de septiembre de 2006 la demanda interpuesta en el caso, *Fritz Konrad and others vs. Alemania*, país cuya legislación prohíbe expresamente la escuela en casa.

Invocando la doctrina del TEDH, la STC nº 133/2010, de 2 de diciembre, ordenó a los padres demandantes la inmediata escolarización, pese a constar la inexistencia de riesgos y que la educación recibida en casa (los niños hablaban cinco idiomas, recibían clases de música, matemáticas, ciencias y ética) era de gran calidad.

Procede por lo tanto la escolarización inmediata de los niños y en su caso, las sanciones administrativas a que hubiera lugar en cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

- ALAEZ CORRAL, Benito *Minoría de edad y derechos fundamentales* Tecnos Madrid 2003
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO R. *Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores*. Ar. Civ. 2002
- CAMPOY CERVERA Ignacio *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección* Dykinson Madrid 2006
- CILLERO M. “*El interés superior del niño en el marco de la convención internacional de los derechos del niño en Unicef Justicia y Derechos del niño nº 9*”
- DE LA ROSA CORTINA JM. “Medios de comunicación, menores y proceso penal” en Curso sobre menores sometidos al sistema de Justicia Juvenil. Purchena 2009.
- DE LA PALMA DEL TESO, Á. *La condición legal de menor no acompañado en nuestro Derecho de extranjería. Definición común en la Unión europea, la kafala del Derecho islámico*.
- DEL MORAL GARCÍA, A. *El ministerio Fiscal y el absentismo escolar* en “Jornadas sobre menores en edad escolar: conflictos y oportunidades”, organizadas por la Consellería de Educación del Govern des Illes Balears y la Fiscalía del TSJ des Illes Balears.
- DE MELO EGIDIO PERERIRA M^a Mariana. *Decisiones de conciencia en Derecho Penal* **La Ley**, Nº 7409, Sección Doctrina, 25 May. 2010, Año XXXI, Editorial **LA LEY**
- DOLZ LAGO Manuel *Sectas destructivas y Derecho Civil y del Menor* en el curso *Sectas destructivas y Derecho Penal y Civil* CEJ 2010
- DOMINGUEZ LUELMO, A. *Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación en Derecho Sanitario y Responsabilidad médica: comentarios a la Ley 41/2002* LEX NOVA 2^a Edición 2007
- DOPICO GÓMEZ ALLER Jacobo *Problemas del consentimiento informado por representación*
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal *Protección Jurídica del Menor Inmigrante*. Colex, Madrid 2001
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B. *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*. Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2007,
- FERREIRÓS MARCOS C.E. :
- *Protección reforzada de colectivos vulnerables. Problemas emergentes* en Curso de Especialización en Protección Jurídica y Responsabilidad Penal de Menores de Edad junio 2013 CEJ Madrid

- *Defensa del Derecho a la enseñanza obligatoria: el papel del Ministerio Fiscal.* Fundación AEQUITAS y Consejo General del Notariado España. Madrid 2011
- *PROTECCIÓN DE MENORES (E-BOOK). Salud y consentimiento informado. Experimentación en seres humanos.*

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR L. en “El Niño y los derechos humanos” en “Los derechos de los niños. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”. Obra en colaboración. Dykinson 2007

HODGKIN R. y NEWELL P. *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* UNICEF 2004

LAINO PEREYRA Silvia *Autonomía progresiva de la voluntad en Manual para la defensa jurídica de los derechos de infancia* Unicef Uruguay 2012

LINACERO DE LA FUENTE, M. *La protección del menor en el derecho civil español. Comentario a la Ley 1/1996, de 15 de enero.* La Ley Actualidad Civil ref. LXXVI

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *La protección jurídico civil de la persona por razón de la menor edad* ADC 1992

MARTÍNEZ PEREDA RODRIGUEZ José Manuel *La minoría madura en el IV Congreso nacional de Derecho Sanitario AEDS* Madrid 1998

MORENO VÍCTOR *La exploración del menor en procesos civiles de nulidad, separación y divorcio. El difícil equilibrio entre la intimidad del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva* La ley 7378 Sección Tribuna Abril 2010 año XXXI

NIETO ALONSO Antonia *La relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración a la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores y de los profesionales de la salud.* Las Ley 7041 Sec. Doctrina 24 de octubre de 2008 Año XXIX

NIETO GARCÍA Ángel Juan *,Derecho de asilo de menores, menores extranjeros no acompañados y otras personas vulnerables* La Ley nº 7597 Sec. Doctrina 25 de marzo de 2011. XXXII Madrid

PROYECTO *SOLIDARIDAD DE RESPONSABILIDADES: Identificación e intervención con los menores extranjeros solicitantes de asilo* UPComillas Madrid 2009

RIVERO HERNÁNDEZ Francisco

- *Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorios en AAVV Internamiento involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios* CGPJ Madrid 2000 pag. 207 y ss.
- *El interés del menor* Dykinson Madrid

ROCA Y TRÍAS E. *La función del derecho para la protección de la persona ante la biomedicina y la biotecnología* en Romeo Casabona (coord.) *Derecho biomédico y bioética*. Comares. Granada 1995

RODRIGUEZ FERNÁNDEZ R. *Novedades jurisprudenciales en el ámbito sanitario* La Ley nº 8033 Sec. Doctrina 28 de febrero de 2013 Año XXXIV

ROMEEO CASABONA Carlos M^a

- *¿Límites a la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (la negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)* en Revista de Derecho Penal y Criminología UNED nº 2 pag. 327 y ss
- *El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos*. VVAA *Problemas prácticos del consentimiento informado*. Publicaciones Fundación Frifols, Barcelona 2002, pg 106 y ss

SÁNCHEZ GONZÁLEZ M.P. *Implicaciones jurídicas del rechazo de un tratamiento médico vital para un menor (en torno a la Sentencia del TC 154/2002, de 18 de julio)*. PDDNº 2, 2003

SANTOS MORÓN M^a José *Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio* en La Ley 2002-7 pag. 1632 y ss

1. Recomendación CM/Rec(2012)11 del Comité de Ministros del Consejo de la UE sobre el papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal;
2. Recomendación del CM Rec(2012)2 sobre la participación de niños y jóvenes menores de 18 años
3. **Observación General nº 14 (29 de mayo de 2013)** sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
4. **Observación General nº 15 (17 de abril de 2013)** sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24 CDN)
5. **Observación General nº 16 (17 de abril de 2013)** sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.
 - **Observación General nº 17 (17 de abril de 2013)** sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (art. 31)

BIBLIOGRAFÍA