



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
COMO CRITERIO INTERPRETATIVO
EN LA PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL
DE DERECHOS Y OBLIGACIONES**

Autor: Mariola Mestre Planes

5º E3 B

Derecho Constitucional

Tutor: Miguel Ayuso Torres

Madrid

Junio 2023

RESUMEN

El presente trabajo busca analizar el concepto de “interés superior del menor”, tan utilizado a partir de la década de los 90 del pasado siglo, hasta nuestros días, en los que parece adoptar mayor y mayor relevancia en todos los ámbitos, tanto jurídicos como sociales. Mi objetivo es, a través de un estudio teórico (legislativo y doctrinal) y práctico, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, analizar si existe alguna correlación entre esas grandes declaraciones de intenciones con las que los legisladores proclaman su intención de proteger a los menores de manera preferente en cualquier tipo de conflicto (social y jurídico) y las concretas soluciones que, en la práctica, ha dado la jurisprudencia para dar una efectiva mayor protección a los niños. Esto es, estudiar si realmente, y de qué manera, este principio se lleva a la práctica en los casos en que los intereses de los menores entran en conflicto con intereses de adultos, autoridades públicas y de otros menores.

PALABRAS CLAVE

Conflictos familiares. Derechos y deberes de los menores. Interés superior del menor. Protección jurídica de los menores. Responsabilidad penal de los menores.

ABSTRACT

This paper seeks to analyze the concept of "best interests of the child", so widely used from the 90's of the last century, to the present day, in which it seems to adopt greater and greater relevance in all areas, both legal and social. My objective is, through a theoretical (legislative and doctrinal) and practical study, through the jurisprudence of the Constitutional Court and the Supreme Court, to analyze whether there is any correlation between those great declarations of intent with which legislators proclaim their intention to protect minors in a preferential manner in any type of conflict (social and legal) and the concrete solutions that, in specific cases, have been given by the jurisprudence to give an effective greater protection to children. That is, to study whether and how this principle is actually put into practice in cases

where the interests of minors come into conflict with the interests of adults, public authorities and other minors.

KEY WORDS

Best interest of the child. Criminal liability of minors. Family conflicts. Legal protection of minors. Rights and duties of minors.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
PARTE I. MARCO NORMATIVO	8
CAPÍTULO I. LAS GRANDES DECLARACIONES	8
1. EN DERECHO INTERNACIONAL	8
2. EN DERECHO NACIONAL	10
3. EN NORMAS AUTONÓMICAS	11
CAPITULO II. LOS CONTENIDOS	15
1. CONSIDERACIONES GENERALES	15
2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO DERECHO SUSTANTIVO	17
3. UN PRINCIPIO JURÍDICO INTERPRETATIVO FUNDAMENTAL	18
4. UNA NORMA DE PROCEDIMIENTO	22
PARTE II. LA APLICACIÓN PRÁCTICA	25
INTRODUCCIÓN	25
CAPITULO III. UN PROBLEMA RESUELTO: LA DESAPARICIÓN DEL DERECHO DE CORRECCIÓN DE LOS MENORES	26
CAPÍTULO IV: UN DEBATE EN CONSTRUCCIÓN: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS SITUACIONES DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO	32
1. LA PATRIA POTESTAD Y EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA	32
2. EL DERECHO DE VISITAS Y COMUNICACIONES	34
3. LA INTERVENCIÓN PRECEPTIVA DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES PARA CUIDAR DE LOS INTERESES DE LOS MENORES	38
4. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	39

CAPÍTULO V. UN PROBLEMA POR RESOLVER: ¿EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR A DISFRUTAR DE UNA FAMILIA O DE UN ACOGIMIENTO FAMILIAR, JUSTIFICARÍA LA PUESTA EN LIBERTAD DE UNO DE LOS DOS PADRES QUE ESTÉN PRESOS?	40
CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	48

RELACIÓN DE ABREVIATURAS

CDN	Convención de Derechos del Niño de 1889
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DGAIA	Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

"No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana". Así se estableció en la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, celebrada en Nueva York en 1990¹, por el grupo más numeroso de dirigentes mundiales reunido en toda la historia de las Naciones Unidas. No obstante, este pensamiento ya se formalizó un año antes en la CDN de 1989, plasmando por primera vez en su articulado el ahora tan escuchado concepto de "interés superior del menor".

A partir de este Convenio, la expresión "interés superior del niño" o "del menor" (que es la formulación de mayor uso contemporáneamente) se ha generalizado, y se ha empleado como aparente justificación de los mejores propósitos de todos los legisladores, tanto del Derecho interno como del comparado. Sin embargo, no es fácil encontrar una definición de este concepto, ni una expresión clara de sus consecuencias. Parece que los legisladores han estimado que han hecho suficiente con plasmar el principio, sin preocuparse efectivamente de cómo tiene que llevarse a efecto, ni qué derechos concede a los menores para el desempeño de sus actividades cotidianas, ni qué obligaciones debe asumir consecuentemente el Estado para que la defensa de sus intereses sea efectiva, ni de qué modo tiene que limitar el ejercicio de su poder en garantía de esos derechos preferentes.

El presente trabajo surge de la constatación de esa paradoja: grandes declaraciones y escasas plasmaciones. Para ello, se estructura en dos partes. En la primera se hace un recorrido por las normas europeas y españolas que han positivizado ese principio, buscando en cuántas ocasiones se le ha dotado de contenido concreto. Y en la segunda parte del trabajo se plantean distintos problemas que afectan a los menores, para valorar, con soporte en la jurisprudencia, cómo se ha traducido ese principio en una mayor protección del menor, si ha podido hacerse.

¹ Las conclusiones de este Congreso pueden verse en: <https://undocs.org/es/A/45/625>. Última visita: 8 de febrero de 2023.

PARTE I. MARCO NORMATIVO

CAPÍTULO I. LAS GRANDES DECLARACIONES

1. EN DERECHO INTERNACIONAL

La CDN fue ratificada por España el 31 de diciembre de 1990², y recoge la expresión “interés superior del niño” un total de siete veces, en concreto en sus artículos 3.1; 9.1; 9.3; 18.1; 21; 37.c); y, 40.2.b).iii), estableciéndola como base de cualquier decisión que deban tomar los poderes o autoridades públicas en relación con los problemas específicos de las personas menores de edad, y en general de toda medida que deba adoptarse en relación con los niños. No obstante, si bien se instituye como principio fundamental que debe regir las decisiones que involucren a los menores de edad, en ninguno de los artículos citados se brinda una definición de tal concepto, ni una concreción de los ámbitos o materias que engloba, ni un procedimiento concreto para su aplicación. Ocurre lo mismo en el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996³, en el que se nombra dos veces [en sus artículos 1.2 y 6.a)], aunque en este caso sí se ordena a las autoridades estatales y judiciales que lleven a cabo unos comportamientos finalistas: promover los derechos procesales de los niños con el fin de que puedan participar de forma informada y autorizada ante una autoridad judicial en los procedimientos que les afecten; y que en tales procedimientos la autoridad judicial recabe toda la información necesaria que afecte al menor antes de tomar cualquier decisión. A pesar de que estos preceptos ya se formulan de un modo un tanto más concreto, que nos podría permitir conocer, o al menos delimitar, el contenido del concepto, realmente siguen en un ámbito difuso e impreciso, sin que tampoco podamos extraer de ellos una respuesta precisa a las cuestiones planteadas, más allá de la voluntad general de velar y proteger los derechos de los niños.

Con este mismo objetivo de seguir protegiendo de manera especial a los menores de edad, España ratificó en el año 2002 el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los

2 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904).

3 Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 («BOE» núm. 45, de 21 de febrero de 2015, páginas 14174 a 14189).

Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en conflictos armados⁴. En su Exposición de Motivos se dispone que los Estados Parte se muestran “convencidos de que un protocolo facultativo de la Convención por el que se eleve la edad mínima para el reclutamiento de personas en las fuerzas armadas y su participación directa en las hostilidades contribuirá eficazmente a la aplicación del principio de que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las decisiones que le conciernan”. Una vez más, estamos ante grandes declaraciones y pocas concreciones, pues los Estados, que dicen preocuparse de la salud y el desarrollo de los menores, siguen admitiendo que puedan ir a la guerra y ser empleados en conflictos armados.

Asimismo, velando porque los menores de edad crezcan y puedan desarrollarse en un entorno libre de violencia, en un marco de paz y seguridad, y “confirmando que el interés superior del niño merece una consideración primordial”, España ratificó el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁵. En él se menciona el “interés superior del niño” un total de ocho veces más [artículos 8.1; 8.4; 9.1; 10.1.b); 22; 23.2.d); 28; y, 33.2]. Este tratado regula así la protección internacional de los menores y establece el interés superior del menor como un criterio prioritario en la toma de decisiones relacionadas con su bienestar, aunque sin aportar mayor concreción.

Igualmente, para garantizar que los menores puedan desarrollarse en un entorno familiar libre de violencia, España ratificó el día 18 de marzo de 2014 el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

Por tanto, en Derecho Internacional nos encontramos relevantes declaraciones que establecen el derecho de los niños a ser protegidos y a que sus necesidades e intereses sean considerados como prioritarios en todas las decisiones y acciones públicas que les afecten; así como la obligación de los Estados de proteger a los menores de la participación en conflictos

4 Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 («BOE» núm. 92, de 17 de abril de 2002, páginas 14494 a 14497).

5 Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 («BOE» núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, páginas 99837 a 99868).

armados y garantizar su “interés superior” en todo momento, y, en todos ellos, este “interés superior del menor” como un criterio prioritario en la toma de decisiones relacionadas con su bienestar. Sin embargo, no hay declaración alguna que obligue a los Estados a llevar a cabo políticas determinadas y precisas en favor de los menores, al margen de velar por la garantía y protección de los derechos (genéricos) de los niños.

La conclusión de todo ello es que las normas internacionales se limitan, en esta materia, a establecer grandes principios, que quizá señalan vías concretas de actuación a los Estados, o carecen de trascendencia práctica. Para comprobarlo, hay que estudiar el contenido de la legislación interna.

2. EN DERECHO NACIONAL

En el marco nacional, la CE, no dispone nada explícitamente respecto de este “interés superior del menor”; no obstante, se considera mayoritariamente que lo protege en sus artículos 10, 14, 18, 27 y 39. En concreto, el apartado cuarto del artículo 39 dice: “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, haciendo así una remisión, aunque genérica, perfectamente descriptiva de su voluntad de asumir, como Derecho interno, los mandatos que a este respecto deriven de sus obligaciones internacionales, al amparo de los Tratados expuestos en el apartado anterior.

Además, de forma más implícita, el interés superior del menor está regulado en diversas leyes nacionales, entre las que destacan:

- El Código Civil, que incluye disposiciones sobre la patria potestad, la tutela y la guarda de los hijos, estableciendo el “interés superior” de éstos como un criterio prioritario a considerar en cualquier decisión que les afecte (en concreto, aparece citado once veces en todo el texto legal⁶);

- La Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece el procedimiento para la resolución de conflictos en materia de custodia, alimentos y visitas, y reconoce el “interés

6 Artículos 92.2; 92.8; 94, párrafo 4º; 160.1, párrafo 1º; 172 bis.1, párrafo 1º; 173 bis.2.b) y c); 178.4, párrafo 2º; 202; 203; y 213.

superior del menor” como un criterio determinante en la toma de decisiones (mencionándolo tres veces⁷);

- La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección de Menores, que dispone el deber de los poderes públicos de proteger y garantizar los derechos de los menores, y habla del “interés superior del menor” como un criterio fundamental que debe seguirse en todas las decisiones y actuaciones que les afecten (nombrado diecinueve veces⁸, y dedicando su Capítulo I a tal concepto con el título “Ámbito e Interés superior del menor”);

- El Código Penal, que protege el “interés superior del menor” (se menciona explícitamente una sola vez⁹) y castiga a aquellos que causen daño o realicen actos ilegales en contra de los menores de edad (esto es, cuando sean víctimas de un delito); y

- La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que tiene como objetivo proteger el “interés superior del menor” (con tres menciones expresas¹⁰) y garantizar su derecho a un trato justo y equitativo en el ámbito penal (cuando son responsables de delitos y deben, por ello, recibir un castigo compatible con su rehabilitación y desarrollo futuro) en España.

Además de las leyes citadas, hacen referencia a este concepto, que sigue empleándose como principio primordial de nuestro ordenamiento, otras diversas normas, como la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; y la Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales.

3. EN NORMAS AUTONÓMICAS

7 Artículos 749.1, párrafo 2º; 778 quinquies.9; y, 778 quinquies.12, párrafo 3º.

8 En su Exposición de Motivos; y artículos 2.1; 2.2; 2.3.f); 2.4; 2.5.e); 9.3; 12.8; 18.5, párrafo 3º; 19.2; 20.1, párrafo 1º; 20.2; 20.3.d).1º; 20 bis.2.a); 21.3; y, 22 quater.3.

9 Artículo 46, párrafo 2º.

10 Las tres en su Exposición de Motivos I y II.

Desarrollando las leyes citadas, la legislación autonómica también se ha preocupado de los menores en diferentes ámbitos, como la familia, la salud, el derecho a la intimidad e incluso en el ámbito penal, regulando por ejemplo fórmulas de cumplimiento de penas, y vías para la reinserción del menor delincuente. Las expresiones más claras del reconocimiento del “interés superior del menor” se encuentra en las siguientes normas:

a) En la Comunidad Autónoma vasca:

a.1) La Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Esta norma establece la custodia compartida como régimen adecuado en casos de separación o divorcio, protegiendo el interés superior del menor. Además, se considera excepcional otorgar la custodia a un progenitor condenado por violencia doméstica o de género, y señala que tiene el objetivo primordial de defender el interés superior de los hijos menores en los casos de ruptura de la relación de sus progenitores, así como ayudar en la promoción de la igualdad.

a.2) La Ley 4/2022, de 19 de mayo, del Recurso de Casación Civil Vasco, resalta la protección del interés superior del menor en asuntos relacionados con el derecho civil vasco y la mediación familiar.

b) En Cataluña:

b.1) La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, reconoce y refuerza el interés superior del menor en relación con las decisiones que afectan a su persona y patrimonio. Establece que las responsabilidades parentales se mantienen compartidas después de la ruptura matrimonial o convivencia estable en pareja, y la autoridad judicial determina cómo se ejercen estas responsabilidades, teniendo en cuenta el carácter conjunto y el interés superior del menor.

b.2) La Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado, en su artículo 9.2, señala que “Los acuerdos deben dar prioridad al interés superior de los menores y de las personas incapacitadas”.

c) En Aragón:

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas, reconoce y promueve la protección del menor y la familia, en concordancia con la CE, el Estatuto de Autonomía de Aragón y la CDN. Se enfatiza el principio del interés superior del menor en relación con la ruptura de convivencia de los progenitores. En la Sección 3ª (arts. 75 a 84), que incorpora los preceptos de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, se establece que la responsabilidad de los padres hacia los hijos continúa después de la separación o divorcio, y se requiere un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes parentales.

Además, en el ámbito del acogimiento familiar de menores desamparados, se contempla la posibilidad del acogimiento familiar permanente, en el cual el Juez puede otorgar a los acogedores las facultades de tutela necesarias para el cumplimiento de sus responsabilidades, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor.

d) En Navarra:

d.1) La Compilación de Derecho Navarro, aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, determina, en su Ley 64, al regular la responsabilidad parental que corresponde a los padres sobre sus hijos menores de edad, que dicha responsabilidad tiene por finalidad procurar su pleno desarrollo de acuerdo a su personalidad e interés superior y con respeto a sus derechos y a su integridad.

d.2) La Ley Foral 12/2022, de 11 de mayo, de atención y protección a niños, niñas y adolescentes y de promoción de sus familias, derechos e igualdad, también utiliza este criterio y destaca el interés superior del menor ya en su Preámbulo, sobre la base del respeto a las obligaciones derivadas de la CDN para mantener a los menores en situaciones de vulnerabilidad en el seno de su propia familia, o proceder a su separación.

Como principio de actuación, señala en sus artículos 3 y 4, en relación a los menores de edad, que “Toda persona 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”.

También establece que “Las actuaciones de atención a menores que realicen las personas o entidades domiciliadas o que residan en Navarra y las Administraciones públicas de Navarra serán conformes en todo caso con el principio de interés superior de la persona menor”.

De este modo, observamos cómo el marco normativo, tanto a nivel internacional como nacional, reconoce la importancia del "interés superior del menor" en la toma de decisiones y acciones que afecten a los niños. Asimismo, los Tratados internacionales y las leyes nacionales establecen este principio como prioritario en asuntos relacionados con la protección, el bienestar y los derechos de los niños. Sin embargo, a pesar de estas declaraciones, no se proporciona una definición precisa ni una concreción de los ámbitos que abarca este concepto. En el ámbito nacional, aunque la CE no menciona explícitamente el "interés superior del menor", se considera que lo protege a través de varios artículos y se hace referencia a él en diversas leyes relacionadas con la familia, la protección de los menores y el sistema de Justicia. Además, las normas autonómicas también destacan la importancia de este principio en diferentes ámbitos y regulan aspectos específicos relacionados con los menores. Así, en general, el marco normativo establece principios y directrices generales, pero se requiere un estudio más detallado de la legislación interna para obtener una comprensión precisa de cómo se aplica este principio en la práctica.

CAPITULO II. LOS CONTENIDOS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El interés superior del menor se utiliza como base de cualquier decisión que se haya de tomar en relación con él, principalmente en los casos de conflictos en los que el menor puede verse envuelto en relación con el Derecho de familia. Sin embargo, el artículo 3 de la CDN se refiere explícitamente al derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, lo que significa que dicho interés se extiende a todo tipo de acciones en relación con los menores, debiendo ser aplicado en todos los ámbitos del Derecho, extravasando su ubicación original de las relaciones familiares¹¹.

De este modo, hemos podido ir intuyendo, a través de la observación del uso que la legislación hace del término, que se trata de un concepto jurídico indeterminado, puesto que no se da una definición del mismo en ningún texto normativo¹². A pesar de ello, esto no significa que sea una noción indeterminada y susceptible de manipulación por las autoridades o poderes públicos. En este sentido, se entiende que el concepto discutido tiene un alcance de triple dimensión, siendo a la vez un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento, tal y como se establece en la Observación general

¹¹ La regla primordial del interés y beneficio de los menores en la adopción de las medidas personales y patrimoniales que les afecten rige como verdadero principio de orden público (SSTS 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013; 569/2016, de 28 de septiembre, y 251/2018, de 25 de abril, así como SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, y 81/2021, de 19 de abril). También las SSTC 64/2019, de 9 de mayo; 178/2020, de 14 de diciembre, y 13/2021, de 31 de mayo, subrayan que "el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos". Y las SSTC 64/2019, de 9 de mayo, y 113/2021, de 31 de mayo, estiman que "es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención", con referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York.

¹² Varela Castro, I., "El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", Boletín del Ministerio de Justicia, mayo 2016, p. 15, Recuperado de https://www.academia.edu/37815349/El_interés_del_menor_como_derecho_subjetivo_Especial_referencia_a_la_capacidad_para_contratar_del_menor, dice a este respecto que "A la hora de concretar qué es el interés del menor surgen dificultades pues nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado o cláusula general abierta con un contenido ambiguo y de difícil precisión, por lo que para concretarlo se debe atender a la casuística, ya que es inútil pretender establecer una línea teórica que recoja todos los supuestos en que pueda encontrarse un menor, pues estaría muy lejos de ser exhaustiva. supuesto de hecho general y abstracto, sin límites precisados exactamente por la ley, siendo el juez quien debe dar contenido concreto a tal concepto cuando aplique la ley y juzgue un determinado supuesto de hecho y sus circunstancias. el interés del menor constituye en nuestro derecho un principio constitucional [...]. Además, al estar recogido en las normas sustantivas, a modo de cláusula general, el principio del interés del menor tiene valor normativo, lo cual justifica su aplicación directa y no subsidiaria; lo que en absoluto impide su aplicación en el caso concreto, debido a su carácter informador del ordenamiento jurídico, o en defecto de norma legal o consuetudinaria".

nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial¹³.

La LOPJM permite una primera aproximación al concepto, pues en los apartados 2 y 3 de su artículo 2 incluye una lista de criterios generales para interpretar y aplicar el interés del menor como, por ejemplo, su desarrollo; la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones; 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 o la preservación de su identidad. Además, señala que estos criterios se ponderarán de acuerdo a la edad y madurez del menor, al irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo y a la promoción de su efectiva integración y desarrollo en la sociedad. Estos criterios deben presidir la interpretación y aplicación del interés del menor y, en consecuencia, de las distintas normas que se refieren al mismo, como exige el Legislador.

Varela Castro¹⁴ sostiene a este respecto que “el interés del menor prima sobre cualquier otro tipo de interés por lo que, como criterio hermenéutico que es y sin necesidad de su tipificación en el texto legal, su satisfacción es prioritaria y se impone sobre otros intereses legítimos que puedan concurrir”. Por su parte, Rivero Hernández¹⁵ destaca que “la prevalencia o superioridad no se da siempre, ni es absoluta pues queda delimitada o moderada por el principio de proporcionalidad”. A su juicio, se trata de una regla general que no excluye excepciones, ya que hay otros bienes e intereses valiosos jurídicamente que deben ser apreciados en cada caso, cuya relevancia puede conducir a la preponderancia de éstos mediante la restricción del interés del menor.

13 Observación general nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Visto en <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3990&tipo=documento>. Última visita: 22 de mayo de 2023. Varela Castro, I., “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, op. cit., caracteriza este triple contenido del interés superior de menor en los siguientes términos: “por una parte es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. en estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.

14 Varela Castro, I., “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, op. cit., p. 21.

15 Rivero Hernández, F., “El interés del menor”, 2ª ed., Dykinson, 2007, p. 75.

Pero no debe olvidarse que el artículo 2.4 LOPJM parte de otra perspectiva, pues señala que, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro. Así, el Legislador incorpora al texto legal una ponderación ex lege que coloca el interés superior del menor por encima de cualquier otro interés de cualquier índole o naturaleza. Así lo viene recogiendo de manera constante la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional (SSTC 77/2018, de 5 de julio; 64/2019, de 9 de mayo; 99/2019, de 18 de julio; 178/2020, de 14 de diciembre; 81/2021, de 19 de abril; y 113/2021, de 31 de mayo), como del Tribunal Supremo (SSTS 175/2021, de 29 de marzo; 438/2021, de 22 de junio; 705/2021, de 19 de octubre; y 729/2021, de 27 de octubre).

2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO DERECHO SUSTANTIVO

El interés superior del menor en su dimensión de derecho sustantivo quiere decir que el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial en la toma de decisiones sobre cuestiones en las que exista un conflicto de intereses¹⁶. Así, debe ser analizado y valorado al sopesar los diferentes aspectos de un problema social o jurídico, y especialmente todos los que se refieran a los menores. Paralelamente, hace de garantía de que tal derecho sea respetado en todos los casos en los que un niño, concreto o en abstracto, se vean -o puedan verse- involucrados¹⁷.

16 García Rubio, M. P., “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, Actualidad Jurídica Iberoamericana nº 13, agosto 2020, p. 14-49, sostiene que “El interés superior del niño es un derecho sustantivo que reconoce al niño el derecho a que su interés superior sea considerado de manera primordial en todas las decisiones que le afecten. Esto implica que los intereses y necesidades del niño deben ser evaluados y tenidos en cuenta de manera prioritaria en comparación con otros intereses o consideraciones”. “El enfoque sustantivo del interés superior del niño busca garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esto significa que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas y políticas que promuevan el desarrollo integral y el bienestar del niño, protegiéndolo de cualquier forma de violencia, discriminación o negligencia”.

17 García Rubio, M. P., “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, op. cit., expone la situación del debate que en la actualidad plantea la doctrina acerca de si un derecho sustantivo es “un verdadero derecho subjetivo con todos los caracteres que suelen ligarse en nuestra tradición jurídica a este concepto”. Así, después de revisar las opiniones científicas que consideran “el interés del menor como un derecho de la personalidad, oponible erga omnes, que opera tanto en las relaciones verticales entre el menor y la Administración, como en las relaciones horizontales del menor con otros sujetos privados, señaladamente con los que conforman su grupo familiar”, y que además permitiría “al menor exigir que su interés sea tomado en consideración y respetado y, en último término, acudir a los tribunales solicitando su protección jurídica”, excluye tal identidad, ya que “a pesar de reconocer lo sugerente de la idea de identificar el interés del menor como derecho sustantivo con su calificación como derecho subjetivo en el sentido técnico apuntado, la asimilación es difícil de compartir. La Observación General ni dice nada parecido ni puede decirlo, aunque solo sea porque el concepto de derecho subjetivo, con todas sus implicaciones, no es compartido por todos los ordenamientos jurídicos de los Estados que forman parte de la Convención y, por lo tanto, es muy improbable que estuviera en la mente de sus redactores. Es más, si se relee atentamente el reproducido párrafo que pretende aclarar su significado como derecho sustantivo, no creo que ni la referencia a la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica ni el hecho de que pueda ser invocado ante los tribunales, sean derechos de naturaleza propiamente sustantiva. Tampoco pienso que la dimensión ahora comentada pretenda que su ejercicio quede limitado a la actuación de su titular; más bien al contrario, parece un mandato dirigido a todos y en especial a los Estados que han de procurar el logro de los citados objetivos”.

Así, la CDN establece, al hablar del “interés superior del menor”, una obligación inherente a los diferentes Estados parte, que es directamente aplicable y puede ser invocada ante los Tribunales¹⁸.

Varela Castro¹⁹ destaca en este sentido que la CDN, “más allá de considerar el interés (superior) del menor bien como principio, bien como regla de procedimiento, se refiere al mismo como derecho; concretamente subraya que se trata de un derecho sustantivo que es directamente aplicable y que puede invocarse ante los tribunales”. Podemos encontrar una concepción semejante en la Exposición de Motivos de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

3. UN PRINCIPIO JURÍDICO INTERPRETATIVO FUNDAMENTAL

Este concepto quiere decir que, si una disposición legal es susceptible de más de una interpretación, se optará por aquella que más efectivamente sirva al interés superior del niño. Esto significa que impone la necesidad de elegir, dentro de las opciones disponibles, aquella interpretación de la norma o normas aplicables que maximice este interés superior del menor.

Cabe plantearse en este sentido si esta elección de la interpretación de normas en beneficio del menor puede llegar a suponer la inaplicación de alguna de ellas en el caso concreto. Podemos destacar cinco casos (dos europeos y tres nacionales) en los que se ha dado este supuesto:

a) STJUE (Gran Sala), de 13 de septiembre de 2016 (asunto C 165/14)

¹⁸ Varela Castro, I., “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, op. cit., p. 25, se plantea cómo el menor puede ejercitar este derecho, y expone que es “característica propia de los derechos subjetivos que se puedan ejercer tanto judicial como extrajudicialmente, de ahí que el menor pueda exigir, tanto en la esfera privada de su convivencia con otros individuos como ante los tribunales, que se respete el derecho a que su interés sea tenido en cuenta en el caso concreto, así como que el mismo no sea lesionado ni perjudicado. Así, en el caso concreto, el menor puede exigir que se respete su derecho a atender a su interés y, en el caso de vulneración u omisión, podrá acudir a los tribunales en busca de la protección jurídica”. En sentido coincidente, aunque desde distinta perspectiva, García Rubio, M.P., “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, op. cit., p. 20, estima que “Como derecho sustantivo, el interés superior del niño es reconocido y protegido por la Convención sobre los Derechos del Niño y tiene un carácter vinculante para los Estados que la han ratificado. Esto significa que los Estados tienen la obligación legal de respetar y garantizar este derecho en todas las acciones que involucren a los niños”.

¹⁹ Varela Castro, I., “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, op. cit., p. 21.

En este caso (Alfredo Rendón Marín contra la Administración del Estado) se plantearon varios problemas relacionados con la interpretación de las normas aplicables y la protección del interés del menor, siendo el central la determinación de cuál era la interpretación correcta de la norma o normas involucradas en el caso, que resultaba crucial para tomar una decisión que maximizase el interés del menor y garantizase su bienestar.

Y, tras un amplio debate técnico, el TJUE determinó la inaplicación de una norma interna que suponía la negación del permiso de residencia en un Estado miembro de un nacional de un tercer Estado que tenía antecedentes penales y un menor a su cargo, para salvaguardar el interés superior de éste²⁰.

b) STEDH (Gran Sala), de 6 de julio de 2010 (caso Neulinger y Shuruk c. Suiza)

En este caso, el TEDH determinó la inaplicación de las reglas del Convenio de la Haya de 1980²¹ en supuestos de sustracción internacional de menores por uno de los progenitores.

La demandante era una ciudadana suiza con residencia en Israel, cuyo hijo estaba sujeto a una prohibición de salida de ese país (hasta que alcanzase la mayoría de edad), impuesta por el Tribunal de Familia de Tel Aviv. Tras el divorcio de ambos progenitores, la madre abandonó Israel en secreto y se fue a Suiza con el menor. Los tribunales suizos ordenaron entonces la devolución inmediata del niño aplicando las normas del CEDH, que establecen la restitución inmediata del menor y el cese de la relación con el progenitor que llevó a cabo la conducta ilícita. El TEDH consideró que tal actuación suponía la violación del artículo 8 del Convenio²². De este modo, estableció que esa regla únicamente debe aplicarse cuando resulte adecuado y beneficioso para el menor en cuestión, y, estimando que el regreso del niño a Israel no estaba suficientemente justificado desde la perspectiva de su propio interés (pues éste ya llevaba

20 En su fundamento núm. 66 se establece que “El art. 7 de la Carta debe ponerse en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño, reconocido en el art. 24, apartado 2, de la Carta”.

21 Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 («BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987, páginas 26099 a 26105).

22 Si bien en dicho artículo no aparece el “interés del menor”, el TEDH considera que es un elemento primordial del derecho a la vida privada y familiar contemplado en el citado art. 8.

cinco años en Suiza, periodo que estuvo sin tener contacto alguno con su padre, quien tampoco quiso establecer relación con él) decidió inaplicable en este caso.

c) STC (Sala Primera), de 24 de octubre de 2022 (Sentencia nº 130/2022)

Esta Sentencia resuelve un recurso de amparo promovido por don Mourad Maha respecto de los Autos dictados por un Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Barcelona en un procedimiento de oposición a medidas de protección de menores, en el que el actor invocó vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (por acceso a la jurisdicción), al tratarse de resoluciones judiciales que impedían la efectiva impugnación de un Decreto de la Fiscalía de Menores sobre determinación de la edad.

El demandante, un menor extranjero no acompañado, compareció ante los Mossos d'Esquadra en junio de 2017, afirmando ser menor de edad y no tener referentes en España, pero la Fiscalía le consideró mayor de edad, y las distintas instancias judiciales a las que acudió para impugnar esa decisión no admitieron a trámite el procedimiento.

El TC valoró que el caso tenía especial trascendencia constitucional pues planteaba la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de acceso a la jurisdicción, por una interpretación y aplicación de los requisitos para la admisión a trámite de este especial incidente de oposición, que se había interpretado de manera excesivamente rigorista o formalista, lo que podría significar el cierre o ineffectividad de la vía indirecta de impugnación de un Decreto de determinación de edad dictado por la Fiscalía.

Finalmente, el TC otorgó el amparo solicitado, apreciando que la inadmisión del escrito iniciador del procedimiento de oposición del art. 780 LEC impide al demandante acceder a la jurisdicción, y establece que, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva existe cuando “la denegación de una decisión sobre el fondo procede de una interpretación de la legalidad procesal manifiestamente irrazonable, arbitraria o fruto de un error patente, o cuando las reglas de acceso a la jurisdicción se hayan interpretado de manera rigorista o excesivamente formalista, o de cualquier otro modo que revele una clara desproporción entre los fines que estas reglas

preservan y los intereses que se sacrifican (STC 222/2016, de 19 de diciembre). En este caso, debe examinarse la racionalidad de la interpretación realizada por la Audiencia Provincial respecto del art. 780 LEC, particularmente en sus apartados 2, 3 y 4”.

Así, declaró que se había producido una falta de proporcionalidad en la decisión del Tribunal, teniendo en cuenta que el derecho invocado es el de acceso a la jurisdicción, debido a que no existe proporcionalidad entre el objetivo (economía procesal y prevención del colapso de los tribunales) y los intereses que se sacrifican (un menor extranjero sin progenitores en España ni otros familiares adultos que puedan ejercer una guarda de hecho o tutela).

Y lo relevante de esa Sentencia a los fines de este TFG es que declaró que la interpretación del art. 780 LEC requería una lectura más laxa y flexible, con el fin de garantizar y defender el bienestar y protección del menor, asegurando su derecho a la tutela judicial efectiva, a la igualdad (art. 14 CE), y sobre todo en pos de la protección del interés superior del menor.

d) STC (Sala Segunda), de 14 de diciembre de 2020 (Sentencia nº 178/2020)

En este caso, la demandante de amparo había presentado una demanda de paternidad en la que solicitaba que se le impusiera a su hija menor, como primer apellido, el paterno, pero en la vista cambió de opinión y prefirió que la niña llevase en primer lugar el apellido materno. El Juzgado accedió a la primera petición, pero finalmente el Tribunal Supremo estimó que era la demanda el único cauce para fijar el objeto del procedimiento. Y el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado (anulando las resoluciones previas para que se dictase una nueva respetuosa del derecho fundamental vulnerado), reiterando su doctrina consolidada en la materia (STC 64/2019, de 9 de mayo), respecto a que el interés superior del menor es “un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto”, y que, a estos efectos, “ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor”. Y, entrando en el caso concreto, determinó que la aplicación de este principio “prima sobre la de cualquier norma procesal relativa a una posible preclusión o extemporaneidad de las pretensiones”.

e) STS de 17 de febrero de 2015 (Sentencia nº 8478/2015)

El mismo problema se planteó en esta Sentencia del Tribunal Supremo, que también acudió a la eficacia del interés superior del menor para la interpretación de las normas jurídicas aplicables para la resolución del caso. Declaró que el interés superior del menor justifica que su primer apellido sea el de la madre y el segundo el del padre, que ejercitó tardíamente la acción de reclamación de paternidad, por cuanto la respuesta a la cuestión procesal planteada “no puede ser la interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor; por lo que la Sala, cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de éste”.

De este modo, que el interés superior del menor tenga una función de principio jurídico interpretativo cobra concreta eficacia para la aplicación del Derecho. Así, cuando una disposición legal puede tener múltiples interpretaciones, se debe optar por aquella que mejor sirva al interés superior del niño. Esto significa seleccionar la interpretación de las normas que maximice el bienestar del menor, incluso si ello implica la inaplicación de alguna norma en casos concretos, como en los expuestos, de forma que este principio permite la adaptabilidad y aplicación de manera flexible del Derecho, para proteger y promover el bienestar de los niños en situaciones legales complejas, y buscando evitar interpretaciones restrictivas o limitadas que puedan perjudicar el pleno ejercicio de los derechos de los menores, y consecuentemente la lesión de su interés superior.

4. UNA NORMA DE PROCEDIMIENTO

La tercera dimensión del interés superior del menor es su papel como norma de procedimiento. Con esta expresión se hace referencia a que, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a un niño o grupo de niños específico, o a los niños en general, el proceso de toma de decisiones debe incluir una estimación del impacto probable (positivo o negativo) que tendrá sobre ellos. Este proceso de evaluación y determinación del interés superior del niño requiere garantías procesales, por lo que, además, los motivos de la decisión deben demostrar que este derecho se ha tenido en cuenta explícitamente. En este sentido, el Estado parte debe explicar cómo se respetó este derecho en la decisión, es decir, qué se consideró afectante al interés superior del niño, y cuáles fueron los criterios en los que se basó la

decisión. Recuérdese que la Observación General n° 14²³ establece en sus apartados 85 y siguientes las garantías procesales que deben llevarse a efecto para velar por la observancia del interés superior del niño²⁴, que incluyen aspectos como el derecho del niño a expresar su opinión, la participación de profesionales capacitados en la determinación de los hechos, la consideración del factor tiempo para priorizar los procedimientos relacionados con los niños y finalizarlos en el menor tiempo posible, la representación letrada del niño en procesos judiciales o administrativos que involucren su interés superior, la argumentación jurídica que justifique y explique las decisiones tomadas, la existencia de mecanismos para examinar o revisar decisiones que no se ajusten al procedimiento adecuado de evaluación y determinación del interés superior del niño, y la evaluación del impacto en los derechos del niño en todas las etapas y niveles de los procesos de formulación de políticas y medidas generales.

Asimismo, es importante que los Estados parte demuestren cómo se ha tenido en cuenta explícitamente el interés superior del niño en la toma de decisiones, describiendo qué aspectos se consideraron relevantes para su bienestar y cuáles fueron los criterios utilizados en la decisión, así como establecer un marco legal que promueva y garantice la aplicación efectiva de estas salvaguardas procesales para velar por el respeto y la protección del interés superior del niño en todos los ámbitos. De este modo, al cumplir con estas exigencias, se promueve una toma de decisiones más acorde con el interés superior del niño y se garantiza su protección y desarrollo integral.

23 Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), op. cit.

24 Cita expresamente: “a) El derecho del niño a expresar su propia opinión”; b) la necesidad de que la determinación de los hechos se realice “mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del interés superior del niño”; c) la percepción del tiempo, esto es “dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible”; d) “los profesionales cualificados” de modo que “el proceso de evaluación oficial debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro por profesionales capacitados”; e) “la representación letrada”, estableciendo que “cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior, el niño debe disponer de representación letrada”; f) “la argumentación jurídica” conlleva que “a fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada”; g) “los mecanismos para examinar o revisar las decisiones”, que ordena que “los Estados deben establecer mecanismos en el marco de sus ordenamientos jurídicos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño o los niños”; y, finalmente h) “la evaluación del impacto en los derechos del niño”, estableciendo que “la adopción de todas las medidas de aplicación también debe seguir un procedimiento que garantice que el interés superior del niño sea una consideración primordial, [...] y que la evaluación del impacto debe incorporarse a todos los niveles y lo antes posible en los procesos gubernamentales de formulación de políticas y otras medidas generales para garantizar la buena gobernanza en los derechos del niño”.

De este modo, el interés superior del menor desempeña una función fundamental como norma de procedimiento en la toma de decisiones que afectan a este grupo de población.

PARTE II. LA APLICACIÓN PRÁCTICA

INTRODUCCIÓN

En el Derecho español, la familia se ha estructurado tradicionalmente en función de dos tipos de relaciones internas: la de igualdad y coparticipación entre los cónyuges (si bien la igualdad plena es un reflejo de los tiempos modernos, pues una mirada retrospectiva hace ver que la figura femenina se ha caracterizado como subordinada a la masculina y de menor peso relativo, de modo que se ha llegado a expresar que históricamente la sociedad de gananciales estaba regida por un administrador único); y la de desigualdad y sujeción entre los padres y los hijos. El concepto jurídico que ha estructurado esta relación vertical se denomina en Derecho Civil la patria potestad, que es figura que arranca del derecho romano, y que en la actualidad define el artículo 154 del CC como responsabilidad parental que comprende el conjunto de deberes y facultades que asumen los progenitores respecto de sus hijos no emancipados, y que abarca los de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; representarlos y administrar sus bienes; y decidir su lugar de residencia habitual. Recalca el CC que esta responsabilidad parental “se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”.

En la perspectiva de este trabajo, resulta relevante comprobar cómo se coordinan los conceptos de patria potestad y de interés superior de los menores. Y a este efecto cabe plantear tres posibles escenarios: ¿los titulares de la patria potestad pueden imponer unilateralmente sus propias reglas a los menores, sin ninguna necesidad de contrastarlas con ellos, ya que, por su escaso desarrollo personal, el interés superior de los menores lo definen sus padres?; ¿existe, por el contrario, una obligación legal de que los progenitores interactúen con los hijos de cara a la conformación de la convivencia familiar, ya que todos los integrantes de la familia deben coadyuvar al desarrollo de la convivencia?; o, ¿los menores son titulares de derechos o, más genéricamente, situaciones jurídicas subjetivas, que el ordenamiento reconoce como límites infranqueables a la actuación de los padres?.

La primera de estas tesis es la que más frecuentemente revela la experiencia. La segunda, la plasma el indicado artículo 154 del CC, cuando dice que “si los hijos o hijas

tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten, sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario”. Finalmente, la tercera de estas tesis es la que creo que mejor representa la idea el “interés superior del menor”.

Y, para demostrar su vigencia y trascendencia, voy a identificarla en tres ámbitos concretos, con los que simbolizo lo ya conseguido, lo que se está construyendo en la actualidad y lo que queda por resolver.

CAPITULO III. UN PROBLEMA RESUELTO: LA DESAPARICIÓN DEL DERECHO DE CORRECCIÓN DE LOS MENORES

El texto del artículo 154 del CC no siempre ha tenido la misma redacción que acabo de transcribir. Hasta 2007 (en que este precepto fue reformado por Ley 15/2007, de 28 de diciembre), tras reconocer a los padres los derechos de educar y proporcionar una formación integral a los hijos, y establecer que para ello podrían “en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad”, se añadía “podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos”. En términos semejantes, el artículo 268 del CC otorgaba la misma facultad a los tutores. Sin embargo, este derecho de corrección estaba vinculado a la patria potestad y no a la facultad de educar y formar a los menores, ya que no se entendía extensible a los maestros o profesores respecto de los alumnos²⁵. Y ello porque aunque estos profesionales tenían el derecho y el deber de corregir a sus alumnos²⁶, no podían ejercerlos más que respetando su integridad y dignidad personal²⁷.

El ámbito de este derecho de corrección era tan extenso, y sus límites tan frágiles, que el Código Penal llegaba a justificar (o, al menos, atenuar) las lesiones que los padres pudieren

25 Históricamente, este derecho de corrección ha llegado a generalizarse, “abarcando la corrección de los hijos ajenos, la utilización de la violencia en el sistema educativo, la dirección de la vida conyugal y la corrección de los pupilos, discípulos y aprendices”. Vid. Mestre Delgado, E. “La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraleales de justificación penal”, Edisofer, Madrid, 2001 p. 44.

26 Así estaba establecido, entre otros preceptos, en el artículo 42.1.d) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación.

27 Artículo 6.d) de la indicada Ley Orgánica 8/1985.

causar a los hijos en el ejercicio de este invocado “derecho de corrección”. Así, el artículo 625 del CP de 1822 castigaba, “como culpables de homicidio involuntario cometido por ligereza” a “los padres o abuelos que, excediéndose en el derecho de corregir a sus hijos o nietos cuando cometan alguna falta, maten a alguno de estos en el arrebató del enojo”. Y el artículo 658 de este mismo código atenuaba también la pena a los padres y ascendientes en línea recta que, excediéndose de sus facultades en el ejercicio de este mismo derecho de corrección, “lisiaren a alguno de sus hijos o nietos”. Este mismo modelo de atenuación de la responsabilidad penal derivada de la causación de graves lesiones, o incluso la muerte, a consecuencia de los castigos vinculados a las facultades de educación y corrección de los descendientes, continuó en los Códigos Penales de 1870 (artículo 431), 1928 (artículos 534 y 762, que sancionaba a “los ascendientes y tutores que, abusando del derecho de corregir y castigar moderadamente a los menores que estén bajo su potestad o guarda, los maltrataren de modo grave que hiciera peligrar su salud”), 1932 (artículo 423), 1944 (artículo 420), y 1973 (cuyo artículo 420 hacía expresa referencia a la inaplicación de un subtipo agravado a “las lesiones que el padre causare al hijo excediéndose en su corrección”). Este precepto estuvo vigente hasta la reforma efectuada por la Ley Orgánica de 15 de junio de 1983, y la doctrina científica discutía (vista la punición atenuada de las lesiones graves) si el derecho de corrección facultaba a los padres para causar a los hijos lesiones menos graves o leves²⁸.

Afortunadamente, la reforma del Código Penal de 1983 derogó todas las referencias a la atenuación de la responsabilidad penal en las agresiones contra los menores supuestamente amparadas en un derecho de corrección, y la reforma efectuada por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, dio un importante vuelvo a la situación al incorporar como delito el ejercicio, “con cualquier fin” de la violencia física sobre, entre otras personas, “los hijos sujetos a la patria potestad”. Finalmente, el Código Penal de 1995 plasmó la figura agravada de la violencia doméstica.

En el mismo sentido, la Ley 15/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, derogó esa facultad de los padres de “corregir razonable y moderadamente a sus hijos”. Lo hizo con base en la aparente contradicción de ese precepto con el artículo 19 de la Convención

28 Por ejemplo, Ferrer Sama, A., “Comentarios al Código Penal”, volumen I, tomo I, Murcia, 1946, p. 241, sólo estimaba ajustada a la legalidad la causación de lesiones leves.

sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989²⁹, y con la finalidad de evitar que la literalidad del texto legal pudiese amparar la realización de actos lesivos contra los derechos fundamentales de los menores.

En la transición desde un derecho histórico que atribuía a los padres la facultad de castigar físicamente a los hijos hasta el reconocimiento de que su dignidad personal constituye un límite infranqueable a la actuación de los progenitores, pueden destacarse las siguientes Sentencias:

a) STS (Sala 2ª de lo Penal), nº 578/2014, de 10 de julio.

En esta resolución, que confirmó la condena en un supuesto de delito leve de lesiones causadas por el padre a su hija menor, estableció, como línea general (precisada en las sentencias que a continuación cito) que “la facultad que a los padres asiste para poder corregir a sus hijos, en cualquier caso, queda integrada dentro del conjunto de derechos y obligaciones que surgen de la patria potestad y solo puede concebirse orientada al beneficio de los hijos y encaminada a lograr su formación integral, tiene como límite infranqueable la integridad física y moral de estos. La reprensión ante una eventual desobediencia del menor nunca puede justificar el uso de la violencia que el acusado ejerció, ni admite bajo ninguna óptica, considerar esa actuación orientada a su beneficio.

b) STS (Sala 2ª de lo Penal), nº 654/2019, de 8 de enero.

El caso arrancó de una sentencia de un juzgado de lo penal que castigó a una persona, por la comisión de un delito de maltrato en el ámbito familiar (artículo 153.2 y 3 del CP), por cuanto, en el contexto de una discusión con su hijo menor de edad, “y con ánimo de menoscabar su integridad física, le propinó una bofetada en la cabeza”, a consecuencia de la cual “el menor sufrió lesión consistente en hematoma en pabellón auditivo derecho y discreta erosión en cara interna de mucosa labial inferior, que requirió para su curación de una primera

²⁹ Esta Convención fue ratificada por España por Instrumento publicado en el BOE de 31 de diciembre de 1990, y su artículo 19.1 decía que “los Estados Parte adoptaran todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

asistencia facultativa y cinco días no impositivos”. Esta condena fue confirmada, en primer lugar por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª, en sentencia de 3 de febrero de 2017), y posteriormente por el Tribunal Supremo. En esta resolución el TS determina que la acción de “golpear a otro”, cuando se realiza intencionadamente integra la conducta típica del delito de malos tratos, sin que resulte relevante la finalidad que se pretende con esa acción, y que no conforma ningún elemento del tipo. Así, dice el TS que es indiferente, para la consumación del delito que el objetivo del autor sea “corregir” o “atentar contra la integridad física de otro”.

Además, el TS, en esta sentencia valora las distintas teorías (tesis de insignificancia, de la adecuación social e incluso la circunstancia eximente de actuación en cumplimiento de un deber) para determinar que la violencia física no puede aceptarse nunca como un mecanismo de corrección de los menores³⁰. Y ello pese a que, de partida, decía esta resolución: “es cierto que en algunos supuestos, como una simple e inocua bofetada, un cachete, un azote, un estirón de pelo, realizados en un determinado contexto, en una situación aislada y puntual, un sector de Audiencias Provinciales considera que no debieran tener relevancia penal”; y de que, además el TS ratificaba que, incluso tras la reforma de 2007 del artículo 154.2 del CC, el derecho de corrección “sigue existiendo como necesario para la condición de la función de educar inherente a la patria potestad” y “como contrapartida al deber de obediencia de los hijos hacia sus padres”³¹. Con estos presupuestos, la indicada sentencia estableció, como características de la actuación correctora de los padres sobre los hijos la proporcionalidad, la razonabilidad y la moderación y ello porque “corregir significa, en la acepción que aquí nos interesa, y según el diccionario de la lengua, advertir, amonestar, reprender, conceptos que suponen que el fin de la actuación es conseguir del menor que se porte bien, apartarse de una conducta incorrecta, educarle en definitiva, pero siempre descartando “que ese mencionado derecho a corregir a los hijos implique siempre que pueda golpeárseles y aplicarles castigos físicos. E introduce un párrafo de gran relevancia para el presente TFG: “la finalidad del ejercicio del derecho de corrección deberá estar siempre orientada al propio interés del menor

30 Algún sector de la doctrina penal discrepa de esta valoración. Así, Díez Ripollés, J.L., “Derecho penal español. Parte general”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed. 2011, p. 294-295, dice: “las lesiones causadas a los hijos no admiten ninguna justificación mediante el derecho de corrección, pero en aquellos casos que fueran especialmente leves se podría negar la tipicidad de la conducta por su adecuación social o principio de insignificancia.

31 Y concluye esta Sentencia: “por lo tanto, tras la reforma del artículo 154.2 del CC, el derecho de corrección es una facultad inherente a la patria potestad y no depende su existencia del reconocimiento legal expreso, sino de su carácter de derecho autónomo, por lo que sigue teniendo plena vigencia”.

desde el punto de vista de su educación o formación personal (...), no pudiéndose considerar como tal el uso de la violencia para fines educativos.

c) STS (Sala 2ª de lo Penal), nº 47/2020, de 11 de febrero.

Esta resolución parte también de una sentencia condenatoria de un juzgado de lo penal, por, entre otros delitos, uno de maltrato familiar (artículo 153.2) a un hijo menor. El hecho enjuiciado fue el siguiente: “hallándose las hijas menores de ambos junto al acusado y su esposa en la cabalgata de reyes de la localidad de Almería, el acusado, ante un comentario realizado por la menor, que no fue de su agrado, le dio un guantazo en la boca, sin lastimarla”.

Esta sentencia de condena fue confirmada por la del 9 de marzo de 2018 de la Audiencia Provincial de Almería, y después también por la del TS que comento.

En este caso, la STS confirma que es criterio jurisprudencial que los delitos de maltrato familiar no pueden legitimarse como conductas socialmente adecuadas, no resultar exoneradas por la aplicación de los principios de insignificancia o de intervención mínima. Pero, además, profundizó en la línea marcada por la sentencia 654/2019 para aclarar que también concurre delito cuando el acto lesivo no origina la necesidad de una primera asistencia, como sucedía en el caso anterior. Y lo construye así: “la bofetada no origina la necesidad de asistencia médica de la menor, pero en modo alguno puede considerarse atípica cuando se contempla desprovista de cualquier necesidad, justificación ni resquicio de proporcionalidad; sino como mera reacción ante un comentario que no fue del agrado del recurrente. Deviene cuestionable el derecho de corrección que comporta violencia sobre el menor por mínima que sea; y aun cuando en determinadas circunstancias la de muy liviano carácter no conlleve sanción penal, si integra mero maltrato por simple discrepancia por el menor, en modo alguno, escapa su condición típica acreedora de reproche penal”.

d) STS (Pleno de la Sala 2ª de lo Penal), nº 582/2022, de 13 de junio.

En esta resolución también se confirma la condena impuesta en la instancia, por un delito de maltrato en el ámbito familiar. El supuesto juzgado decía así “como quiera que la menor Lina, de 4 años de edad, no quería dormir y no paraba de llorar, el acusado [padre] le

propinó un fuerte azote en las nalgas a consecuencia de lo cual Lina presentaba en la nalga izquierda un área equimótica en evolución de 7x4 cm, y en la nalga derecha otra área más tenue de 3x2 cm, que no precisaron asistencia médica para su sanidad y que curaron en 4 días de perjuicio básico. Y la Sala, confirmando la línea jurisprudencial que acabo de exponer consideró que es agresión constituía delito, aunque la lesión causada no precisara asistencia médica para su sanidad, por que “un fuerte azote en las nalgas a una menor de 4 años, que causa lesiones aunque no requiera asistencia facultativa, al ser de tal intensidad que deja marcada la mano, tanto más si el motivo que generó la agresión es meramente que lloraba y no se dormía”.

Magro Servet, Magistrado del TS, en un trabajo reciente³² ha sintetizado las claves de la jurisprudencia en esta materia resaltando, entre otros, los siguientes postulados:

- a) No existe un derecho de corrección que legitime la violencia de padres a hijos.
- b) El derecho de corrección significa advertir, amonestar y reprender, pero sin violencia, por que los profesionales de la educación confirman que los castigos físicos no son pedagógicos y solo sirven para extender y perpetuar conductas violentas.
- c) El ejercicio de la violencia en el hogar para corregir a os hijos no tiene cobertura en el artículo 20.7 del CP.
- d) El derecho de corrección debe ejercerse siempre en interés del menor, por lo que el concepto de corrección debe entenderse como sinónimo de educación.

Y las conductas constitutivas de delitos de lesiones, incluso las de carácter leve, no encuentran amparo en el derecho de corrección. Llevando el argumento a sus últimas consecuencias, Herrero Giménez³³ llega a plantear que, incluso si los hechos no pudieran integrarse en un delito leve de lesiones, podrían constituir un delito de coacciones de carácter leve. Expone para ello los hechos juzgados en la sentencia nº 141/2017, de 20 de marzo, del juzgado de lo penal de Almería: estando en el domicilio familiar, y ante la negativa del hijo a ponerse a estudiar (pus prefería seguir jugando con el teléfono móvil), la madre se lo arrebató,

32 Magro Servet, V. “La resolución pacífica de conflictos y la medida de parentalidad positiva. Nuevas formas de cumplimiento de la pena de TBC y suspensión de ejecución en la Ley de Protección de la Infancia”, Diario La Ley, nº 9866, de 8 de junio de 2021, p. 7-13.

33 Herrero Giménez, R., “La tensión entre los derechos del menor y el ejercicio de la patria potestad. Algunos supuestos, su tratamiento y consecuencias”, en Abadías A., Cámara, S., y Simón, P. (Coords), “Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor”, ed. La Ley, Madrid, 2021, p. 1131.

forcejeando levemente con aquel. La sentencia fue absolutoria porque se consideró que la madre se encontraba “en el pleno y correcto ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, sin que en momento alguno se extralimitase en ello”. El autor valora que la madre afectó al bien jurídico “libertad de obrar de la víctima, y, aunque no llegara a causar lesiones, la violencia ejercida “podía haberse interpretado como medio de afectación de la libertad de obrar o actuar del sujeto pasivo, con la finalidad de doblegar la misma al compelerle a efectuar lo que no quiere el menor”. No comparto este criterio porque la propia sentencia comentada en ese artículo dice que “sería responsabilidad de la madre el haber dejado a su hijo jugando con el móvil y no hacerlo estudiar, pues entre esas obligaciones que se establecen en el CC derivadas de la patr Una Sentencia de la Sala 2ª del TS, de 13 de abril de 1982, decía que la patria potestad debe entenderse “más como una función o posición jurídica que como un poder, e instituida en beneficio de los hijos y no en provecho de los padres”.
ia potestad está la de preocuparse por la educación de los hijos, que es precisamente lo que hizo la acusada en la acción hoy enjuiciada, sin utilizar rigor innecesario alguno para ello”. Si con este criterio se legitima la actuación de la madre desde la perspectiva de un delito leve de lesiones, con mayor motivo, quedará la madre exonerada de responsabilidad frente a un delito leve de coacciones, que es proporcionalmente menos relevante que el de lesiones.

De todo ello concluyo que una lectura constitucional de ese derecho de corrección de los padres sobre los hijos debe entenderlo en el exclusivo beneficio de éstos³⁴, y por tanto, no puede incorporar, en modo alguno los castigos corporales, causen o no lesiones, ni siquiera las más livianas, que no causen si quiera marca o herida.

CAPÍTULO IV: UN DEBATE EN CONSTRUCCIÓN: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS SITUACIONES DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

1. LA PATRIA POTESTAD Y EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

El debate jurídico que actualmente está abierto en relación con la intervención de los menores en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio de sus progenitores (como expresión de su derecho a participar en la toma de decisiones que le afecten, con el correlativo

³⁴ Una Sentencia de la Sala 2ª del TS, de 13 de abril de 1982, decía que la patria potestad debe entenderse “más como una función o posición jurídica que como un poder, e instituida en beneficio de los hijos y no en provecho de los padres”.

derecho a ser oídos) debe partir del artículo 2 de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que ya he citado en la primera parte de este TFG, que incide en la necesidad de oír al menor para determinar su interés superior, al decir en su apartado 2 que, a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso de este interés, se tendrá en cuenta, entre otros criterios, 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, añadiendo en su apartado 5, respecto a la adopción de cualquier medida que les afecte, que deberá ser tomada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular, los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

Sobre ello acaba de pronunciarse expresamente la STC 5/2023, de 20 de febrero, en un caso en el que estimó un recurso de amparo, y declaró la nulidad de las resoluciones de instancia que habían autorizado el bautismo, la asistencia a Misa, la participación en Sacramentos y la asistencia a clases de religión de un menor, conforme al criterio de la madre y en contra de las creencias del padre, que no quería que su hijo recibiera ningún tipo de educación religiosa, sin haberse oído al menor. El defecto que viciaba esas resoluciones, según expresa el Tribunal Constitucional, consistía en que, “al no celebrarse la comparecencia no se pudo proponer prueba en ese acto, ni oír a los progenitores sobre los hechos controvertidos, ni tampoco cumplir con la exigencia de "oír y escuchar" al menor, al que -a diferencia de lo que indica el auto-, le faltaban unos días para cumplir los siete años en el momento de decidirse la no celebración de la comparecencia”.

En relación con el régimen de custodia, la STC 185/2012, de 17 de octubre, declaró la inconstitucionalidad del art. 92.8 CC, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de nulidad, separación y divorcio, al considerar irrazonable y desproporcionada la regulación que establecía, porque dejaba al arbitrio del Ministerio Fiscal la valoración de ese interés en relación con la aplicación del régimen de custodia compartida, desplazando injustificadamente la plena potestad jurisdiccional.

2. EL DERECHO DE VISITAS Y COMUNICACIONES

La STS (Sala de lo Civil), de 26 de septiembre de 2022 expresa que los padres constituyen el centro del núcleo afectivo y de dependencia de su prole, y que su rol es trascendente en el desarrollo futuro de sus hijos, transmitiéndoles señales de aceptación o de rechazo, inculcándoles valores éticos, propiciando su socialización y, en definitiva, el desarrollo de su personalidad. Recalca además que la existencia de interacciones positivas entre padres e hijos es decisiva en el desarrollo ulterior de los menores. O, dicho de otra forma, la dinámica familiar no discurre ajena a los hijos, sino que mueve los cimientos de su desarrollo.

Por ello, concluye que a un niño que disfruta de lazos afectivos y de apego seguro con sus progenitores no se le puede privar del contacto y comunicación con ellos, lo que se configura como un derecho del menor, una de cuyas plurales manifestaciones normativas se encuentra en el art. 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando proclama que "Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses".

Y, en este mismo sentido, la STS 373/2013, de 31 de enero, proclama que "debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque ambas funciones precisa el niño para el desarrollo emocional".

Ahora bien, en razonamiento inverso, el Tribunal Constitucional ha establecido igualmente que comunicarse con sus hijos constituye también un derecho de los progenitores expresamente reconocido en el art. 94 del CC. Así lo ha establecido en su sentencia 176/2008, de 22 diciembre, cuando señala que "debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo "graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos".

Igualmente se ha pronunciado en este sentido la STEDH, sección 3.^a, de 18 de febrero de 2014 (caso Fernández Cabanillas contra España), al proclamar que "El TEDH reitera, a modo de premisa, que el disfrute de la compañía mutua por padres e hijos constituye un elemento fundamental de la "vida familiar" en el sentido del artículo 8 del Convenio (véase, entre otras, Saleck Bardi c. España, nº 66167/09, § 50, 24 de mayo de 2011, y R.M.S. c. España, nº 28775/12, § 68, 18 de junio de 2013)".

Pese a todo ello, el planteamiento más reciente del conflicto que puede surgir entre el derecho de visitas y comunicaciones con los padres, y el interés superior del menor, se refiere a la posibilidad de suspender este régimen cuando concurren circunstancias que justifiquen la limitación de tal régimen de comunicación o su suspensión, y ello porque un régimen de visitas impuesto puede resultar perjudicial para el interés superior de los menores, pues las medidas que deben adoptarse al respecto son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor. Por ejemplo, dice a este respecto la STS 170/2016, de 17 de marzo: "se establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes".

En este mismo sentido, el art. 94.3 del CC prevé que la autoridad judicial podrá limitar o suspender el régimen de visitas "si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial", sin perjuicio de las prevenciones específicas que establece su párrafo 4, en los supuestos de proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos, o cuando se advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, sin perjuicio de establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada, en el interés superior del menor, previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

En relación a esta limitación del derecho de visitas, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 106/2022, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra los apartados décimo y decimonoveno del artículo 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el

ejercicio de su capacidad jurídica, y se da una nueva redacción a los arts. 94, párrafo cuarto³⁵, y 156, párrafo segundo³⁶, CC, expresa que este Tribunal ha reconocido, en diversas resoluciones, “la dimensión constitucional del derecho de visitas, comunicaciones y estancias desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)” y que es doctrina constitucional que, "cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens*”, así como que “tanto la regulación del régimen de estancias, comunicaciones y visitas, exista o no acuerdo parental, como su aplicación por los órganos judiciales y por los poderes públicos, deben estar presididas por la protección del interés superior del menor”. Y en este sentido recalca que “la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil como un derecho del que aquel podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente”. Por ello, la doctrina jurisprudencial es que, “cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada”.

Es el mismo planteamiento que expone el TEDH, por ejemplo, en sus Sentencias de 19 de septiembre de 2000 (asunto *Gnahoré c. Francia*, y de 6 de septiembre de 2018 (asunto *Jansen c. Noruega*): Es en interés del niño que los lazos con su familia deben mantenerse, excepto en los casos en los que la familia ha demostrado ser particularmente inadecuada. De ello se deduce

35 "No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial"

36 "Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos".

que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que se debe hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales y, en su caso, si llega el momento, "reconstruir" la familia. Esta jurisprudencia también insiste en que también hay que ponderar las consecuencias negativas a largo plazo que pueda sufrir el menor por la pérdida del contacto con sus padres y la obligación positiva de adoptar medidas que faciliten la reunión de la familia tan pronto como sea realmente posible (STEDH Jansen c. Noruega).

A la vista de todas estas consideraciones, la STC 106/2022 resuelve que “El art. 39 CE, en sus distintos apartados, o el principio de exclusividad de jueces y magistrados en el ejercicio de la actividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), o el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) [...] no vedan que el legislador pueda dictar una regulación general por la que determine la resolución que deba adoptarse, en relación con las estancias y visitas, en los procedimientos civiles y penales modulando de este modo la capacidad decisoria de los órganos judiciales”.

De este modo, el TC declaró la constitucionalidad de la norma y su respeto al principio de protección del menor, en cuanto tal interés permite efectuar limitaciones en la relación entre el menor y su padre incurso en procedimiento penal por violencia de género. Y para ello dijo que “le corresponde a la autoridad judicial determinar el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Dicha resolución se adoptará previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal, pudiendo limitar o suspender el referido derecho si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial (párrafos primero y tercero del art. 94 CC). Expuesto lo anterior, es claro que la redacción del párrafo cuarto del art. 94 CC [...] en modo alguno contraviene el art. 39 CE, ni la doctrina que lo interpreta [...], ni tampoco los convenios internacionales que le sirven de pauta interpretativa”, y ello porque “el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias [...], sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de

indicios fundados de violencia doméstica o de género [...]. Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor”.

3. LA INTERVENCIÓN PRECEPTIVA DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES PARA CUIDAR DE LOS INTERESES DE LOS MENORES

La STS de 26 de septiembre de 2022 señala que la falta de madurez y competencia de los niños, inherentes a las limitaciones propias de la edad, y la ausencia de recursos con los que cuentan para solventar situaciones desfavorables en las que pueden verse inmersos, los sitúan, en no pocas ocasiones, en una posición de especial vulnerabilidad, que constituye campo abonado para sufrir abusos, maltratos y lesiones en sus derechos fundamentales, o, incluso, para ser instrumentalizados, en su perjuicio, en los conflictos intersubjetivos entre adultos, dentro de los cuales alcanzan especial significación aquellos en los que se encuentran inmersos sus progenitores.

Por ello, recalca esta Sentencia que es necesario preservar a los menores de la exposición a situaciones de riesgo, de cara a su inserción futura en el mundo de los adultos, sin repercusiones peyorativas provenientes de las situaciones vividas. Todo ello sin perder además la perspectiva de que los niños son titulares de derechos, no simples personas objeto de protección jurídica, y, como tales, indiscutibles beneficiarios de todos los derechos humanos (en el mismo sentido, STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 5).

Esta jurisprudencia parte de que el menor, como individuo en formación, precisa de una protección especial, en tanto que tiene una personalidad en desarrollo que es necesario preservar. En este sentido, el art. 2.2, apartados d) y e) de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, establece, como manifestaciones de dicho interés, "promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad", "minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro", y la "preparación del tránsito a la edad adulta e independiente".

En consecuencia, quien no puede, por su edad, defenderse por sí mismo, ni velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas, para garantizar que sea debidamente respetado, y siempre, además, previa audiencia de los menores con suficiente juicio, para no ser postergados de las decisiones que más directamente les afectan.

Para cumplir esa función se ha previsto la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procedimientos judiciales y administrativos para cuidar de dichos intereses (art. 749 LEC), así como la posibilidad de la fijación de medidas de oficio por parte de los Tribunales (arts. 158 CC y 752 LEC).

4. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En relación al derecho a la vivienda, considero destacable la STC 113/2021, de 31 de mayo, que resolvió un caso en el que la recurrente en amparo había sido condenada en un procedimiento declarativo al desalojo de la vivienda que ocupaba junto a sus hijos menores de edad, uno de los cuales presentaba una discapacidad física del 65 por 100. La oposición presentada por esa recurrente frente el auto de ejecución fue desestimada por falta de cobertura legal.

Y la STC estima la demanda de amparo y declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, entendiendo que las circunstancias del caso imponían realizar un juicio de proporcionalidad en atención al elemento de vulnerabilidad en aras a la protección de una persona con discapacidad recién nacida y, consecuentemente, no limitarse a una respuesta formalista, como la que había recibido en la instancia la recurrente. El tribunal destaca que las resoluciones judiciales que ordenaron el desalojo de la vivienda tenían que haber cumplido un deber de motivación reforzada, que en este caso no se realizó al no ponderar la afectación de esas decisiones a un menor que además tenía discapacidad.

El otorgamiento del amparo se hizo así en aplicación de la doctrina sentada, entre otras, en la STC 178/2020, de 14 de diciembre, acerca de la función tuitiva de los órganos judiciales en materias que puedan afectar a menores. Señala de esta forma la sentencia que: “Las limitaciones de los motivos legales de oposición a la ejecución, contenidas en determinadas normas procesales no pueden imponerse con un formalismo rigorista”. Y establece un deber de

motivación reforzada al estar afectada la protección de la familia y los menores de edad (art. 39 CE), uno de ellos discapacitado (art. 49 CE), y expresa que los órganos judiciales no solamente debieron resolver sobre el fondo de lo alegado, sino que estaban obligados a hacerlo aplicando de manera preferente el principio del interés superior del menor.

La Sentencia cuenta con un voto particular discrepante, que estima que la sentencia auspicia la introducción de una nueva causa de oposición a la ejecución civil de títulos judiciales no recogida en la ley, y señala que, tras la reforma operada por la Ley 5/2018, los jueces están obligados, cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, a dar traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados (art. 150.4 LEC). En tal caso, estos servicios deberían, en el plazo de siete días, adoptar las medidas de protección que en su caso procedan (art. 441.1 bis LEC, en relación con la disposición adicional de la Ley 5/2018). El Magistrado discrepante estima que no se previó la posibilidad de suspensión judicial del lanzamiento en función de las circunstancias familiares del demandado, o hasta tanto los servicios sociales le proporcionaran una solución habitacional.

CAPÍTULO V. UN PROBLEMA POR RESOLVER: ¿EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR A DISFRUTAR DE UNA FAMILIA O DE UN ACOGIMIENTO FAMILIAR, JUSTIFICARÍA LA PUESTA EN LIBERTAD DE UNO DE LOS DOS PADRES QUE ESTÉN PRESOS?

De todos los casos que he analizado para determinar la existencia de conflictos entre el interés superior del menor y otros derechos o normas jurídicas vigentes, me ha parecido especialmente grave (y, por lo que veo, todavía pendiente de solucionar) el caso de los menores hijos de delincuentes que, por razón de estas conductas pueden resultar encarcelados los dos progenitores al mismo tiempo. En esa situación, el menor es una víctima directa de la aplicación del ordenamiento, pues pierde la convivencia familiar, el trato y relación con sus padres, y una importante desestructuración de su vida personal, en todos los ámbitos. Cervelló Donderis³⁷ destaca, como los principales efectos que la situación de falta de libertad, por

37 Cervelló Donderis, V., "La relación parental y el interés superior del menor de edad en el contexto penitenciario", en "La Ley Penal", nº 162, mayo-junio de 2023, p. 2-3.

ingreso en prisión, produce sobre las relaciones familiares de los padres con los hijos, dos grandes grupos: por un lado, “los problemas afectivos, emocionales y psicológicos que puede generar en los hijos la obligada separación física de la compañía de sus padres”, y, por otro lado “los perjuicios que puede ocasionar que los padres no puedan cubrir las necesidades familiares básicas de las que se hacían cargo hasta el momento del ingreso en prisión”.

Es cierto que el ordenamiento contempla alguna solución (lamentablemente transitoria e insuficiente) para paliar esta situación. Así, respecto del primero de esos problemas, el artículo 3.1 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (LOGP) establece que los internos en prisión pueden ejercer todos los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, “salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de su condena”. Entre ellos debe estar, lógicamente, el derecho a la familia, garantizado por el artículo 39 CE (“los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos”). Por ello, esta misma Ley general penitenciaria prevé las siguientes alternativas:

- a) El artículo 38.2 LOGP establece que “las internas podrán tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los 3 años de edad, siempre que acrediten debidamente su filiación. En aquellos centros donde se encuentren ingresadas internas con hijos existirá un local habilitado para guardería infantil”. Además, este mismo precepto establece que “la Administración Penitenciaria celebrará los convenios precisos con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de libertad. Pensando específicamente en la necesidad de proteger a los menores en el entorno penitenciario, el artículo 80.4 del reglamento penitenciario (aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero), creó las unidades dependientes, sitas fuera de los recintos penitenciarios, y el artículo 178 prevé el internamiento en Unidades de Madres. También los artículos 168 a 172 de este reglamento permiten la convivencia de los menores (hasta 3 años) con sus padres presos en módulos mixtos familiares.
- b) El artículo 51.1 de la misma LOGP autoriza a los internos para comunicar, entre otras personas, con sus familiares, estableciendo que “estas comunicaciones se celebrarán de

manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento. De manera complementaria, el artículo 53 de esta misma norma prevé que los establecimientos penitenciarios “dispondrán de locales anejos especialmente adecuados para las visitas familiares”. Y el mismo artículo 38 ya citado, en su apartado 3, indica que “reglamentariamente se establecerá un régimen específico de visitas para los menores que no superen los 10 años y no convivan con la madre en el centro penitenciario”. Respecto del tiempo y modo de realización de estas visitas, ese mismo precepto aclara que se llevarán a efecto “sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad, y su duración y horario se ajustará a la organización regimental de los establecimientos”.

Y, respecto del segundo de los problemas, la falta de ingresos económicos que produce la entrada en prisión puede tener una mínima compensación, bien mediante el acceso a un puesto de trabajo en el centro de reclusión (lo que no suele ser fácilmente conseguible), o (si el interno estuviera ya en régimen abierto) realizando una actividad remunerada en el tiempo que puede pasar fuera del establecimiento.

Pero el problema que planteo va más allá, pues se refiere a la situación en que los dos progenitores estuvieran presos, y el menor tuviera más de tres años, y ya no pudiera convivir con la madre en el establecimiento. En estos casos, es evidente la ruptura de las relaciones familiares del menor, su eventual desamparo económico, y la necesidad de reubicarle en otro entorno familiar, o en dependencias de los servicios sociales.

En estos supuestos, en que los padres están cumpliendo una sentencia, y por tanto, cumpliéndose estrictamente las previsiones legales, entiendo que no se respeta el interés superior del menor, que no debe quedar separado de sus progenitores (o, al menos, de uno de

ellos). en estos supuestos, y a los efectos de garantizar ese interés superior del menor, podría establecerse alguna de las dos siguientes soluciones³⁸:

- a) O permitir el cumplimiento de la pena de prisión más leve de las que tengan los progenitores en tercer grado de cumplimiento, y con control telemático, conforma autoriza el artículo 86. 4 del Reglamento Penitenciario (que posibilita que el interno pueda desarrollar vida en semi libertad.
- b) O posibilitar la suspensión de la ejecución de la condena impuesta a uno de los cónyuges hasta que se produjera la salida en libertad (definitiva, o en tercer grado penitenciario) del otro progenitor. Es una propuesta que sigue una línea marcada por el auto 2928/2015, de 26 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid, que concedió un permiso de salida extraordinario a una interna para visitar a su hijo de 7 años, valorando la conveniencia de que esos encuentros no tuvieran lugar en prisión, y valorando la conveniencia de conceder este tipo de permisos con la mayor frecuencia posible.

CONCLUSIONES

Primera.- La expresión “interés superior del niño” o “del menor” (que es la formulación de mayor uso contemporáneamente) se ha generalizado, y se ha empleado como aparente justificación de los mejores propósitos de todos los legisladores, tanto del Derecho interno como del comparado. Sin embargo, no es fácil encontrar una definición de este concepto, ni una expresión clara de sus consecuencias. Parece que los legisladores han estimado que han hecho suficiente con plasmar el principio, sin preocuparse efectivamente de cómo tiene que llevarse a efecto, ni qué derechos concede a los menores para el desempeño de sus actividades cotidianas, ni qué obligaciones debe asumir consecuentemente el Estado para que la defensa de

³⁸ Cervelló Donderis, V., op. cit., p. 15, dice en este sentido, aunque sin referirse específicamente al caso que ahora planteo: “la posibilidad de que los niños estén en prisión debe ser limitada al máximo, bien haciendo uso de las alternativas a la entrada en prisión, mediante mediadas cautelares no privativas de libertad o la suspensión de la ejecución de la pena, o bien utilizando los mecanismos de semi libertad que permiten cumplir la pena en el exterior del recinto penitenciario, como el tercer grado en sus distintas modalidades de unidades externas, unidades dependientes, módulos familiares o control telemático”. Y concluye: “el superior interés del menor no siempre debe interpretarse recortando los derechos de los padres encarcelados, sino buscando el equilibrio entre ambos, por que en la mayoría de ocasiones para proteger el superior interés del menor puede ser suficiente con una interpretación flexible de las normas penitenciarias”.

sus intereses sea efectiva, ni de qué modo tiene que limitar el ejercicio de su poder en garantía de esos derechos preferentes.

Segunda.- Las normas internacionales se limitan, en esta materia, a establecer grandes principios, que quizá señalan vías concretas de actuación a los Estados, o carecen de trascendencia práctica. Del mismo modo, la legislación nacional y autonómica examinada en este TFG ha ofrecido un panorama de recurrente invocación del “interés superior del menor” pero igualmente sin concreción de su concepto, ni de su contenido práctico, ni de sus consecuencias para la resolución de conflictos reales.

Tercera.- El interés superior del menor se extiende a todo tipo de acciones en relación con los menores, debiendo ser aplicado en todos los ámbitos del Derecho, extravasando su ubicación original de las relaciones familiares. La legislación y la jurisprudencia han entendido que este concepto tiene un alcance de triple dimensión, siendo a la vez un derecho sustantivo (el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial en la toma de decisiones sobre cuestiones en las que exista un conflicto de intereses), un principio jurídico interpretativo fundamental (una disposición legal es susceptible de más de una interpretación, se optará por aquella que más efectivamente sirva al interés superior del niño) y una norma de procedimiento (siempre que se deba tomar una decisión que afecte a un niño o grupo de niños específico, o a los niños en general, el proceso de toma de decisiones debe incluir una estimación del impacto probable (positivo o negativo) que tendrá sobre ellos).

Cuarta.- Ha habido una evolución significativa en la legislación y jurisprudencia en relación con el ejercicio del derecho de corrección de los padres sobre sus hijos. Históricamente, se reconocía a los padres la facultad de corregir razonable y moderadamente a sus hijos, incluso permitiendo la aplicación de castigos físicos que podían ocasionar lesiones graves e incluso la muerte, con una justificación o atenuación de la responsabilidad penal.

Sin embargo, esta concepción ha cambiado a lo largo del tiempo. La reforma del Código Penal en 1983 derogó cualquier referencia a la atenuación de la responsabilidad penal en casos de agresiones a menores amparadas en el derecho de corrección. Además, la Ley Orgánica de 1989 estableció como delito el ejercicio de violencia física sobre los hijos sujetos a la patria potestad, reconociendo la necesidad de protegerlos de cualquier forma de maltrato. En este

sentido, la jurisprudencia ha sentado precedentes claros en relación con el derecho de corrección de los padres. Se ha establecido que la facultad de corregir a los hijos se integra dentro de los derechos y obligaciones que surgen de la patria potestad, pero su ejercicio debe estar orientado exclusivamente al beneficio del menor y nunca justifica el uso de la violencia. La integridad física y moral del menor es un límite infranqueable que no puede ser vulnerado.

Las Sentencias citadas han reafirmado esta posición, destacando que cualquier forma de violencia física, incluso una bofetada o un azote, no puede considerarse una forma legítima de corrección. La finalidad del ejercicio del derecho de corrección debe estar siempre orientada al interés del menor en términos de educación y formación personal, y nunca puede amparar la realización de actos lesivos contra sus derechos fundamentales.

De este modo, el principio del interés superior del menor ha adquirido un papel fundamental en la interpretación del derecho de corrección parental. Tanto la legislación como la jurisprudencia han experimentado cambios significativos con el propósito de salvaguardar la integridad física y moral de los hijos, condenando enfáticamente cualquier forma de violencia como método de corrección. El enfoque se ha dirigido hacia la promoción de una educación basada en el respeto mutuo y la promoción de conductas no violentas, reconociendo que los castigos físicos carecen de valor pedagógico y pueden perpetuar comportamientos violentos.

Quinta.- En las situaciones de nulidad, separación y divorcio, el interés superior del menor requiere que éste sea oído en el procedimiento judicial, pudiendo decretarse la nulidad de la resolución si el tribunal no atendiera esta exigencia. Para ello, debe tenerse en cuenta, entre otros criterios, 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 relación con el régimen de custodia, la STC 185/2012, de 17 de octubre, declaró la inconstitucionalidad del art. 92.8 CC, al considerar irrazonable y desproporcionada la regulación que establecía, porque dejaba al arbitrio del Ministerio Fiscal la valoración de ese interés en relación con la aplicación del régimen de custodia compartida, desplazando injustificadamente la plena potestad jurisdiccional. La existencia de interacciones positivas entre padres e hijos es decisiva en el desarrollo ulterior de los menores. Por ello, a un niño que disfruta de lazos afectivos y de apego seguro con sus progenitores no se le puede privar del contacto y comunicación con ellos, lo que se configura como un derecho del menor.

Sin embargo, existe la posibilidad de suspender este régimen cuando concurren circunstancias que justifiquen la limitación de tal régimen de comunicación o su suspensión, y ello porque un régimen de visitas impuesto puede resultar perjudicial para el interés superior de los menores, pues las medidas que deben adoptarse al respecto son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor. Por ello, la reciente sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 106/2022, ha determinado la constitucionalidad de los artículos 94.4 y 156.2 CC, por que, “cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste”.

Un elemento esencial para la tutela de los derechos de los menores, y la garantía de su interés superior es la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procedimientos judiciales. La falta de madurez y competencia de los niños, inherentes a las limitaciones propias de la edad, y la ausencia de recursos con los que cuentan para solventar situaciones desfavorables en las que pueden verse inmersos, pueden situarlos en una posición de especial vulnerabilidad, que constituye campo abonado para sufrir abusos, maltratos y lesiones en sus derechos fundamentales, o, incluso, para ser instrumentalizados, en su perjuicio, en los conflictos intersubjetivos entre adultos, dentro de los cuales alcanzan especial significación aquellos en los que se encuentran inmersos sus progenitores. Por ello, e ha previsto la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procedimientos judiciales y administrativos para cuidar de dichos intereses (art. 749 LEC), así como la posibilidad de la fijación de medidas de oficio por parte de los Tribunales (arts. 158 CC y 752 LEC). Finalmente, la jurisprudencia impone que las resoluciones que se dicten para la atribución del uso de la vivienda familiar, deben observar un deber de motivación reforzada cuando estén afectados menores.

Sexta.- Al analizar los conflictos entre el interés superior del menor y otras normas jurídicas vigentes, resulta especialmente preocupante el caso de los menores hijos de delincuentes que se enfrentan a la encarcelación simultánea de ambos progenitores. En esta situación, el menor se convierte en una víctima directa del sistema legal, ya que pierde la convivencia familiar, el trato y la relación con sus padres, lo que provoca una significativa desestructuración en su vida personal en todos los aspectos.

Si bien existen algunas soluciones previstas en el ordenamiento jurídico para paliar esta situación, estas suelen ser temporales e insuficientes. Por ejemplo, la Ley General Penitenciaria establece la posibilidad de que las internas puedan tener consigo a sus hijos menores de tres años en centros penitenciarios que cuenten con guarderías infantiles. Asimismo, se han creado unidades fuera de los recintos penitenciarios y se permiten módulos mixtos familiares para la convivencia de menores de hasta tres años con sus padres presos. En cuanto a las comunicaciones familiares, se autoriza a los internos a mantener contacto con sus familiares, y se establecen locales adecuados para visitas familiares en los establecimientos penitenciarios.

Sin embargo, estas medidas no abordan adecuadamente el problema cuando ambos progenitores están encarcelados, el menor tiene más de tres años y no puede convivir con la madre en el centro penitenciario. En estos casos, se produce una ruptura evidente de las relaciones familiares del menor, su posible desamparo económico y la necesidad de encontrar un nuevo entorno familiar o de recurrir a los servicios sociales. En mi opinión, en situaciones en las que ambos progenitores están cumpliendo condena de acuerdo con las disposiciones legales, no se respeta el interés superior del menor al separarlo de sus padres, o al menos de uno de ellos. Para garantizar el interés superior del menor en estas circunstancias, se podrían considerar dos posibles soluciones. La primera consistiría en permitir que el progenitor con la pena de prisión menos grave cumpla su condena en tercer grado con control telemático, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento Penitenciario. La segunda opción sería suspender la ejecución de la condena impuesta a uno de los cónyuges hasta que el otro progenitor obtenga la libertad (definitiva o en tercer grado penitenciario). Esta propuesta sigue la línea marcada por la jurisprudencia, como el auto 2928/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid, que concedió un permiso de salida extraordinario a una interna para visitar a su hijo de 7 años, reconociendo la importancia de que estos encuentros no se realicen en prisión y valorando la conveniencia de otorgar este tipo de permisos con la mayor frecuencia posible, en pos del mencionado interés superior del menor.

BIBLIOGRAFÍA

CERVELLÓ DONDERIS, V., “La relación parental y el interés superior del menor de edad en el contexto penitenciario”, en “La Ley Penal”, nº 162, mayo-junio de 2023, p. 2-15.

DÍEZ RIPOLLÉS, JL, “Derecho penal español. Parte general”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed. 2011, p. 294-295.

GARCÍA RUBIO, M. P., “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº13, agosto 2020, p. 14-49.

FERRER SAMA, A., ”Comentarios al Código Penal”, volumen I, tomo I, Murcia, 1946, p. 241.

HERRERO GIMÉNEZ, R., “La tensión entre los derechos del menor y el ejercicio de la patria potestad. Algunos supuestos, su tratamiento y consecuencias”, en Abadías A., Cámara, S., y Simón, P. (Coords), “Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor”, ed. La Ley, Madrid, 2021, p. 1131.

MAGRO SERVET, V. “La resolución pacífica de conflictos y la medida de parentalidad positiva. Nuevas formas de cumplimiento de la pena de TBC y suspensión de ejecución en la Ley de Protección de la Infancia”, Diario La Ley, nº 9866, de 8 de junio de 2021, p. 7-13.

MESTRE DELGADO, E., “La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal”, Edisofer, Madrid, 2001 p. 44.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “El interés del menor”, 2ª ed., Dykinson, 2007, p. 75.

VARELA CASTRO, I., “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, Boletín del Ministerio de Justicia, mayo 2016, p. 15-25.

Recuperado de https://www.academia.edu/37815349/El_interés_del_menor_como_derecho_subjetivo_Especial_referencia_a_la_capacidad_para_contratar_del_menor.