

*PROTECCIÓN
DE MENORES
EN EL DERECHO
CIVIL ESPAÑOL*



2

LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL. EL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO VERTEBRADOR

MARTA BLANCO CARRASCO

1 CONSIDERACIONES PREVIAS

La protección del menor es, hoy en día, la piedra de toque de todo el entramado normativo y de las políticas públicas que tienen como principal objetivo garantizar sus derechos y evitarle cualquier tipo de perjuicio en todas aquellas materias que le afecten. Su protección se ha convertido en una obligación para los operadores jurídicos, y las herramientas que se ponen tanto su disposición como a la de los progenitores y profesionales son cada vez más eficaces.

Sin embargo, esto no siempre ha sido así. Ha sido necesaria una transformación social y normativa cuyos avances son especialmente destacables en los últimos años.

El primer momento de inflexión podemos situarlo en la segunda mitad del siglo XX, donde el menor pasó de ser un objeto de protección a un sujeto titular de derechos y obligaciones. Tradicionalmente el menor había sido considerado, junto con las mujeres y las personas con discapacidad, como una persona en situación de vulnerabilidad, es decir un sujeto «débil» o «dependiente», que necesitaba la protección del Derecho. En la mayor parte de los casos, esta protección suponía negarles la capacidad jurídica, o lo que es lo mismo, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, de forma que no podían participar en las decisiones esenciales que afectaban a su vida, llegando a ser considerado, incluso, como una «propiedad» de sus padres o tutores de quienes eran absolutamente dependientes.

Sin embargo, el surgir de los Estados democráticos tras la Segunda Guerra Mundial, favoreció un cambio en este paradigma, de forma que comenzó a entenderse al menor

como un sujeto de derecho, es decir, como titular de derechos y obligaciones. La opinión y el interés del menor cobraron una gran importancia, incluso sobreponiéndose a otros intereses, incluidos los de sus progenitores. Para que esto haya sido posible se han producido una serie de cambios sociolegislativos importantes, que se pueden resumir, siguiendo a ASENSIO,¹ en:

- La aparición de nuevas formas de familia al margen del matrimonio.
- El principio de igualdad, extendido tanto en las relaciones entre cónyuges como entre padres e hijos.
- La disminución de la autoridad paterna sobre los hijos, al entenderse la patria potestad no como un derecho de los padres sino como una función que debe ejercerse en beneficio de los hijos.
- El creciente protagonismo del menor en el ámbito legislativo con un reconocimiento del mismo como sujeto de derechos y obligaciones.

La Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, ratificada por España en 1990, representa este cambio de paradigma, consagrándose como el primer escalón de toda una legislación encaminada al reconocimiento y protección de los derechos de los menores.

Sin embargo, a pesar de su reconocimiento como sujeto titular de derecho, durante años han sido dos las tesis doctrinales que se contraponían a la hora de configurar la situación jurídica del menor. Para unos, la falta de entendimiento o voluntad no permitía al menor el ejercicio de los derechos de los que era titular, para los que se entendía incapaz, siendo imprescindible la representación o sustitución de sus progenitores o tutores en la mayoría de las circunstancias. La incapacidad era la regla y la capacidad la excepción. Sin embargo, para otros se trata de una persona potencialmente capaz, pero a la que el ordenamiento limita la capacidad para algunos actos, en los que se estima conveniente protegerle frente a su inexperiencia. En estos casos la capacidad será la regla mientras que la incapacidad será la excepción. Sin duda, nuestro ordenamiento jurídico se adecua más a la segunda tesis, por dos razones esenciales, siguiendo a BERCOVITZ.² En primer lugar, por los amplios ámbitos de capacidad de obrar que se reconocen al menor, y, en segundo lugar, porque las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse siempre de forma restrictiva (art. 2.II LOPJM).

Actualmente, por tanto, se concibe al menor como sujeto titular de derechos y obligaciones en paridad con el mayor de edad, pero no se nos puede olvidar que se trata de un sujeto que carece de las condiciones necesarias para el ejercicio de los mismos de forma autónoma. Cuando el titular de un derecho es menor de edad, debemos tener en cuenta dos circunstancias: *la dirección paterna en el ejercicio del derecho y la modulación del ejercicio del derecho según las circunstancias del menor*. De esta forma los menores son los titulares de los derechos, si bien se recoge en toda la legislación el derecho y obligación de los padres a orientarles y dirigirles en el ejercicio de los dere-

¹ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, pag. 17-18.

² BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la Persona*, Bercal. S.A., Madrid, 2017, pág. 124.

chos, debiendo ser respetados por sus hijos. Así mismo el menor irá asumiendo progresivamente el ejercicio de los derechos de los que es titular, así como sus responsabilidades, según su propia capacidad y circunstancias (párrafo 5 del preámbulo de la LOPJM). La capacidad de obrar del menor, va a ser modulada en función de la madurez del titular, es decir, va a depender de las condiciones intelectuales o psicológicas que permitan al titular conocer y entender el alcance de dicho derecho en cuestión. Se presume, *iuris tantum*, que podrá asumir toda la responsabilidad cuando tenga 18 años. Por ello se deben facilitar las medidas para que el menor pueda asumir plenamente sus responsabilidades llegada dicha edad.

Por lo tanto, en España, y en la mayoría de los países desarrollados, el nuevo enfoque consiste en el reconocimiento de una *titularidad plena* de los derechos de los menores de edad, y de una *capacidad progresiva* para ejercerlos.³

Lo que debemos tener en cuenta a la hora de adoptar cualquier decisión que afecte a un menor, es que toda la legislación, ya sea nacional o internacional, requiere que se proteja prioritariamente el interés del menor frente a otros posibles intereses con los que pueda entrar en colisión. El principio prevalente del interés superior del niño se consagra como una directriz básica en toda la legislación de menores. Si bien se trata de un concepto difícil de concretar, podemos adelantar que este principio obliga a proteger al menor ante cualquier situación que le pueda suponer un perjuicio tomando las medidas que se estimen oportunas para conseguir dicho fin. Así mismo obliga, a la hora de tomar cualquier decisión que afecte a un menor, a tener en consideración no solo el momento actual, sino, fundamentalmente, las consecuencias que dicha decisión va a tener en el futuro de dicho menor.

2 NORMATIVA INTERNACIONAL

El primer hito en la protección de los derechos de los menores a nivel internacional se produce con la aprobación de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989. Ciertamente existía normativa anterior,⁴ como el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* de 16 de septiembre de 1966, que recogía expresamente la necesidad de garantizar los principios

³ PANTOJA GARCÍA, F.: *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997, pag.,8.

⁴ Posteriormente a este convenio, son numerosas las normas que han tratado de proteger a la infancia desde diversas perspectivas:

- *La Declaración Mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño*, adoptada por la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, celebrada en Nueva York, el 30 de septiembre de 1990.
- *El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*.
- *El Convenio de la Haya número XXXIII, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional* (Instrumento de ratificación de 30 de junio de 1995).
- *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 niños*, de 28 de mayo de 2010.

Especialmente destacable es la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007.

de igualdad y no discriminación en relación a los menores.⁵ Sin embargo, la Convención es la primera norma internacional que aborda de forma específica los derechos de los niños y las niñas reconociéndoles los mismos derechos que a las personas adultas, pero con una protección especial debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento.

Esta norma fue elaborada durante 10 años con las aportaciones de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones y a lo largo de sus 54 artículos reconoce a los niños como individuos con derecho a pleno desarrollo físico, mental y social, así como su derecho a expresar libremente sus opiniones. En definitiva, los niños y niñas ejercen y pueden exigir los mismos derechos fundamentales que los adultos, ya sean derechos civiles, políticos, económicos y culturales.

Al mismo tiempo, establece la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. El artículo 3 establece que todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo, con el fin de evitar cualquier perjuicio. Se prevé una respuesta diferente cuando la falta de asistencia al menor sea involuntaria, en cuyo caso se prevé la creación de instituciones y servicios para asistir al menor (art. 18), mientras que cuando sea voluntaria, se solicitan medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas, debiendo separar al menor de sus padres (art. 19 y 9).⁶

Por primera vez se pone de manifiesto las especiales características que surgen cuando el titular de los derechos es un menor de edad. Así el artículo 5 establece que «los Estados parte respetaran los derechos y deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirles, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención».

Esa necesaria dirección paterna ha obligado a los Estados asumir ciertas obligaciones con el fin de asegurar y garantizar el trato y el contacto con los hijos. Así el art. 10 del Convenio recoge el derecho de salida y entrada de un Estado con el fin de una reunión familiar, así como el derecho a mantener relaciones personales y contactos directos con sus padres. El art. 9.1 vela para que el niño no sea separado del padre mientras que el 9.3 recoge el derecho a mantener relaciones personales y el contacto directo con sus padres. Y por último el art. 7.1 recoge el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Se distinguen diferentes tipos de derechos de que puede ser titular un menor. En primer lugar, encontramos derechos positivos, como el derecho a una educación pri-

⁵ «Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia de la sociedad y del Estado. Todo niño será inscrito inmediatamente después del nacimiento y deberá tener un nombre. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad».

⁶ Vid. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: *Abandono y Desamparo de menores en del Derecho Civil español*, Ed. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004, pag. 281-284.

maria gratuita. Junto a estos encontramos otros derechos como el derecho a un nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1) que no tratan de positivizar un derecho natural pero que se consideran necesarios para el buen desarrollo de los menores. Por último, encontramos una serie de principios orientadores o de acción que no recogen auténticos derechos sino compromisos políticos de las Entidades Públicas (como por ejemplo los artículos 17, 18.1, 22.2, 24.1, 24.4, 28.1b y 42).

Después de la aprobación de un tratado de derechos humanos se suelen añadir «protocolos facultativos», que son mecanismos jurídicos que complementan el tratado original porque abordan una preocupación nueva o porque incluyen un procedimiento específico para hacer efectivos esos derechos. La Convención sobre los Derechos del Niño cuenta con tres Protocolos Facultativos: el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en conflictos armados; el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.

Para una correcta interpretación y adecuación de la convención el Comité de los Derechos del Niño, que es un órgano de expertos independientes, se encarga, a través de sus observaciones, de conectar este marco de Derecho Internacional con realidades educativas, sanitarias, jurídicas y sociales que afectan a niños, niñas y adolescentes. Se parte de la idea de que la Convención es un documento vivo, cuya aplicación debe ser objeto de constante supervisión. De las 25 observaciones generales realizadas son destacables la Observación General número 12, de 2009, sobre el derecho a ser escuchado, la Observación General número 13, de 2011, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia y la Observación General número 14, de 2014, sobre que el interés superior del niño y de la niña sea considerado primordialmente.

En Europa se ha tratado dar respuesta a las principales necesidades en la protección de los menores, dando lugar a regulaciones sobre cuestiones muy concretas y puntuales, como el turismo sexual que afecta a los niños,⁷ la pornografía infantil,⁸ la adopción⁹ o la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre sus hijos comunes.¹⁰

⁷ *Resolución del Parlamento europeo sobre la comunicación de la Comisión al consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de las medidas de lucha contra el turismo sexual que afecta a los niños*. COM (1999) 262-C5-0096/99 – 1999/2097 (COS). Acta de 30 de marzo de de 2000.

⁸ Decisión de 29 de mayo de 2000, del Consejo relativa a la lucha contra la pornografía infantil en internet (2000/375/JAI). DOCE n° L 138, de 9 de junio de 2000 y el Convenio del Consejo de Europa relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010.

⁹ Convenios del Consejo de Europa relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010.

¹⁰ *Reglamento (CE) n°1347/2000 de 29 de mayo de 2000, del Consejo, Relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes* y la norma que lo deroga, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Todos los países del entorno europeo¹¹ han adoptado medidas e instituciones para garantizar la protección de los menores, siguiendo las directrices internacionales y europeas.

Existe una nueva perspectiva de avance en el cumplimiento de los derechos de la infancia, a través de los Objetivos de Desarrollo para el Milenio que 189 Estados Miembros de Naciones Unidas firmaron en el año 2000 y que suponen un renovado compromiso colectivo de la comunidad internacional para avanzar hacia el desarrollo humano de los países. La Agenda pretende avanzar hacia sociedades con un crecimiento económico inclusivo y mayor cohesión y justicia social, en paz y con un horizonte medioambiental sostenible. Esta agenda identifica 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS), que cubren todas las políticas públicas domésticas, la acción exterior y la cooperación para el desarrollo. Algunos de estos ODR están directamente relacionados con la protección a la infancia, como por ejemplo los que se refieren a la prevención y lucha contra la pobreza, la desigualdad o la exclusión social. De forma específica se señalar el objetivo 16, que pretende promover sociedades, justas, pacíficas e inclusivas, y de forma más específica destaca la meta 16.2, que se refiere a la necesidad de «poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños».

3 NORMATIVA PARA LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN ESPAÑA

Si en el ámbito internacional el punto de inflexión lo marcó la Convención de los Derechos del Niño, en España podemos señalar la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM) como la primera norma que tiene al menor como centro de atención.

Es cierto que años antes la Constitución de 1978 introdujo cambios fundamentales en la concepción de la relación paterno filial. El artículo 39 de la CE, recoge por primera vez la idea del interés del menor como concepto jurídico y establece que «los padres deben prestar asistencia de todo ordena los hijos habidos...durante su minoría de edad». Este artículo entiende a la familia como el lugar más adecuado para procurar el desarrollo personal del menor y su correcta inserción social y establece como principio rector de la política social y económica el que «los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos».

Desde la promulgación de la Constitución y con el mandato constitucional como referente se produjo una importante renovación de nuestro ordenamiento jurídico en materia de menores. La primera modificación se produjo con la Ley 11/1981 de 13 de mayo de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, que suprimió la filiación ilegítima y estableció la igualdad de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad e investigación de la paternidad. La Ley 21/1987 de 11 de noviembre introdujo importantes cambios en lo que a la protección de menores se refiere, sustituyendo el anticuado concepto de abandono por el de desamparo, aportando gran agilidad a los procedimientos.

Pero sin duda La LOPJM ha supuesto un antes y un después en la protección de los menores en España. El artículo 2 de esta norma recoge los principios fundamenta-

¹¹ http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_en.htm.

les, estableciendo expresamente que *«primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas mediadas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva»*.

Este artículo recoge tres principios básicos en la protección de los menores:

- El interés del menor, al que prestaremos atención más adelante.
- Las medidas de carácter educativo.
- La interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de los menores.

Tras casi veinte años de aplicación, la LOPJM fue objeto durante el año 2015 de dos importantes reformas que venían fraguándose desde hacía años y que se produjeron en un lapso muy corto de tiempo. La primera modificación se produjo con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, publicada en el BOE núm. 175 de 23 de julio de 2015 y que tiene vigencia desde el 12 de agosto de 2015, de la que podemos destacar una importante modificación del artículo 2 de la Ley 1/96 en lo que se refiere a principio del interés del menor como vertebrador de toda la normativa. La segunda modificación se produjo solo unos días más tarde con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, publicado en BOE núm. 180 de 29 de julio de 2015, con la que se realiza una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Como indica en su Preámbulo esta última ley tiene como objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los niños y adolescentes una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia.

Por último, debemos destacar Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.¹² Como bien indica su Exposición de Motivos, esta ley combate la violencia sobre la infancia y la adolescencia desde una aproximación integral, en una respuesta extensa a la naturaleza multidimensional de sus factores de riesgo y consecuencias. Otorga una prioridad esencial a la prevención, la socialización y la educación, tanto entre las personas menores de edad como entre las familias y la propia sociedad civil. La norma castiga todo tipo de violencia sea cual sea su forma de comisión, incluida la realizada por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

Entre las principales novedades se encuentran:

- 1 La protección de menores para favorecer la denuncia de delitos y su protección durante la investigación. Especialmente destacable es la ampliación del plazo de la prescripción de los abusos a la infancia, que comenzará a contar cuando la víctima cumpla 35 años, y no 18, como ocurre ahora.
- 2 El refuerzo del derecho de audiencia de los menores, que podrá ejercitarse «sin límite de edad» y «en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de

¹² BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021.

otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas». Un derecho que solo podrá restringirse de manera motivada y cuando ello sea contrario a su interés superior. Si además tuvieran suficiente madurez, «deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten» en casos de separaciones, ya sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo.

- 3 El fomento de la cultura del buen trato y ejercicio positivo de la parentalidad. Entre los fines de la ley el artículo 3 establece tanto medidas de sensibilización como de prevención y entre estas últimas se recoge «la especialización de profesionales de distintos ámbitos intervención, el acompañamiento de las familias, dotándolas de herramientas de parentalidad positiva, y el refuerzo de la participación infantil».
- 4 **El interés del menor como principio vertebrador de la protección del menor.**

Uno de los principales problemas de este principio que es que se trata de un concepto jurídico indeterminado, lo que ha provocado siempre una cierta confusión sobre cómo deducirlo, por no decir que tanto los operadores jurídicos y prácticos denunciaban una cierta inseguridad a la hora de aplicarlo.

Como bien indica DE TORRES PEREA,¹³ resulta temerario todo intento definitorio en materia de interés del menor, puesto que una definición exacta no sería ni razonable ni posible puesto que resultaría imprecisa e incompleta. Es más razonable destacar su función de contrapeso, como protección del menor al ser la parte débil de las relaciones sociales, y su función de control ante todo peligro o amenaza. Se trata, como dice el referido autor, de un principio general del derecho, con relevancia constitucional, que vincula a los poderes públicos, protege a la infancia y actúa como instrumento informador de las instituciones de protección de menores.

En el derecho comparado existen dos modelos, el continental y el anglosajón, siguiendo a RODA.¹⁴ En el continental el legislador se remite al juez o, en su caso, a la administración, para la determinación en cada caso del interés del menor en cuestión, mientras que en el sistema anglosajón se determina a través de la existencia de unos criterios objetivos que tratan de compensar la indeterminación del principio.

El artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989¹⁵ establece que «*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño*». De forma muy similar, en España, el artículo 2 de la LOPJM recoge un pronunciamiento general afirmando que «*en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*».

¹³ DE TORRES PEREA, J.M.: El interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar, Iustel, Madrid, 2008, pág. 21.

¹⁴ RODA Y RODA, D.; *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 36.

¹⁵ El reconocimiento del interés del menor ya existía en la legislación anterior a la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, pero existía como pauta interpretativa de carácter general, llegando incluso a ser recogido en 1944, en el Decreto de 2 de Junio, creador de la figura del «*protector social*» al referirse de forma expresa a la conveniencia del menor.

Como vemos, en España parece en un primer momento seguirse el sistema continental, con un principio general y abstracto que debe ponderarse o concretarse según el caso por el juzgador o los operadores públicas.

Los criterios que debían aplicarse a la hora de hacer este ejercicio se determinaban por tanto no en la ley, sino por la jurisprudencia o la doctrina.

Entre los elementos que se tenían en cuenta a la hora de esta determinación se encuentran, por ejemplo, el que a través de este principio no se trata de garantizar la voluntad del menor, sino que se trata de garantizar aquello que es más beneficioso para él. Es necesario desarrollar una labor de determinación y búsqueda de lo que en cada caso es lo mejor para ese menor pero sin olvidar, como afirma SERRANO,¹⁶ que los menores son seres humanos «en formación» y por lo tanto fácilmente influenciados o moldeables, a menudo influidos por sus propios deseos o satisfacciones presentes sin prestar atención a sus necesidades futuras o presentes.

Otro elemento necesario en dicha ponderación es la consideración del interés del menor como elemento necesario para el ejercicio del derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad¹⁷ recogido en el artículo 10 de la Constitución española. Esto implica, primero, que la protección del mismo ha de estar garantizada por parte de los poderes públicos, según se establece en el artículo 39.2 del mismo cuerpo legal; segundo, su prevalencia frente a otros intereses, también dignos de protección; y tercero, la necesidad identificar lo más beneficioso para el menor no ahora, sino para el futuro. La exposición de motivos de la Ley LOPJM recoge como objetivo de la misma tratar de crear un *marco de protección integral* de los menores, una especie de Carta Magna basándose en el *reconocimiento de la condición de sujetos de derechos* a las personas menores de edad. Trata de convertir al menor en mayor, como protagonistas de su propia historia, de su presente y de su futuro, como sujetos activos, participativos, creativos, con capacidad de modificar en la creación de su propio entorno personal y social y de determinar sus propias necesidades y la forma de satisfacerlas. Para conseguir este objetivo es necesario proteger el menor durante su etapa de formación como sujeto de derechos teniendo en cuenta su propia situación, capacidad y realidad.

El principio del interés del menor permite por lo tanto engarzar dos conceptos, protección y desarrollo responsable del menor. Por ello se suelen distinguir dos aspectos de este principio básico, uno positivo, de *búsqueda del provecho del menor*, y otro negativo, de *procurar la evitación de un daño*.

Sin embargo, debido a las dificultades que este principio encierra a la hora concretar su contenido o los diversos criterios a aplicar por los profesionales o el juzgador en cada circunstancia, las últimas modificaciones normativas han introducido en la norma una serie de criterios que deben ser tomados en cuenta por el juzgador, profesionales o entidades públicas, a la hora de tomar decisiones que afecten a los menores

¹⁶ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M: *Abandono y desamparo de menores en el derecho civil español*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004, pag.,176.

¹⁷ RIVERA ALVAREZ, J.: «La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes», en *Cuadernos de Trabajo Social* nº 10 (1997), Ed. Universidad Complutense de Madrid, pags 75-92. «deben referirse, respecto a los aspectos personales, a la *formación de la personalidad del menor como ser con dignidad propia y autorresponsable* y, en el aspecto patrimonial, a la conservación e incremento del patrimonio dentro de una actuación diligente (art. 164 y 168.2º párrafo, art. 270 delCC)».

lo que nos acerca, cada vez más, a un modelo anglosajón en la determinación del interés del menor.

La Ley Orgánica 8/15 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introduce en el artículo 2 de la LOPJM una serie de criterios que ayuden en la labor decisoria que, como bien explica en su exposición de motivos, pretenden recoger los elementos tenidos en cuenta por la jurisprudencia existente hasta la fecha entorno al concepto jurídico indeterminado del interés del menor, y también los criterios recogidos en la Observación general nº 14 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño acerca de que el interés del menor sea una consideración primordial.

Como bien indica la Exposición de Motivos de la Ley 8/2015 se entiende que este principio tiene tres dimensiones: derecho sustantivo, principio jurídico de interpretación y norma de procedimiento.

- 1 Como derecho sustantivo supone que el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. También es una garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico, o a los niños en general.
- 2 El interés del niño debe considerarse como principio jurídico interpretativo fundamental de forma que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- 3 También es una norma de procedimiento entendiendo que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto, o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

Por lo tanto, el art. 2 de la LOPJM, en su redacción actual, recoge una serie de criterios generales que deberán aplicarse según las circunstancias del menor a fin de adoptar la medida más adecuada posible. Estos criterios generales se tendrán en cuenta sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto, y son los siguientes:

- 1 La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- 2 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.
- 3 La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de ori-

gen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

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

El artículo 2 de la LOPJM establece además unos elementos generales, valorados en su conjunto conforme a criterios de necesidad y proporcionalidad de forma que la medida que se adopte en el interés del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. Estos elementos generales son:

- 1 La edad y madurez del menor.
- 2 La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
- 3 El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- 4 La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- 5 La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
- 6 Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia incorpora además otros criterios específicos que deberán ser tomados en cuenta a la hora de interpretar el interés de un menor que se encuentre en cualquier situación de violencia. Así lo establece su artículo 4,¹⁸ que recoge criterios específicos, entre los que se encuentran la prioridad de las actuaciones preven-

¹⁸ 1. Serán de aplicación los principios y criterios generales de interpretación del interés superior del menor, recogidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como los siguientes:

- a) Prohibición de toda forma de violencia sobre los niños, niñas y adolescentes.
- b) Prioridad de las actuaciones de carácter preventivo.
- c) Promoción del buen trato al niño, niña y adolescente como elemento central de todas las actuaciones.

tivas o la especialización de los profesionales para la detección precoz de las situaciones de violencia.

Es importante señalar que, si bien la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley Orgánica 8/2021 han procedido a identificar los criterios y elementos que deben tomarse en cuenta a la hora de concretar el concepto del interés del menor, éste sigue siendo un concepto abierto, que sigue requiriendo una importante labor de ponderación y motivación de la decisión adoptada. Sigue siendo imprescindible para el juzgador o para un profesional identificar y explicar cuáles de estos criterios han tenido más peso a la hora de adoptar esta decisión y el por qué. No es extraño que en este ejercicio de ponderación el juez, cada vez más, recabe el auxilio de operadores no jurídicos, como los psicólogos, trabajadores sociales o coordinadores de parentalidad, cuyos informes añaden elementos importantes a esta labor imprescindible de motivación y ponderación.¹⁹

4 BIBLIOGRAFÍA

ASENSIO SÁNCHEZ, M.A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, 7.^a edición, Ed. Bercal, Madrid, 2017.

BLANCO CARRASCO, M.: *Las responsabilidades parentales en situaciones de crisis familiar: mediación, puntos de encuentro y coordinación de parentalidad*, Reus, Madrid, 2021.

DE TORRES PEREA, J.M.: *El interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008.

- d) Promover la integralidad de las actuaciones, desde la coordinación y cooperación interadministrativa e intradministrativa, así como de la cooperación internacional.
- e) Protección de los niños, niñas y adolescentes frente a la victimización secundaria.
- f) Especialización y capacitación de los y las profesionales que tienen contacto habitual con los niños, niñas y adolescentes para la detección precoz de posibles situaciones de violencia.
- g) Reforzar la autonomía y capacitación de las personas menores de edad para la detección precoz y adecuada reacción ante posibles situaciones de violencia ejercida sobre ellos o sobre terceros.
- h) Individualización de las medidas teniendo en cuenta las necesidades específicas de cada niño, niña o adolescente víctima de violencia.
- i) Incorporación de la perspectiva de género en el diseño e implementación de cualquier medida relacionada con la violencia sobre la infancia y la adolescencia.
- j) Incorporación del enfoque transversal de la discapacidad al diseño e implementación de cualquier medida relacionada con la violencia sobre la infancia y la adolescencia.
- k) Promoción de la igualdad de trato de niños y niñas mediante la coeducación y el fomento de la enseñanza en equidad, y la deconstrucción de los roles y estereotipos de género.
- l) Evaluación y determinación formal del interés superior del menor en todas las decisiones que afecten a una persona menor de edad.
- m) Asegurar la supervivencia y el pleno desarrollo de las personas menores de edad.
- n) Asegurar el ejercicio del derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en toda toma de decisiones que les afecte.
- ñ) Accesibilidad universal, como medida imprescindible, para hacer efectivos los mandatos de esa Ley a todos los niños, niñas y adolescentes, sin excepciones.

¹⁹ BLANCO CARRASCO, M.: *Las responsabilidades parentales en situaciones de crisis familiar: mediación, puntos de encuentro y coordinación de parentalidad*. Reus, Madrid, 2021 pags. 21 y ss.

- GARCÍA GARNICA, M^aC.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- HERNANDEZ IBÁÑEZ, C.: «La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónomas», Dykinson, Madrid, 1998.
- PATOJA GARCÍA, F.: *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997.
- RIVERA ALVAREZ, J.: «La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes», en *Cuadernos de Trabajo Social* n° 10 (1997), Ed. Universidad Complutense de Madrid, pags 75-92.
- RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 36.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: *Abandono y Desamparo de menores en del Derecho Civil español*. Ed. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004.

*CHILD
PROTECTION
IN SPANISH
LAW*



2

CHILD PROTECTION IN DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW. THE INTEREST OF THE MINOR AS THE GUIDING PRINCIPLE

MARTA BLANCO CARRASCO

1 PRELIMINARY CONSIDERATIONS

Today, child protection is the cornerstone of all regulation and public policy that has the principal aim of guaranteeing children's rights and preventing any kind of harm across all the areas that affect them. Child protection has become an obligation for legal actors, and the tools made available to children and their parents and professionals are increasingly effective.

But this has not always been the case. A social and regulatory transformation has been required, with particularly remarkable progress having been made in recent years.

We can locate the first turning point in the second half of the twentieth century, when minors moved from being an object of protection to a subject with rights and duties. Minors had traditionally been considered, together with women and people with disabilities, as vulnerable persons – “weak” or “dependent” subjects in need of the law's protection. In most cases this protection involved depriving minors of legal capacity and hence preventing them from having rights and duties, meaning that they could not participate in the making of the essential decisions affecting their lives. Minors were even treated as “property” of their parents or guardians, upon whom they were absolutely dependent.

However, the emergence of democratic States following the Second World War encouraged a change to this paradigm, and minors began to be seen as legal persons with rights and duties. The opinion and interest of the minor became increasingly important to the point that it prevailed over other interests, including those of the

parents. A series of key socio-legislative changes made this possible, which can be summarized, following Asensio,¹ as the following:

- The appearance of new forms of family outside of marriage.
- The principle of equality applied both to spousal and to parent-child relations.
- The diminishing of parental authority over children, with parental responsibility being considered not as a parental right but rather as a function to be exercised in the benefit of the children.
- The increasing prevalence of minors in the legislative sphere, involving their recognition as the subject of rights and obligations.

The United Nations Convention on the Rights of the Child of 1989 was ratified by Spain in 1990. It reflects this paradigm shift, serving as the first step in developing an entire legislative framework intended to recognise and protect the rights of minors.

However and despite the recognition of minors as right-holders, for years there have been two conflicting doctrinal stances concerning the structure of the minor's legal position. For some, a lack of understanding or intention means that minors cannot exercise the rights they hold. They are hence argued to be incapable and requiring representation or replacement by their parents or guardians in the majority of circumstances. However, others argue that while minors are persons with potential capacity, the legal system limits capacity for some acts where it is deemed suitable to protect them from their own inexperience. In these cases, capacity will be the rule and lack of capacity will be the exception. The Spanish legal system undoubtedly leans toward this second position, for two essential reasons according to BERCOVITZ.² First, minors are granted broad areas in which they have capacity to act, and second, the limitations placed on that capacity to act must always be interpreted restrictively (article 2.II LOPJM).

Despite minors currently being conceived of as subjects with their own rights and obligations in parity with those of legal age, we cannot forget that these subjects lack the necessary conditions to independently exercise their rights, meaning that on-going parental assistance and guidance are required. When the right-holder is a minor, we must take two circumstances into account: parental guidance in the exercise of the right and modification of the exercise of the right according to the minor's circumstances.

Minors hold the rights, but the law establishes that parents have the right and obligation to guide and direct them in the exercise thereof, and that children must respect their parents. Also, minors will progressively assume the exercise of their rights (and responsibilities) according to their own capacity and circumstances (paragraph 5 of the Preamble to the LOPJM). The minor's capacity to act will be modified depending on their maturity; that is, it will depend on the intellectual and psychological conditions that enable the holder to know and understand the scope of the right in question. It is

¹ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, pg. 17-18.

² BERCOVITZ AND RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la Persona*, Bercal. S.A., Madrid, 2017, pg. 124.

presumed, *iuris tantum*, that they will be able to assume full responsibility when they are eighteen years old. As such, it is necessary to provide measures to enable the minor to fully assume their responsibilities when they reach that age.

Hence, in Spain as in the majority of developed countries, the new focus consists of recognizing *full ownership* by minors of their rights, and of recognizing a *progressive capacity* to exercise them.³

What needs to be taken into account when making any decision that affects a minor is that all domestic and international legislation requires protecting the interest of the minor to be prioritised over other potentially conflicting interests. The overarching principle of the best interest of the minor is enshrined as a fundamental guideline across all legislation concerning minor. Though it is not an easily defined concept, we can affirm that this principle requires that minors be protected from any circumstances that might cause them harm, taking such measures as may be deemed appropriate in order to do so. It also means that when any decision is made affecting a minor, it is necessary to take into account not only the current circumstances but also, and fundamentally, the consequences that the decision will have for that minor's future.

2 INTERNATIONAL LAW

The first milestone in the international protection of minors' rights came about with the approval of the *United Nations Convention on the Rights of the Child* on 20 November 1989. Earlier regulation did exist,⁴ such as the *International Covenant on Civil and Political Rights* of 16 September 1966, which expressly set forth a need to guarantee equality and non-discrimination in relation to minors.⁵ However, the Convention is the first international regulation that specifically addresses the rights of children and recognises that they have the same rights as adults, but are subject to special protection owing to their status as developing and growing persons.

The Convention was drawn up over a ten-year period, with contributions from representatives of a range of societies, cultures and religions. Its 54 articles recognise

³ PATOJA GARCÍA, F.: *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997, pg. 8.

⁴ Following this convention, numerous regulations have attempted to protect childhood from various standpoints:

- *World Declaration on the Survival, Protection and Development of Children*, agreed at the World Summit for Children held in New York, on 30 September 1990.

- *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*.

- *Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption* (instrument of ratification of 30 June 1995).

- *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*.

Of particular note is the *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* of 13 December 2006 (instrument of ratification of 23 November 2007).

⁵ "Every child shall have, without any discrimination as to race, colour, sex, language, religion, national or social origin, property or birth, the right to such measures of protection as are required by his status as a minor, on the part of his family, society and the State. Every child shall be registered immediately after birth and shall have a name. Every child has the right to acquire a nationality".

children as individuals with the right to full physical, mental and social development, as well as the right to freely express their views. In short, children exercise and can demand the same fundamental civil, political, economic and cultural rights as adults.

The Convention also established an obligation for States to adopt all appropriate administrative, legislative and other measures to ensure the implementation of the rights recognised in it. Article 3 of the Convention provides that all actions concerning children must be based on a consideration of their best interests. In the interest of preventing harm, it is for the State to ensure adequate protection and care when parents or other legally responsible individuals are unable to do so. There is a different response when the child is suffering from an involuntary lack of care, in which case provision is made for the creation of institutions and services to support the child (article 18), while legislative, administrative, social and education measures are required when the lack of care is intentional, including separating children from their parents (articles 19 and 9).⁶

The Convention marks the first time that the special characteristics of child right-holders are outlined. Article 5 establishes that “States Parties shall respect the responsibilities, rights and duties of parents or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by local custom, legal guardians or other persons legally responsible for the child, to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognized in the present Convention”.

This need for parental direction has obliged States to assume certain obligations in order to secure and guarantee the treatment of and contact with children. In this regard, article 10 of the Convention establishes the right for minors to enter and leave a State for the purpose of family reunification, as well as the right to maintain personal relations and direct contact with their parents. Article 9.1 provides that children shall not be separated from their parents, while article 9.3 establishes the right to maintain personal relations and direct contact with their parents (again). Lastly, article 7.1 provides for the right of the child to know and be cared for by their parents.

The Convention also incorporates various other kinds of rights to be held by minors. First are positive rights, such as the right to free-of-charge primary education. We find other rights alongside these, such as the right to a standard of living adequate for the child’s physical, mental, spiritual, moral and social development (article 27.1), which do not seek to reflect a natural right but are considered necessary for the proper development of the child. Finally, we encounter a series of principles for guidance or action that are not authentic rights but rather political commitments of public authorities (for example, articles 17, 18.1, 22.2, 24.1, 24.4, 28.1b and 42).

After the approval of a treaty on human rights, it is common practice to add “optional protocols”. These are legal mechanisms that supplement the original treaty by addressing a new concern or including a specific procedures to give effect to the rights established. The Convention on Rights of the Child has three optional protocols: one relating to the involvement of children in armed conflicts; one relating

⁶ See SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: *Abandono y Desamparo de menores en del Derecho Civil español*, Ed. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004, pg. 281-284.

to the sale of children, child prostitution and child pornography; and one relating to a communications procedure.

The Committee on the Rights of the Child is a body of independent experts created to monitor the proper interpretation and implementation of the Convention. Its comments are intended to connect this international legal framework with the educational, healthcare, legal and social realities that affect children and adolescents. The idea is that the Convention is a living document, whose application should be under constant review. Of note among the 25 general comments that it has made are number 12 (2009) on the right of the child to be heard, number 13 (2011) on the right of the child to freedom from all forms of violence, and number 14 (2014) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration.

Attempts have been made in Europe to meet the main needs of child protection, with the production of regulations on highly specific issues such as sex tourism affecting children,⁷ child pornography,⁸ adoption⁹ and the enforcement of court orders as to marital issues and parental responsibility for the children of a marriage.¹⁰

All European countries¹¹ have adopted measures and created institutions to guarantee child protection, following the guidelines provided by the European Union.

Progress in terms of the implementation of children's rights was given a boost by the United Millennium Development Goals, which were signed by 189 Member States in 2000 and represented a renewed collective commitment on the part of the international community to stimulate human development among nations. The intention of the UN Sustainable Development Agenda adopted in 2015 was to make progress in developing peaceful societies with inclusive economic growth and greater social cohesion, and with a sustainable environmental future. This Agenda identified 17 sustainable development goals (SDGs), which cover all domestic public policies, foreign activities and development cooperation. Some of these goals are directly related to child protection, such as those referring to preventing and fighting poverty, inequality and social exclusion. Specifically, the aim of goal 16 is to promote peaceful, just and inclusive societies, and more specifically, target 16.2 refers to the need to "end abuse, exploitation, trafficking and all forms of violence against and torture of children."

⁷ European Parliament resolution on the communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of measures to combat child sex tourism (COM(1999) 262 - C5-0096/1999 -1999/2097(COS)), 30 March 2000.

⁸ Council Decision of 29 May 2000 to combat child pornography on the Internet (2000/375/JHA), Official Journal of the European Communities no. L 138, of 9 June 2000. See also Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, agreed in Lanzarote on 25 October 2007, ratified on 22 July 2010.

⁹ European Convention on the Adoption of Children, agreed in Strasbourg on 27 November 2008, ratified on 16 July 2010.

¹⁰ Council Regulation (EC) No. 1347/2000, of 29 May 2000, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, and the regulation that repealed it, Council Regulation (EC) No. 2201/2003, of 27 November 2003, concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility.

¹¹ http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_en.htm

3 CHILD PROTECTION LAW IN SPAIN

If the tipping point at international level was the Convention on the Rights of the Child, in Spain we can identify Organic Law 1/1996 of 15 January on Legal Protection of the Minor (the LOPJM, for its initials in Spanish) as the first law to focus on minors.

It is true that years previously, the Spanish Constitution of 1978 had introduced fundamental changes to the concept of the paternal-filial relationship. Article 39 of the Constitution included for the first time the notion of the interest of the minor as a legal concept, establishing that “parents must provide their children...with assistance of every kind while they are still under age”. This article interprets the family as the most suitable context to ensure the personal development and proper social integration of children, establishing as a guiding principle of social and economic policy that “the public authorities shall ensure full protection of children”.

Since the enactment of the Constitution and using the constitutional mandate as a reference point, there has been significant reform to the Spanish legal order as regards minors.

The first amendment took place with Law 11/1981, of 13 May, amending the Civil Code with regard to filiation, parental responsibility and the economic regime of marriage. This eliminated illegitimate filiation and established equality between the progenitors in the exercise of parental responsibility and investigation of paternity. Meanwhile, Law 21/1987 of 11 November introduced significant changes with regard to the protection of minors, replacing the former concept of abandonment with that of neglect and producing more flexible procedures.

But it is undoubtedly the LOPJM that caused a paradigm shift as regards child protection in Spain. Article 2 LOPJM sets forth the fundamental principles, expressly establishing that “*the best interest of minors shall prevail over any other legitimate interest. Moreover, the measures adopted under this Law must be educational in nature. Limitations on minors’ capacity to act shall be restrictively interpreted*”.

The same article lists three basic principles in the protection of minors:

- The interest of the minor, which we shall address later.
- Measures of an educational nature.
- The restrictive interpretation of limitations on minors’ capacity.

After almost twenty years in force, the LOPJM was subject to two important reforms in 2015, which had been taking shape for some time but came into effect fairly suddenly. The first amendment occurred with Organic Law 8/15 of 22 July amending the child and adolescent protection system (the LOMSPIA, for its initials in Spanish), which was published in the Official State Gazette (BOE) no. 175 of 23 July 2015 and came into force from 12 August 2015. Of note in this regulation is an important amendment to article 2 LOPJM with regard to the principle of the minor’s interest as the backbone to all this law. The second amendment occurred only a few days later, with the publication of the LMSPIA in BOE no. 180 of 29 July 2015, which implemented a detailed revision of the institutions in the system for protection of children and adolescents. As the Preamble to the LMSPIA states, the object of this law was to introduce the necessary changes to Spanish law on the protection of children

and adolescents in order to ensure they could continue to be guaranteed a uniform level of protection across the whole country, and to act as a model for the Autonomous Communities as they developed their own law on the area.

Finally, it is necessary to highlight Organic Law 8/2021 of 4 June on the comprehensive protection of children and adolescents from violence.¹² As its Preamble states, this law addresses violence against children and adolescents based on a comprehensive approach, involving an extensive response to the multidimensional nature of its risk factors and consequences. It establishes an essential priority for prevention, socialisation and education for minors, families and civil society. This law punishes all kinds of violence, however committed, including via the use of information and communication technologies.

The main developments introduced by the law are as follows:

- 1 Protection of minors to encourage the reporting of crimes and their protection during the investigation. Particularly noteworthy is the extension of the prescription period for child abuse, which begins to run when the victim reaches 35 years of age and not when they are 18, as was previously the case.
- 2 Enhancement of the child's right to be heard, which can be exercised "without an age limit" and "in all administrative, judicial or other processes related to proving violence and providing redress to victims". This right can only be restricted for valid reasons and when it is not in the child's best interest. If children are sufficiently mature, "they must always be heard before decisions affecting them are made" in cases involving contentious or mutually agreed separation.
- 3 Fostering of a culture of good treatment and positive parenting. Among the aims of the law, its article 3 establishes awareness-raising and preventive measures. The latter include "specialisation of professionals from different fields of intervention and support of families, providing them with tools for positive parenting, and the reinforcement of child participation".
- 4 **The interest of the minor as the guiding principle in child protection.**

One of the main problems with this principle is that it is an indeterminate legal concept, which has always provoked a degree of confusion in terms of how it should be construed. Legal academics and practitioners alike have complained that its application is hindered by a lack of certainty.

As stated by DE TORRES PEREA,¹³ any attempt to define the interest of the minor is doomed to failure, since a precise definition would be neither reasonable nor possible: it would always be imprecise and incomplete. It is more reasonable to emphasise its balancing function, in that it acts to protect minors given their position as the weaker party in social relationships, and its function of providing control in response to any danger or threat. As the aforementioned author puts it, this is a general and constitutionally significant principle of law, which binds public authorities, protects children and can be used in situations of concern by child protection institutions.

¹² BOE no. 134, 5 June 2021.

¹³ DE TORRES PEREA, J.M.: *El interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, p. 21.

According to RODA,¹⁴ there are two models in comparative law: civil law (“continental”) and common law (“Anglo-Saxon”). In the former, the legislator refers to the court, or to the authorities where applicable, to determine the interest of the relevant minor in each case. Meanwhile, in the common law context, the interest of the minor is determined through the use of objective criteria that are intended to offset the indeterminate nature of the principle.

Article 3.1 of the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989¹⁵ establishes that *“in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration”*. In Spain, article 2 LOPJM makes a strong general statement with relation to this principle, establishing that *“in the application of this law, the best interest of the minor shall prevail over any other legitimate interest”*.

As we can see, Spain initially appears to follow the civil law system, with a general and abstract principle that must be weighed up or applied as appropriate by the courts or public authorities.

The criteria to be applied in the course of this exercise were hence established not by law but by case-law and doctrine.

The elements taken into account when making this determination included, for example, the fact that the principle is intended to secure not the will of the minor but the outcome that is most beneficial to them. A case-by-case exercise must be carried out to identify what is best for the minor, but, as SERRANO¹⁶ affirms, it must not be forgotten that minors are humans “in training” and hence easily influenced or moulded: they are often influenced by their own current wishes and desires without paying attention to their current or future needs.

This balancing exercise also incorporates the consideration of the interest of the minor as an essential element of the exercise of the fundamental right to free development of one’s personality,¹⁷ as established in article 10 of the Spanish Constitution. This means firstly that the public authorities must guarantee the protection of the minor, as established in article 39.2 of the Constitution, secondly that the interest of the minor prevails over other interests that are also deserving of protection, and thirdly that there is a need to identify what is most beneficial for the minor not at present, but with a view to the future. The Preamble to the LOPJM

¹⁴ RODA Y RODA, D.; *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p. 36.

¹⁵ The interest of the minor was already recognized in law that preceded the 1989 Convention, but in the form of a general interpretative guideline. It was even included in the Decree of 2 June 1944 that created the figure of a “social protector” and expressly referred to what was most suitable for the minor.

¹⁶ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M: *Abandono y desamparo de menores en el derecho civil español*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004, pg.,176.

¹⁷ RIVERA ALVAREZ, J.: “*La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes*”, in *Cuadernos de Trabajo Social* nº 10 (1997), Ed. Universidad Complutense de Madrid, pgs. 75-92: “deben referirse, respecto a los aspectos personales, a la formación de la personalidad del menor como ser con dignidad propia y autorresponsable y, en el aspecto patrimonial, a la conservación e incremento del patrimonio dentro de una actuación diligente (article 164 y 168.2º párrafo, article 270 del CC)”.

identifies its objective as being to create a *framework for the comprehensive protection* of minors, a kind of Magna Carta in this field, based on *recognizing minors as being the subjects of rights*. This involves converting *menores* (minors) into *mayores* (persons of legal age), making them the architects of their own present and future stories as active, participative and creative subjects, with the capacity to affect the creation of their own personal and social environment and to determine their own needs and the way to satisfy them. In order to achieve this objective, minors must be protected during their stage of development into the subjects of rights, taking into account their individual situation, capacity and reality.

The principle of interest of the minor therefore covers two concepts: the protection and the responsible development of the minor. Two aspects of this basic principle hence tend to be distinguished: the positive being *seeking the benefit for the minor*, and the negative being *procuring the avoidance of harm*.

However, owing to the difficulties that this principle entails in terms of defining its content and the various criteria to be applied by professionals and the courts to each circumstance, the most recent regulatory changes have introduced a series of criteria that courts, professionals and public authorities are required to take into account when making decisions that affect minors. This has brought Spain ever closer to the common law model for determining the interest of the minor.

The LOMSPIA incorporates a series of criteria to support the decision-making process into article 2 of the LOPJM. As the Preamble to the LOMSPIA explains, these criteria are intended to cover the elements taken into account by previous case-law concerning the indeterminate legal concept of the interest of the minor, as well as those included in General Comment no. 14 of the United Nations Committee on the Rights of the Child, regarding the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration.

As stated in the Preamble to the LOMSPIA, this principle is deemed to have three dimensions: substantive right, legal interpretative principle and procedural rule.

- 1 As a substantive right, it entails the child having the right to their best interest being a primary consideration that is assessed and taken into account when weighing the various interests to come to a decision on a disputed matter. There is also a guarantee here that this right will be put into practice whenever a decision is to be taken that will affect the child, a specific or generic group of children, or children in general.
- 2 The interest of the child must be considered a fundamental legal interpretative principle in the sense that if a legal provision admits more than one interpretation, the one chosen will be that which most effectively satisfies the best interest of the child.
- 3 It is also a procedural rule. Whenever a decision is to be taken that affects a specific child, a specific group of children, or children in general, the decision-making process must include an estimate of the potential repercussions (positive or negative) of the decision for the child or children with interests in it. Procedural guarantees will be required for the evaluation and determination of the child's best interest.

The article 2 LOPJM establishes a series of criteria in order to interpret and apply the best interest of the minor in each case. There are general criteria to be taken into account without prejudice to the provisions of specific applicable law, as well as others that may be applied bearing in mind the specific circumstances of the case. The general criteria are the following:

- 1 Protection of the minor's right to life, survival and development and satisfaction of their basic needs, both material, physical and educational as well as emotional and affective.
- 2 Consideration of the minor's desires, feelings and opinions, as well as their right to participate (progressively, on the basis of their age, maturity, development and personal development) in the process of determining their best interest.
- 3 The need for their life and development to take place within a family environment that is appropriate and free of violence. The minor remaining within their original family will be prioritized and family relationships maintained wherever possible and positive for the minor. In the case that a protective measure is ordered, family foster care will be given priority over residential foster care. When the minor has been separated from their nuclear family, the possibility and appropriateness of returning them will be assessed, taking into account the development of the family after the adoption of the protective measure and always prioritizing the interest and needs of the minor over those of the family.
- 4 Preservation of the identity, culture, religion, beliefs, sexual orientation or guidance and language of the minor, as well as not discriminating against them on the basis of these or any other conditions, including disability, guaranteeing the harmonious development of their personality.

The text of article 2 LOPJM also provides that the general criteria will be weighted taking into account the following general elements, assessed as a whole in accordance with criteria of necessity and proportionality, in order that the measure adopted in the interest of the minor does not restrict or limit more rights than it protects:

- 1 The age and maturity of the minor.
- 2 The need to guarantee their equality and that they will not be discriminated against due to their particular vulnerability, whether because of lacking a family environment, suffering ill-treatment, disability, sexual orientation and identity, their status as a refugee, asylum seeker or applicant for subsidiary protection, belonging to an ethnic minority, or any other relevant characteristic or circumstance.
- 3 The irreversible effect of the passage of time on their development.
- 4 The need for stability of the solutions adopted to promote the effective integration and development of the minor within society, as well as to minimize the risks that any change in their material or emotional situation may pose to their personality and future development.
- 5 Preparation of the transition to adulthood and independence, according to their personal capacities and circumstance.

6 Such other weighting elements as are considered pertinent in the specific case and respect minors' rights.

Organic Law 8/2021 of 4 June on the comprehensive protection of children and adolescents from violence also includes further specific criteria that are to be taken into account when assessing the interest of a minor who is facing any situation involving violence. Article 4¹⁸ of this law establishes specific criteria in this regard, including prioritising preventive measures and the specialisation of professionals for the early detection of situations involving violence.

It is important to note that although Organic Law 8/2015 and Organic Law 8/2021 have identified the criteria and elements to be taken into account when applying the concept of the interest of the minor, the concept remains an open-ended one that requires significant work to weigh up and justify the decision made. It is still essential for the courts or professionals to identify and explain the criteria that have had the greatest impact on their decision, and the reasons for that impact. It is no surprise that as part of this assessment process, the courts are increasingly reliant on support from non-legal parties such as psychologists, social workers and parenting coordinators, whose reports provide information that is key to this essential weighing-up and justification work.¹⁹

¹⁸ 1. The following principles and criteria shall apply in addition to the general principles and criteria for assessing the best interest of the minor established in article 2 of Organic Law 1/1996 of 15 January on legal protection of the minor, partly amending the Civil Code and the Civil Procedural Law:

- a) Prohibition of any form of violence against children and adolescents.
- b) Prioritisation of preventive measures.
- c) Promotion of proper treatment of children and adolescents as a central element of all actions.
- d) Promotion of comprehensive actions through inter-administrative and intra-administrative coordination and cooperation, as well as international cooperation.
- e) Protection of children and adolescents against secondary victimisation.
- f) Specialisation and training of professionals in frequent contact with children and adolescents for the early detection of potential situations involving violence.
- g) Strengthening of autonomy and training of minors for the early detection of and appropriate reaction to potential situations involving violence against them or third parties.
- h) Development of individualised measures taking into account the specific needs of each child or adolescent who is a victim of violence.
- i) Incorporation of gender perspective into the design and implementation of any measure related to violence against children and adolescents.
- j) Incorporation of a transversal approach to disability into the design and implementation of any measure related to violence against children and adolescents.
- k) Promotion of equal treatment of children through co-education and the fostering of fair teaching, as well as deconstruction of gender roles and stereotypes.
- l) Formal assessment and determination of the best interest of the minor in all decisions that affect them.
- m) Securing the survival and full development of minors.
- n) Ensuring the exercise of the right of children and adolescents to involvement in the making of any decisions that affect them.
- ñ) Universal accessibility as an essential measure to give effect to the requirements of this law for all children and adolescents without exception.

¹⁹ BLANCO CARRASCO, M: *Las responsabilidades parentales en situaciones de crisis familiar: mediación, puntos de encuentro y coordinación de parentalidad*. Reus, Madrid, 2021 pgs. 21 et seq.

4 BIBLIOGRAPHY

- ASENSIO SÁNCHEZ, M.A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, 7.^a edición, Ed. Bercal, Madrid, 2017.
- BLANCO CARRASCO, M.: *Las responsabilidades parentales en situaciones de crisis familiar: mediación, puntos de encuentro y coordinación de parentalidad*, Reus, Madrid, 2021.
- DE TORRES PEREA, J.M.: *El interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008.
- GARCÍA GARNICA, M^aC.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- HERNANDEZ IBÁÑEZ, C.: “La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónomas”, Dykinson, Madrid, 1998.
- PATOJA GARCÍA, F.: *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997.
- RIVERA ALVAREZ, J.: “La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes”, en *Cuadernos de Trabajo Social* n° 10 (1997), Ed. Universidad Complutense de Madrid, pags 75-92.
- RODA Y RODA, D.; *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 36.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: *Abandono y Desamparo de menores en del Derecho Civil español.*, Ed. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004.