

Beatriz VERDERA IZQUIERDO

La actual configuración jurídica del interés del menor: de la discrecionalidad a la concreción¹

Ana Isabel Berrocal Lanzarot

Universidad Complutense de Madrid

La última monografía de la Dra. Verdera Izquierdo, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de las Islas Baleares, se centra en un concepto básico y angular del Derecho, especialmente del Derecho Civil y, particularmente, del Derecho de familia como es el interés del menor. Por todos es conocida la existencia de dicho concepto y la importancia del mismo, pero pocas monografías (por no decir ninguna hasta la fecha) se centran en un análisis exhaustivo del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del menor que aborda en toda su extensión el interés del menor a partir de la reforma efectuada por las Leyes 8/2015, de 22 de julio y 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Siendo loable destacar la valentía de la autora al afrontar dicho concepto lo que realiza con suma pericia al tratarse de una profunda conocedora del Derecho de familia en todos sus ámbitos, debido a dilatados y fructíferos años de estudio, lo cual se percibe en la enriquecedora lectura de la monografía. Siendo un dato a destacar que la autora hizo coincidir el año de publicación, 2019, con el 30 aniversario de la Convención de los Derechos del niño (1989) que consagra el interés del menor a nivel internacional en el art. 3.1.

La Dra. Verdera Izquierdo inicia su disertación con conceptos previos como es la situación actual de la familia y la quiebra del modelo patriarcal que ha conllevado un mayor protagonismo de los menores, para pasar a recoger una plasmación legal del interés del menor que la sitúa y conduce a diferenciar entre el marco normativo internacional (tratando los orígenes del concepto) y el marco normativo nacional. En los referidos apartados después de concretar tanto la normativa internacional como

¹ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *La actual configuración jurídica del interés del menor: de la discrecionalidad a la concreción*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019, 315 pp. ISBN 978-84-9152-050-4

nacional al respecto, se centra en el art. 2.1 LOPJM. Para ello, siguiendo la redacción del precepto se plantea el concepto «todo menor» lo que le lleva a diferenciar entre la infancia y la adolescencia debido al gran abanico de años que aglutina la minoría de edad. A su vez, pone de manifiesto la importancia de la protección de los menores tanto como colectividad, como individualmente. Plantea, analiza y concreta el alcance de los términos que contempla el art. 2.1 LOPJM como es la protección del menor en: «todas las acciones, decisiones y medidas» a los efectos de abarcar todas las cuestiones que pueden afectar a un menor, ya sea de forma directa o indirecta. El art. 2.1 LOPJM establece que dicha protección se refiere no sólo al ámbito público sino también al ámbito privado donde la autora realiza especial hincapié en la figura de los progenitores y, consecuentemente, en la patria potestad como función. El primer capítulo, en el que asienta el concepto a partir del art. 2 LOPJM, lo concluye adentrándose en otro concepto similar, pero con connotaciones diversas, como es el «beneficio del menor».

El siguiente Capítulo, el 2, lo centra en la naturaleza jurídica del término el cual afronta desde cuatro premisas:

- La primera, como concepto relacional que nos sitúa frente diversas instituciones, por ejemplo, en el ámbito del Derecho Civil ante: la patria potestad, guarda y custodia, derecho de visitas, el acogimiento, la adopción...;
- La segunda, como un concepto jurídico indeterminado, siendo a su vez, dinámico, complejo, flexible y adaptable deteniéndose la autora en dicha configuración y llegando a calificarlo como concepto relativamente indeterminado debido a que el legislador otorga una serie de mecanismos para su concreción. Como manifiesta la Dra. Verdera Izquierdo en las primeras páginas del libro «Se debe partir del hecho de que la vida está llena de matices y relatividad y, por tal motivo, se adapta mal a conceptos o ajustes preestablecidos». Todo ello le lleva a plantear cual es el mejor sistema, es decir, si se deben otorgar unos parámetros o criterios predeterminados o si, por el contrario, es preferible acudir a la autodeterminación. En consecuencia, si deben ser los adultos quienes deben apreciar dicho interés de acuerdo con una posible objetivización del método o, si debe ser el propio menor a partir de su autodeterminación (*Dynamic Self-Determinism*). A lo largo de la monografía se afirma categóricamente y con reiteración que la apreciación del interés del menor se debe realizar «in concreto» de acuerdo con niño/a particular y sus concretas circunstancias y por ello manifiesta que: «es prácticamente imposible realizar y plasmar una definición única, unívoca del interés del menor, siendo un

concepto limitativo e informador de otras instituciones que nos lleva a precisar el contenido de las mismas.»

- La tercera premisa le lleva a abordarlo desde la consideración de cláusula general para poner de manifiesto que dicha calificación ha supuesto una creación jurisprudencial del Derecho de familia al margen de la legislación establecida al utilizar el concepto de forma ambivalente.
- Por último, la cuarta premisa recogida en dicho Capítulo también se ocupa de recalcar su configuración como concepto valor o de experiencia que le hace plantearse los sesgos cognitivos de los operadores jurídicos y aplicadores del concepto.

En el Capítulo 3, la autora se detiene y afronta sin tapujos el triple contenido o dimensión del interés del menor que recoge la Observación nº14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial del Comité de los Derechos del niño de Naciones Unidas y que el legislador español ha plasmado en el art. 2 LOPJM:

- como derecho sustantivo, donde se plantea y cuestiona si nos encontramos ante un verdadero derecho subjetivo con todo lo que ello comporta;
- como principio general de carácter interpretativo, siendo como dice la autora «un criterio hermenéutico de interpretación de las leyes, de carácter teleológico o finalista» debiendo interpretar siempre las normas a favor de los menores y,
- como norma de procedimiento aplicable a todo proceso en el que se encuentre implicado un menor y por ello, trata el derecho del menor a ser informado, oído y escuchado deteniéndose en la importancia de tal trámite y concretando la forma en que se debe realizar, los ámbitos y las consecuencias de su falta. Este tercer contenido del concepto, la sitúa ante el apartado 2.5 LOPJM, por lo que aborda otras garantías procedimentales como es la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos junto a progenitores, tutores o representantes legales del menor, defensor judicial, el Ministerio Fiscal... Y se detiene en la especial motivación que debe tener cualquier decisión que aplique el interés del menor, recalcando que el legislador ha intentado dejar al margen y superar todas aquellas resoluciones que acudían al principio sin concretarlo.

El Capítulo 4, configura el concepto desde dos derechos fundamentales como son el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad los cuales son un prius y, a su vez, reflejo del interés del menor. Para ello se plantea la necesidad de promover la autonomía de los menores otorgando especial importancia a la madurez y a su desarrollo progresivo haciendo al menor participe y protagonista de su vida, no siendo

un mero objeto de protección sino un sujeto activo y participativo dueño de su devenir y, por tanto, protagonista de su vida. Basándose el interés del menor en el respeto de sus derechos de acuerdo con su personalidad.

El Capítulo 5, se centra en el análisis del art. 2 LOPJM y, en particular de los Criterios Generales que concede el legislador para poder llegar a encontrar y vislumbrar el interés del menor en cada supuesto particular.

La Dra. Verdura Izquierdo desde una visión académica pero práctica ha pretendido, al igual que el legislador, que el interés del menor se pueda: «Observar, evaluar y encontrar o determinar en cada caso particular». Se ocupa entonces de analizar cada uno de los apartados del art. 2.2 LOPJM y cada criterio en particular: el respeto a las necesidades básicas, la opinión del menor que le conduce a concretar qué se debe entender por deseos, sentimientos y opiniones del menor.

En el apartado III del Capítulo, siguiendo el orden expositivo de la LOPJM, enfatiza la importancia del entorno familiar del menor (tanto la familia nuclear o elemental como la familia extensa o consanguínea), que le lleva a adentrarse en otros principios del derecho de familia como es el principio de preferencia de mantenimiento en la familia de origen del menor que lo aborda como un derecho no absoluto. Y, la necesidad de que el menor se desarrolle en un entorno libre de violencia, tratando la violencia doméstica o intrafamiliar.

En el apartado IV del Capítulo afronta el siguiente criterio como es la identidad del menor lo que la conduce a tratar: la identidad individual, colectiva, electrónica o digital; la identidad genética o biológica; la identidad cultural, religión y convicciones y, por último, la identidad sexual o de género. Para terminar el capítulo con los siguientes criterios recogidos en el art. 2 LOPJM como es la no discriminación, la protección de los menores con discapacidad y la necesidad de garantizar el desarrollo armónico de la personalidad de los menores.

En el Capítulo 6 la autora se detiene en el análisis de cada uno de los Elementos Generales que otorga el legislador en el art. 2.3 LOPJM a través de una lista no exhaustiva ni jerárquica para ponderar los criterios generales analizados en el Capítulo 5 de la monografía y todo ello, como apunta reiteradamente, para poder llegar a determinar el interés del menor en cada supuesto particular.

Empieza recalando y analizando la importancia de la edad y el concepto introducido por el legislador en las leyes de 2015 como es «madurez» concretando el alcance del término.

A continuación, siguiendo el art. 2.3.b) LOPJM analiza «la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad», ya sea su vulnerabilidad por ser menor o su vulnerabilidad por encontrarse ante una situación vulnerable.

Otro elemento de ponderación es el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo que le lleva a precisar la necesidad de ponderación de dicho extremo por los operadores que tratan con menores como, a recalcar la importancia de la percepción del tiempo por parte de los menores, la cual es muy diversa en la etapa adulta. Así, aborda cada uno de los elementos como son: la necesidad de estabilidad, la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente lo que le lleva a plantear la disquisición si al encontrarnos ante un menor debemos valorar su interés presente o futuro.

El Capítulo 7 y último lo centra en la colisión que se puede producir entre el interés del menor y otros intereses (art. 2.4 LOPJM) como puede ser:

- El interés general donde la autora cuestiona –por ejemplo- el hecho extendido en los últimos tiempos de progenitores que optan por no vacunar a sus hijos;
- El interés familiar como otro concepto jurídico indeterminado que le lleva a adentrarse en tal concepto, planteándose si la familia en sí dispone de personalidad jurídica o si es portadora de un interés y dónde queda la autonomía de la voluntad de los componentes del núcleo familiar ante un conflicto de intereses;
- Aborda el interés de los progenitores y las posibles limitaciones de la patria potestad derivadas de dicho interés del menor y,
- El posible conflicto con su propio interés debido a la necesidad de potenciar su autonomía de la voluntad.

Concluye que se deben ponderar todos y cada uno de los intereses implicados de forma particular en el caso «in concreto» teniendo muy en cuenta la existencia de posibles derechos fundamentales.

A lo largo de su obra la autora subraya que no se refiere al interés «superior» del menor sino al «interés del menor» (tal como refleja el título de la obra) porque dicha superioridad es relativa, siendo «una consideración primordial» (a dicho calificativo dedica un apartado de su obra) y no «deberá primar» el interés del menor, tal como recoge el legislador en el art. 2.4.2 LOPJM, sino que en cada caso particular será necesario realizar una ponderación de intereses. Todo ello lo adereza con una amplia cita y análisis jurisprudencial producto de su reflexión jurídica personal.

Siendo imprescindible y necesaria en la doctrina una obra como la tratada y quién mejor que la profesora Verdera Izquierdo para poder afrontar dicho reto. En la monografía se reflejan múltiples reflexiones personales realizadas desde el conocimiento jurídico, lo que lleva a plantear y solucionar cuestiones de índole práctica para los operadores que tratan con menores en todos los ámbitos, no sólo en el jurídico. Si bien, se aborda el concepto mayormente desde un punto de vista civilista, es sabido, que el concepto es transversal y empapa todo el ordenamiento jurídico por lo que la autora sin quitarse la casulla de civilista extiende el concepto y lo trata de forma generalista siendo la monografía un importante medio para conocer y reconocer el interés del menor en cualquier ámbito.

Cabe terminar destacando la cita que realiza la Dra. Verdera Izquierdo de *El Principito*, de A. de Saint-Exupéry, en las primeras páginas de su monografía: «Las personas mayores nunca pueden comprender algo por sí solas y es muy aburrido para los niños tener que darles una y otra vez explicaciones». Dicha cita refleja el pensamiento de los menores y la necesidad: de ser oídos, escuchados, atender a sus deseos y sentimientos y permitir el desarrollo de su personalidad observando y reconociendo su crecimiento progresivo y su madurez. Dicho de otro modo, dicha cita aglutina la esencia del concepto «interés del menor».

Fecha de recepción: 21.10.2020

Fecha de aceptación: 08.12.2020