

¿HACIA UNA LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS MENORES DE EDAD?

Sumario: 1. Notas acerca de la capacidad de obrar de los menores de edad en Derecho español. 2. La interrupción voluntaria del embarazo en menores como supuesto especialmente polémico. 3. Dos ejemplos «regresivos» en materia de capacidad del menor. 4. Conclusiones.

1. En España, la legislación reconoce desde hace décadas una cierta capacidad de obrar a los menores atendiendo a su edad y grado de madurez, especialmente en los ámbitos personal y familiar. Ya desde mediados del siglo pasado, se abandonó la idea presente en la doctrina desde la Codificación de que el menor era un incapaz hasta la mayoría de edad¹. El artículo 162.2.1º Código civil (en adelante, CC) excluye de la representación legal de los padres (desde su redacción en 1981)² «*los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*». Conforme a este precepto, se entiende que el menor puede ejercitar los derechos de la personalidad por sí mismo desde que tenga suficiente madurez y, además, puede también realizar aquellos actos que la ley le permita por sí solo³.

- 1 Gracias a las aportaciones realizadas por el insigne civilista F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, T. II, Madrid, 1952 (reedición facsímil, Madrid, 1984), 169 ss., con base en los antecedentes históricos y en la propia regulación del Código.
- 2 Acogiendo una propuesta del profesor DIEZ-PICAZO, conforme a las consideraciones realizadas por DE CASTRO (v. J. CASTÁN VÁZQUEZ, *Comentario al artículo 162 CC*, en M. Albaladejo García, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. II, Madrid, 1982, 183 ss.).
- 3 El artículo 162.2.1º CC permite distintas interpretaciones; de manera que, partiendo de la letra del precepto, en la que se excluyen determinados actos de la representación legal, se ha llegado a una interpretación en la que dicho artículo sirve de base para todos aquellos supuestos en los que no es necesaria la mayoría de edad o emancipación para la válida realización de un acto. v. J. DELGALDO ECHEVERRÍA, *La edad*, en Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho Civil I*, 2, Madrid, 2004, 129 ss.; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *La edad*, en P. De Pablo Contreras, (coord.), *Curso de Derecho civil I*, Madrid, 2008, 415 ss. y *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad*, *Anuario de Derecho Civil*, II, 1992-II, 1444 ss.

Así, por ejemplo, en relación con estos últimos, la ley remite en ocasiones a la edad (12 años para consentir la adopción –art. 177.1 CC-; 14 años para otorgar testamento, salvo el ológrafo –arts. 663.1 y 688 CC-; 16 años para solicitar la emancipación –art. 317 CC-, etc.), otras a las condiciones de madurez (art. 3 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos al honor, intimidad y propia imagen) para determinar cuándo una menor puede realizar un acto por sí mismo. También se tienen en cuenta la madurez y los usos sociales a la hora de admitir la validez de los actos corrientes de la vida ordinaria realizados por un menor (compra de material escolar, transporte, etc.), a pesar de que ninguna norma lo prevea expresamente⁴.

En el caso del ejercicio de los derechos de la personalidad, como hemos señalado, podrán ser ejercitados por el propio menor desde que tenga suficiente juicio o capacidad natural. Algunas normas han precisado esta regla recogida en el artículo 162.2.1º CC: por ejemplo, para el ejercicio de los derechos al honor, intimidad y propia imagen (art. 3 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que remite a las condiciones de madurez del menor), o para el derecho a la protección de datos personales (art. 13 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que establece la edad de 14 años para prestar consentimiento en este ámbito). También, en relación con los derechos a la integridad física y psíquica, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente (en adelante, LBAP), permite como regla general a los menores tomar decisiones por sí solos en el ámbito sanitario desde los 16 años y antes si es capaz de comprender «intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención»⁵.

El criterio del reconocimiento de un ámbito propio de actuación al menor quedó confirmado, por otra parte, por la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante, LOPJM). Esta Ley, recogiendo construcciones doctrinales asentadas en el ámbito internacional en la materia, hacía referencia en su Preámbulo a que las transformaciones sociales y culturales en la sociedad han provocado un cambio en el status social del menor y en el enfoque del derecho a la protección de la infancia, consistente fundamentalmente en el *«reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos»*. Gráficamente señalaba ya esta Ley en 1996 que el conocimiento científico actual *«permite concluir que no hay una diferencia tajante entre las*

4 Y de que el artículo 1263 CC establezca que no pueden prestar consentimiento contractual los menores de edad no emancipados.

5 Si bien, para determinados actos que pueden considerarse de especial trascendencia, algunas leyes alteran esta regla general, estableciendo criterios específicos en materia de capacidad (por ej., en materia de donación de órganos, tejidos humanos o gametos; cirugía transexual o esterilización; etc.).

necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos». Se destaca de esta manera la interrelación entre los dos criterios que pudieran entrar en conflicto en este ámbito, protección versus autonomía del menor. Señalaba, además, el Preámbulo que esta tendencia se ha visto reflejada en el ordenamiento español postconstitucional, que reconoce la condición de sujeto de derechos a los menores (por ej., a través del derecho a ser escuchado si tuviera suficiente juicio, que se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en relación con las cuestiones que les afectan); y, entre otras, en la LOPJM que refleja una concepción de los menores como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social y de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades. En esta línea, el artículo 2 LOPJM establece un criterio general de «interpretación restrictiva» en materia de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, que confirma precisamente lo que hasta aquí se ha venido diciendo.

En cualquier caso, y como se puede comprobar, no existe ninguna norma en el ordenamiento jurídico español que regule con carácter general la capacidad de obrar de los menores de edad, sino que lo que encontramos es un conjunto de preceptos cada vez más amplio en los que se hace referencia a la capacidad del menor, en algunos casos con carácter más general y, normalmente, para concederle la capacidad de actuar por sí mismo en concretos ámbitos, con remisión a los criterios de edad o madurez del menor o a ambos.

2. Sentadas las ideas anteriores y centrándonos en la cuestión del aborto, la posibilidad de que una menor de edad pueda tomar por sí sola la decisión de interrumpir su embarazo ha sido un tema enormemente polémico y sujeto a continuos cambios legislativos en el derecho español. Vamos a mencionar a continuación los diferentes cambios producidos y a analizar cuál es la regulación actual.

La primera norma que hizo referencia expresa a esta cuestión fue en el año 2002, en concreto, el artículo 9.4 LBAP (en su redacción previa a 5 de julio de 2010). Con anterioridad a esta Ley, se venían aplicando las reglas generales en materia de capacidad de menores, que habían permitido admitir, tanto doctrinal como jurisprudencial, la posibilidad de que una menor consintiera por sí sola la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, IVE), siempre que tuviera suficiente capacidad de discernimiento para ello⁶.

6 Entre otros, v. S. ROMEO MALANDA, *El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario* (y II), *Diario La Ley*, n. 5186,

Pues bien, el artículo 9.4 LBAP pretendió modificar esta práctica y excluir de la regla general de «madurez» a los 16 años (establecida en el art. 9.3 de esa misma Ley) al aborto, disponiendo que «*la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación*». Y decimos que «pretendió» modificar, puesto que en la práctica, como inmediatamente se observará, esta norma solo generó gran confusión e inseguridad jurídica. A partir de este precepto, gran parte de la doctrina entendió que la IVE requería de la mayoría de edad (puesto que no existía regla especial de aplicación), de manera que en caso de tratarse de menores de edad el consentimiento lo prestaban los representantes legales⁷. No obstante, también se defendió que la referencia “a lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad” contenida en el artículo 9.4 LBAP debía entenderse como una remisión a las reglas generales sobre capacidad de obrar (principalmente las contenidas en el CC y, en particular, el art. 162 CC), lo que implicaba la posibilidad de consentir la IVE por la menor de edad con capacidad natural⁸.

2000, 1 ss., y la abundante doctrina tanto a favor como en contra allí citada. El propio Tribunal Constitucional español, en la sentencia 53/1985, de 11 de abril, en la que se pronunció acerca de la constitucionalidad de la despenalización del aborto en ciertos supuestos, indicó que se trataba de una cuestión que la norma penal no preveía, por lo que podía aplicarse la regulación del derecho positivo sobre consentimiento de menores e incapacitados.

7 Así interpretado, este criterio no tenía además precedente en ordenamiento español, puesto que aquéllas normas que exigen la mayoría de edad para consentir un determinado acto en el ámbito de la salud (por ej., donación de órganos, gametos, cirugía transexual, esterilización...), excluyen al mismo tiempo la representación legal para esos actos (al margen de que se trata de supuestos en los que normalmente no hay beneficio directo para el menor o en los que el legislador entiende que se puede esperar hasta la mayoría de edad); y, cuando se permite el consentimiento por el representante legal, se suele dar participación al propio menor desde que tuviera suficiente juicio o a partir de una determinada edad (por ej., para la participación en ensayos clínicos en los casos excepcionales en que lo permite el art. 7 del Real Decreto 223/2004).

8 En este sentido, entre otros, A. DOMINGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid, 2007, 368 ss.; M.A. PARRA LUCÁN, *La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español*, Ar. Civ., 2003-I, 1924 ss.; A. DE LAMA AIMÀ, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, 2006, 332 ss.; v., asimismo, M.B. ANDREU MARTÍNEZ, *La interrupción voluntaria del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010: los supuestos en que se admite y la capacidad para consentir el aborto*, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, n.

Este último criterio es el que finalmente se refleja, con algunas precisiones, en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, LOSSRIVE), que viene a regular de manera integral esta materia, sacándola en lo esencial del Código Penal. La Ley pretende una actualización de las políticas públicas en materia de salud sexual y reproductiva, estableciendo así una serie de criterios, acciones y medidas para la actuación de los poderes públicos y, en particular, en el ámbito sanitario y educativo (Título I). Ello como modo más efectivo de prevenir, especialmente entre los jóvenes, los embarazos no deseados y los abortos (Preámbulo, apdo. I). Junto a lo anterior, el título II se dedica específicamente a la regulación de la IVE, introduciendo junto al sistema de supuestos ya presente desde la reforma de 1985, el de plazos, al permitir la IVE a petición de la mujer dentro de las catorce primeras semanas de gestación (arts. 14 y 15, junto con ciertos requisitos en materia de información o plazo de reflexión).

Por lo que hace al tema que aquí nos ocupa, el artículo 13.3 LOSSRIVE establece, entre los requisitos necesarios para la realización de la IVE, que ésta se lleve a cabo «*con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica*». Se realiza, por tanto, una remisión a las reglas generales sobre consentimiento de los menores de edad en el ámbito sanitario, que básicamente son las contenidas en su artículo 9.3.c)⁹.

Conforme a lo establecido en este último precepto, y tal y como se ha indicado anteriormente, sería posible que una menor a partir de los 16 años pudiera consentir por sí misma la IVE, e incluso antes, si pudiera comprender emocional e intelectualmente el alcance de la intervención¹⁰. No obstante, el propio artículo 13 LOSSRIVE en su apartado 4, realiza algunas precisiones al respecto. Señala que en el caso de menores de 16 y 17 años el consentimiento les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Esta preci-

44, 2010, 16 ss. (puede consultarse en http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=155).

9 La LOSSRIVE deroga la referencia a la IVE contenida en el artículo 9.4 LBAP; precepto que, como se ha señalado anteriormente, pretendía excepcionar lo dispuesto en el art. 9.3 LBAP.

10 El artículo 9.3.c LBAP también establece que el menor tiene derecho a ser escuchado si tiene doce años cumplidos; así como la información a los padres de los menores a partir de 16 años, en casos de actuación de grave riesgo.

sión, como se puede comprobar, no es necesaria, puesto que la remisión al artículo 9.3.c) LBAP ya permite aplicar dicha regla, incluso por debajo de 16 años¹¹. Donde sí añade algo es en relación con la información a los representantes legales, estableciendo que al menos uno de ellos deberá ser informado de la decisión de la menor, salvo en supuestos excepcionales (conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo)¹².

A la vista de lo anterior, se puede afirmar que la LOSSRIVE viene a continuar con el régimen en materia de capacidad para la práctica del aborto que era aplicable con anterioridad a la LBAP, incluso (no sin discusión doctrinal), tras la entrada en vigor de ésta última, es decir, el criterio de atender a la madurez de la menor, aplicándose eso sí una presunción de madurez a partir de la emancipación o los 16 años. Con ello, se viene a dotar de una mayor seguridad jurídica a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo (a la vista de la confusa regulación instaurada en esta materia con el art. 9.4 LBAP), siendo éste uno de sus mayores logros.

-
- 11 Probablemente esta referencia sea fruto de la necesidad percibida por el legislador de dejar claro el régimen jurídico aplicable, a la vista de la regulación anterior y de la enorme polémica que se suscitó durante la tramitación de la Ley acerca de la posibilidad de que las menores consintieran por sí mismas (sin intervención de los representantes legales) la IVE. Por otra parte, la capacidad para decidir por sí misma de una menor por debajo de los 16 años en el ámbito de la IVE se reconoce en la práctica (véase el caso de menor de 14 años a la que el tribunal considera con suficiente madurez para decidir sobre la no interrupción de su embarazo, en contra de la opinión de los padres, en M.B. ANDREU MARTÍNEZ, *Aborto y menores. ¿Es necesario un nuevo cambio en la legislación?*, en *Diario La Ley*, n. 5675, 2012, 9).
- 12 El Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, desarrolla la previsión contenida en el art. 13.4.3 LOSSRIVE. Así, dispone en su art. 8 que *«la mujer de 16 ó 17 años prestará su consentimiento acompañado de un documento que acredite el cumplimiento del requisito de información previsto en el apartado cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. El documento será entregado personalmente por la mujer acompañada de su representante legal al personal sanitario del centro en el que vaya a practicarse la intervención»*. Y precisa también que será *«el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo»* el que *«deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional de trabajo social»*. Sobre el consentimiento de la menor de edad en la LO 2/2010, puede consultarse N. GARCÍA RIVAS, *El aborto despenalizado: el derecho de la mujer a una maternidad libremente decidida*, en D. Larios Risco, L. González García, F. De Montalvo Jääskeläinen, *Tratado de Derecho Sanitario*, V, II, Cizur Menor (Navarra), 2013, 289 ss.

3. El régimen que se acaba de describir en materia de IVE, se ha pretendido modificar a través del Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada (de diciembre 2013). Se trata de un anteproyecto de ley que ha sido enormemente polémico (no en vano el Gobierno ha desistido finalmente en septiembre de 2014 de presentarlo para su tramitación parlamentaria como proyecto de ley). No obstante, merece la pena mencionar sus líneas maestras, ya que, aunque finalmente se haya abandonado la idea de continuar con su tramitación parlamentaria, se mantiene la intención de modificar al menos el régimen relativo al consentimiento de las menores de edad para practicar una IVE actualmente regulado en la LOSSRIVE.

Con el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada se pretendía, introduciendo de nuevo la regulación de la materia en el ámbito penal¹³, eliminar la posibilidad de IVE a petición de la mujer dentro de un determinado plazo (14 semanas; sistema de plazos) y volver al denominado sistema de indicaciones, aunque más restrictivo que el establecido en la reforma de 1985. En efecto, en el año 1985 se despenalizó en España el aborto en determinados supuestos (indicación terapéutica -grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada-; ética -embarazo derivado de un delito de violación-; y eugenésica -graves taras físicas o psíquicas en el feto-). En el Anteproyecto de Ley Orgánica de 2013 la despenalización del aborto se limitaba a las indicaciones ética y terapéutica¹⁴.

Respecto a la autonomía de la mujer, el Anteproyecto admitía la necesidad de tener en cuenta su voluntad, pero partía de una presunción de no madurez de las menores de edad para decidir sobre la IVE¹⁵. A partir

13 El Anteproyecto establecía la derogación de la LOSSRIVE.

14 Esta última sometida, además, a mayores controles o «limitaciones». Así, el propio Anteproyecto definía qué debía entenderse por «grave peligro para la vida o salud de la mujer», debiendo constatarse dicha situación por dos informes médicos (en lugar de uno, como requería la regulación instaurada en 1985), emitidos por especialistas de la patología que generaba el grave peligro para la mujer. Además, señalaba que en el caso de grave peligro para la salud psíquica de la mujer derivado de la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida, sería necesario únicamente un informe médico, y otro que constatará la anomalía fetal. Pues bien, si se trataba de una anomalía fetal «incompatible con la vida», en realidad, no había en este caso un «bien jurídico» que proteger (la vida del nasciturus, tal y como señaló el TC español en su sentencia 53/1985, de 11 de abril), por lo que no se justificaba semejante regulación.

15 En el apartado IV de la Exposición de Motivos se señalaba que «la mujer, con independencia de su edad, debe expresar su voluntad en la toma de decisiones».

de ahí se establecía un complejo sistema de complemento de capacidad por el titular de la patria potestad, tutor o curador, según la edad o capacidad de discernimiento de la mujer embarazada. Limitándonos al caso de las menores de edad, básicamente se disponía que a partir de los 16 años (sin emancipación), sería preciso el consentimiento expreso de la mujer y el asentimiento de los titulares de la patria potestad o del tutor. En el caso de menor por debajo de 16 años, además de su manifestación de voluntad, sería necesario el consentimiento expreso de los padres o del tutor. Por lo tanto, el Anteproyecto diferenciaba entre mayor o menor de 16 años, reconociéndole un mayor ámbito de autonomía a la primera, pero en cualquier caso se necesitaba un «complemento» de capacidad más o menos intenso. Por otro lado, se establecía la posibilidad de acudir a un procedimiento judicial¹⁶ para comprobar la suficiencia y validez del consentimiento prestado por la mujer cuando «serios motivos» impidieran o desaconsejaran consultar a los representantes legales¹⁷ o cuando existiera una negativa de estos o una divergencia de opiniones con la embarazada.

Tal y como anunciara el Gobierno al retirar el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido (de diciembre de 2013), el grupo parlamentario popular presentó en el Congreso de los Diputados en febrero de 2015 una Proposición de Ley Orgánica para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. En esta Proposición básicamente se pretende derogar el art. 13.4 LOSSRIVE (al que se ha hecho referencia en el apartado 2 de este trabajo y que permite a las menores de 16 y 17 años consentir por sí mismas la IVE, informándose al menos a uno de los representantes legales). Al mismo tiempo se propone la modificación del art. 9.4 LBAP para establecer que para la IVE de menores es necesario, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales (remitiendo la resolución de los posibles conflictos

que le afectan directamente. Pero, el ejercicio libre de la facultad de decidir y consentir requiere de una madurez que no puede ser presumida en el caso de mujeres menores de edad o con la capacidad judicialmente complementada».

16 Nuevo, que creaba el propio Anteproyecto, introduciéndolo dentro de los procesos de capacidad regulados por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

17 No daba ninguna pista el Anteproyecto sobre lo que debía considerarse como motivos serios para no consultar a los representantes legales, a diferencia de la regulación contenida en el art. 13.4.3 LOSSRIVE y su normativa de desarrollo, sobre los supuestos excepcionales en los que puede no informarse a los padres o tutor.

que surjan al CC). Por lo tanto, ya no se diferencia según la edad de la menor, y se extiende a todas las menores el régimen que se proponía en el anteproyecto de diciembre 2013 para las menores por debajo de 16 años (consentimiento expreso de los representantes legales y manifestación de voluntad de la menor).

Sorprende que una cuestión en principio técnica, como es la capacidad para consentir en el ámbito personal, pueda dar lugar a soluciones en principio tan dispares como las expuestas y en un período breve de tiempo. El anteproyecto de Ley Orgánica de diciembre 2013 (y ahora la Proposición de Ley Orgánica de febrero 2015) no llegaba a soluciones que consideramos completamente rechazables, como la que se pretendió implantar en el año 2002 con el artículo 9.4 LBAP, excluyendo la capacidad de decisión de la menor, que era sustituida por los representantes legales. Ahora bien, sí parte por principio de una presunción de no madurez de la menor y, por lo tanto, de que ésta pueda por sí sola decidir en algún supuesto sobre la IVE. Ello supone un claro retroceso en materia de autonomía del menor, en contra de la tendencia implantada en los últimos años en el ordenamiento jurídico español, siguiendo criterios internacionales, además de introducir una complejidad en la materia en gran parte innecesaria.

Un segundo ejemplo de «regresión» normativa en la regulación de la capacidad de obrar de los menores de edad podría constituirlo ciertos aspectos de la modificación legislativa prevista en materia de protección de la infancia (de abril de 2014), conformada por un Anteproyecto de Ley de Orgánica de Protección de la Infancia (dirigido a introducir modificaciones sustantivas y procesales en cuestiones que requieren el rango de Ley Orgánica al afectar a derechos fundamentales y libertades públicas) y un Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia¹⁸. La razón de ser de ambos anteproyectos estriba, según la Exposición de Motivos de ambas normas, en los importantes cambios sociales producidos desde la aprobación de la LOPJM en 1996, que inciden en la situación de los menores, y que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica, para dar

18 Esta Ley tiene como objeto mejorar la legislación española de protección de la infancia, para garantizar una protección uniforme en todo el territorio nacional. Para ello, se introducen modificaciones en diversas leyes, como la LOPJM, el CC, la Ley de Adopción Internacional, entre otras, incorporando, por ejemplo, unos deberes del menor o regulando la situación de los menores extranjeros en España, y sobre todo, se intenta realizar una importante modificación de las instituciones de protección de menores (guarda, acogimiento, adopción, situación de riesgo y declaración de desamparo...).

cumplimiento al artículo 39 CE¹⁹ y a los tratados internacionales suscritos por España para la protección de menores.

Centrándonos, por lo que ahora nos interesa, en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Infancia, éste introduce cambios en la LOPJM dirigidos a reforzar el principio del interés superior del menor, así como su derecho a ser oído y escuchado²⁰. En relación con el primero, se desarrolla el contenido del principio del interés superior del menor, precisando los criterios a tener en cuenta para determinar dicho interés, su ponderación con otros elementos, así como las garantías procesales para garantizar el respecto a dicho principio²¹. Ahora bien, al incorporar estos aspectos al artículo 2 LOPJM, modifica también el principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores que se establece en dicho precepto, que es sustituido por la siguiente referencia: *«Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán siempre en interés superior del menor»*. No se justifica en el Anteproyecto dicho cambio, ni que tenga su base en los textos acerca de la interpretación y aplicación del principio del interés superior del menor a los que acude el Anteproyecto para la nueva regulación en la materia. Entre los criterios que se establecen en el Anteproyecto para determinar el interés superior del menor se encuentra 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»*. Ahora bien, no es lo mismo partir como regla general de un principio de interpretación restrictiva de las

19 En el que se establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y de los menores de edad.

20 Incorporando una regulación más detallada de este derecho fundamental del menor. También establece la posibilidad de recabar datos sobre el menor y la familia por parte de las Entidades públicas y el Ministerio Fiscal de otros organismos públicos (educativos, sanitarios, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado...), sin consentimiento de sus titulares, como mecanismo que permita una mejor adopción de decisiones en relación con los menores. Igualmente, se incorpora como novedad la regulación del ingreso en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta, que requieren una solución específica a la vista de situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental.

21 Dando entrada, con ello, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años sobre el tema y, sobre todo, lo dispuesto en la Observación General nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea considerado primordial, del Comité de los Derechos del Niño de la ONU.

limitaciones a la capacidad de obrar, que dar participación al menor en la determinación de su interés superior²².

4. En los dos supuestos señalados en el apartado anterior, si bien se trata de previsiones de modificación legislativa que todavía tienen que ver la luz. Sí pueden poner de relieve una cierta tendencia legislativa a restringir la capacidad de obrar de los menores que se creía firmemente asentada en nuestro ordenamiento²³. En el caso de la capacidad para consentir una interrupción voluntaria del embarazo, a pesar de existir un gran componente técnico-jurídico, puede que predomine el aspecto ético ligado al aborto en el tratamiento del tema. Se trata, por ello, como se ha señalado en este trabajo, de una cuestión muy polémica y que está sujeta a continuos cambios legislativos en el ordenamiento jurídico español, que van desde la admisión de la capacidad de la menor para consentir desde que tuviera suficiente capacidad de discernimiento, hasta la exclusión de su capacidad de decisión al respecto antes de la mayoría de edad, pasando por distintas soluciones de «complemento» de capacidad antes de los 18 años (tal y como se hace en la última propuesta de reforma legislativa en la materia).

Ahora bien, lo que podría considerarse como un nuevo episodio en una materia, la del aborto, especialmente difícil por sus implicaciones éticas, puede sin embargo tomar otro cariz si las «limitaciones» a la capacidad de obrar de los menores se vierten en normas de más amplio calado. Como se

22 Al igual que ocurre con la regulación de la IVE, ambos Anteproyectos de Ley de Protección de la Infancia están tramitándose como Proyectos de Ley en el Congreso de los Diputados a fecha de corrección editorial de este trabajo. En el tema que aquí nos ocupa, de momento se ha llegado a una solución intermedia, puesto que se propone para el art. 2 LOPJM que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

23 En el ámbito doctrinal también podemos encontrar alguna llamada de atención en materia de capacidad de los menores en el ámbito sanitario. Así, por ej., F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *La autonomía de voluntad del menor en el ámbito sanitario*, en M. Gascón Abellán, M.C. González Carrasco, J. Cantero Martínez, *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Valencia, 2011, 437 ss., habla de la recepción descontextualizada que se ha hecho en nuestro ordenamiento de la figura del consentimiento informado y del menor maduro sin tener en cuenta el contexto familiar y social en el que se inserta y, en particular, el papel que cumple la familia en nuestra sociedad. Con ello, señala el autor que no pretende una posición absolutamente restrictiva respecto de la capacidad del menor, pero sí ahondar en que no se soslaye el papel que debe jugar la familia (en pro de una concepción individualista) en relación con los menores, sobre todo, en los casos difíciles.

ha señalado anteriormente en estas páginas, esto podría ocurrir si desaparece esa «interpretación restrictiva» de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores (prevista en la LOPJM), en aras de una mayor protección del menor y de la primacía de su interés general.

No hay que olvidar que el reconocimiento de capacidad a los menores de edad en el ordenamiento español, en particular, por lo que ahora nos interesa, en el ejercicio de los derechos de la personalidad, cuenta con una sólida tradición en nuestro derecho (y en la doctrina civilista), que se vio reflejada en la reforma del Código civil del año 1981. Este reconocimiento ha tenido también su reflejo en el ámbito internacional, y posteriormente se ha incorporado a otras normas en materia de menores del ordenamiento jurídico español como la LOPJM. No hay que pensar, por tanto, que el reconocimiento de capacidad progresiva de decisión al menor se hace de espaldas a nuestro derecho y a nuestra tradición jurídica. Ello no impide, por otra parte, que eventualmente se pueda dar participación a los representantes legales en la toma de decisiones (en supuestos de especial trascendencia como señalados en este trabajo, aunque sean mayores de 16 años) o que, incluso reconociendo capacidad de decisión al menor, se deba excluir el papel de los representantes legales y, en particular de los padres (que, no olvidemos, siguen siendo titulares de la patria potestad), pudiendo reconocerles una participación en mayor o menor medida y según los casos (a través de la información, la posibilidad de opinar y ser escuchados y, en los casos de mayor trascendencia, que se pueda acudir a la autoridad judicial si hay divergencia de opiniones).