

Coronavirus: 10 cuestiones para familias con hijos menores

Natalia García García. Directora de Sepín Familia. Abogada

Artículo Monográfico. Marzo 2020

SP/DOCT/98550

Introducción

Una vez más, la vida nos pone a prueba con distintas situaciones extremas, en este caso, con la declarada por la OMS pandemia del Coronavirus COVID-19. Como consecuencia de ello y tras decretarse inicialmente el cierre de los centros escolares en muchas poblaciones del España y desde el día 13 de marzo el Estado de alarma, son numerosas las cuestiones que se plantean para las familias:

1. ¿Estamos obligados a cumplir las medidas adoptadas por las autoridades?

El Código Civil dispone en relación con la eficacia de las normas jurídicas lo siguiente:

Artículo 6.

"1. La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen.

2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros."

Es decir, las normas impuestas por la nueva situación son de obligado cumplimiento, de modo que intentar hacer una excepción a esto no es admisible, ni tolerable pues, en este caso contraría el interés general, el orden público y los derechos de terceros.

Es preciso tener en cuenta que la población infantil, si bien no está calificada como de riesgo en esta situación, sí son los principales vectores de contagio del COVID-19, por lo que limitando sus movimientos, concentraciones y encuentros se pretende contener la propagación del mismo a toda la población.

Tampoco podemos olvidar la función social que cumple el Derecho a través de la ordenación y regulación de las relaciones personales y de los conflictos. Se erige como un instrumento imprescindible para la ordenación y convivencia de las personas.

En relación con los niños, menores y adolescentes debemos tener en cuenta el llamado interés superior de los mismos que proclama el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, SP/LEG/2463:

"1. 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.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada."

El art. 39.4 de la Constitución Española (SP/LEG/2314) dispone que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Este mismo interés es el que se recoge en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, SP/LEG/2321: "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como

primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir."

2. ¿Podemos dejar a nuestros hijos menores solos en casa?

Es evidente que, si estamos hablando de niños de muy corta edad, de guardería y de educación infantil es imprescindible que estén a cargo de una persona adulta, por lo que se impone el sentido común.

Si se trata de menores entre 6 y 12 años será necesario que permanezcan acompañados de alguno de sus progenitores o de personas a cuyo cargo se encuentren.

Pero la duda surge en relación con los hijos mayores de 12 años. ¿Qué establece nuestra normativa?

El Código Civil proclama en su artículo 154 que "Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores." Y añade que "La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental."

¿Qué deberes y facultades comprende el ejercicio de esta patria potestad?

"1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad."

En conclusión, como titulares de la patria potestad, los padres y madres son responsables de sus hijos, de su cuidado, atención y salud pero, además, están obligados a ejercerla "siempre en interés de los hijos", no del suyo propio. Por lo que todas las decisiones que adopten deberán estar basadas en el interés superior de estos menores que consagra el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, que en este caso se conjuga con el de la población en general y muy especialmente con el de las personas en situación de riesgo.

3. ¿A partir de qué edad podrían quedarse solos en casa?

Nada dispone la ley sobre la edad mínima a partir de la cual pueden estar solos los hijos menores. Sin embargo, otras normas nos dan algunas pistas:

-El art. 770.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la posibilidad de que el Juez oiga "a los hijos menores de edad o incapacitados si tuvieren juicio suficiente y, en todo caso, a los mayores de doce años".

El art. 9.1 de la Ley 1/1996 Orgánica de Protección Jurídica del Menor también se refiere al derecho de los menores a ser oídos y escuchados: "El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias".

Como pone de relieve el Magistrado Abel Lluch en su artículo: "El juicio de admisión de la audiencia del niño/niña menor de 12 años" SP/DOCT/95681, el legislador español ha optado por un criterio cronológico, 12 años, que flexibiliza con un criterio psicológico -posibilidad de la audiencia del menor maduro, aun cuando tenga menos de 12 años-, lo cual traslada la respuesta al ámbito de la madurez del menor o, más concretamente, a qué criterios debemos adoptar para ponderar que un menor (de menos de 12 años) es ya maduro.

La Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, SP/LEG/18006, fija en varios procedimientos esta edad como momento adecuado para que se les cite, acudan a una comparecencia o presten su consentimiento como persona que va a ser adoptada. En todos ellos se utiliza la siguiente expresión: "si tuviera suficiente madurez, y en todo

caso si fuera mayor de 12 años". Podemos así interpretar que equipara este momento cronológico al de su madurez.

La Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, SP/LEG/18782, dispone que "El Código Civil establece una franja de edad orientadora y, en este sentido, marca un límite en la edad de 12 años, pero este límite se extiende a aquellos menores por debajo de esta edad que tengan "suficiente juicio". Como recuerda el Comité de Derechos del Niño, el término "madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño."

De igual modo, las compañías de transporte permiten que los mayores de 12 años puedan viajar solos sin necesidad de acompañamiento obligatorio.

En conclusión, siempre que los hijos tengan 12 años o cuenten con "madurez suficiente" para comprender por qué deben permanecer en sus casas y puedan hacerlo de forma segura sin poner en riesgo su integridad o la de terceros, no habría problema en dejarlos solos.

Pero, en todo caso, es importante valorar que no hay una respuesta única, de forma que esta decisión dependerá de cada menor y cada familia. Está claro que hay niños...y niños...y que no es lo mismo vivir en una gran ciudad que vivir en un pueblo pequeño, en el que "la tribu" cuida de ellos. No es lo mismo vivir en una comunidad de vecinos que se conoce, se ayuda y se facilita la vida entre todos, que vivir sin contacto alguno con el entorno, como esas personas que apenas se saludan en el ascensor. No es lo mismo un niño sensato de los que nacieron con "madurez de abuelo" que un niño alocado que siempre está ideando travesuras. No es lo mismo que se quede "solo un rato", que es por donde se empieza, que dejarlo un día completo. No es lo mismo que esté habituado a preparar la comida con papá o mamá que dejarlo solo la primera vez y tenga además que ocuparse de preparar la comida... por lo que deberá adoptarse una solución adecuada a cada caso, sensata y flexible, dada la emergencia actual.

4. ¿Podemos organizarnos con canguros y personas voluntarias que nos presten ayuda?

Si la finalidad de la medida adoptada es la de evitar concentraciones de menores, no deberíamos aceptar la creación de "campamentos" en hogares, oficinas o locales de las urbanizaciones, que permitan la propagación, pese a las dificultades que supone gestionar esta situación para los padres y madres.

Otra cosa es que optemos por aceptar el ofrecimiento que se ha desplegado en las redes sociales, a través de las cuales vecinos y estudiantes mayores de edad se ofrecen para cuidar de los menores cuyos padres no tengan solución alguna para esta situación.

5. ¿Y si estamos separados o divorciados?

Nuestra normativa es clara al establecer en el art. 92 del Código Civil que "La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos." Por lo tanto, deberían continuar bajo el sistema de custodia que tengan fijado, salvo que alguno de los progenitores estuviera contagiado y/o en cuarentena.

6. En supuestos de custodia compartida, ¿debemos seguir con la alternancia en la convivencia?

Ante todo, hay que aplicar el sentido común, de forma que, si el cumplimiento del sistema de custodia implica iniciar viajes, traslados y desplazamientos, resultaría imposible dada la situación actual. En aquellos casos en los que la cercanía entre los domicilios de los progenitores facilite este intercambio de los hijos menores, no debería de haber problema, sin que ello sea lo más aconsejable puesto que se trata de lograr el menor movimiento de población posible.

En cualquier caso, en relación con este punto debemos de nuevo recordar que el criterio esencial para tomar cualquier decisión en relación con los hijos será el interés superior del niño. No se trata de cumplir un sistema por

encima de todo sino de atender a las circunstancias y en relación con estas aplicar y hacer valer su interés primordial.

El Comité de los Derechos del Niño nos recuerda, a través de su Observación General N.º 14, aprobada por el Comité en su 62.º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013) SP/DOCT/17979, que este interés superior no es un principio indeterminado, sino que tiene una triple consideración, como expone la Profesora Lázaro González en su artículo "El interés superior del niño en la reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia", SP/DOCT/19833. En él, se pone de relieve cómo la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, reformó la regulación del interés superior del menor y se introdujo en el Capítulo I, art. 2, la triple dimensión que tiene, según el Comité de Derechos del Niño:

- El interés superior del niño es un derecho y es exigible como tal.
- El interés superior del niño es un principio que ilumina todas las normas del ordenamiento.
- El interés superior del niño es una norma de procedimiento que obliga a tomarlo en consideración en el proceso de adopción de acciones y toma de decisiones que afectan a los niños.

7. ¿Procedería acordar la suspensión del régimen de visitas y estancias?

La respuesta es muy parecida a la anterior por lo que, si las visitas requieren traslados, viajes y desplazamientos, estaríamos actuando en contra de pretendido con las medidas adoptadas.

¿Y si se tratara de visitas o intercambios de estancias en la misma localidad? Habrá que valorar en cada caso concreto qué es lo más sensato, pero en principio no deberían llevarse a cabo, con el fin de lograr que los niños permanezcan sin moverse, evitando desplazamientos no autorizados.

Si se tratara de visitas supervisadas en Puntos de Encuentro Familiar (PEF), estarán suspendidas. Es preciso atender al cierre decretado por las Consejerías de los PEF, así como de los Centros de Atención a las Familias en las distintas poblaciones.

8. ¿Quién debe custodiar la tarjeta sanitaria del menor y otros documentos?

Será esencial que todos los documentos de los hijos y especialmente la tarjeta sanitaria se encuentren en manos de aquel progenitor con el que convive y se encuentra en este momento excepcional.

9. ¿Quién asumirá el pago de los gastos del menor en estos días sin colegio?

La pensión alimenticia fijada deberá seguirse abonando mensualmente como se haya establecido por sentencia. Si el progenitor obligado al pago es quien asume el cuidado de los menores en este periodo sin colegio, no tiene sentido alguno plantearse no pagarla, como cuestionan en ocasiones algunos padres durante las vacaciones de verano. La solución sería buscar alguna otra forma de compensarlo, sin que deba negarse a abonarla, pues ello acrecentaría los problemas ya existentes.

Si se contratara la ayuda de terceras personas, este gasto tendrá la consideración de extraordinario, dado que se encuentra al margen de la pensión alimenticia, es de carácter imprevisible pero, al tiempo, necesario y conveniente, debiendo abonarse en el porcentaje establecido por sentencia. Y, si en la misma nada se hubiera previsto, se abonará al 50% por cada progenitor. En todo caso esta medida debería consensuarse o, al menos, comunicarse previamente al otro progenitor.

10. En conclusión: medidas sensatas, mediación intrafamiliar y bien común

En todas estas decisiones que vayamos a tomar debemos ser cívicos, responsables, generosos y lograr acuerdos entre padres y madres y entre progenitores y empresas que sean viables, sensatos y adecuados a la situación y a la finalidad perseguida, dejando a un lado nuestros derechos como padres y madres y abogando por el interés de

los hijos y el de toda la población en general.

Parece que ahora, por las circunstancias, la mediación intrafamiliar pasaría a ser "asignatura obligatoria" no solo para padres y madres sino para todas las familias, para toda la población, siendo necesario acudir a ella para ponernos en posición de escuchar la postura de cada uno, buscar soluciones, alcanzar acuerdos, simplificar las cosas y contribuir, de este modo, a frenar la expansión de esta pandemia en aras del bien común y de los más vulnerables.