

# El interés superior del niño: concepto y delimitación del término

---

## The best interest of the child: concept and definition of the term

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ  
*Universidad de Barcelona*

### **Resumen:**

El objetivo fundamental de este estudio es el de tratar de facilitar la concreción práctica del principio del interés superior del niño, configurado – tal y como hacen mayoritariamente los sistemas normativos europeos continentales - como una cláusula general o como un concepto jurídico indeterminado, difícil de definir y de aplicar. En este sentido, seríamos más partidarios de un acercamiento hacia un modelo mixto, técnica legislativa prototípica de los ordenamientos anglosajones, en los que junto a enunciados legales del tipo cláusula general, como sería el *welfare principle* o el *best interests principle*, conviven un abanico de criterios indicativos que pretenden especificar y facilitar la delimitación en cada caso concreto del interés del menor. En definitiva, se trataría de incluir en nuestras normas un listado abierto de situaciones que quedarían integradas dentro del concepto general del interés del niño. A título de ejemplo podemos citar la Children Act Británica de 1989, sección 105 (1), donde se establece que los Tribunales restan obligados a considerar el bienestar de las personas menores de edad “as the paramount consideration”, y acto seguido en su sección (3) identifican este bienestar a través de una “check list” que incluye, entre otras, referencias relativas a la edad y la capacidad de raciocinio; las necesidades

### **Abstract:**

The objective of this study is to try to facilitate the practical realization of the principle of the interest of the child, set - as do most of the continental European regulatory systems - as a general clause or as an indeterminate legal concept, difficult to define and to apply. In this sense, should seek an approximation to a mixed model of legislative technique prototypical Anglo-Saxon legal systems, where the next set of legal types of general clause such as the welfare principle or the best interests principle, a live range indicative set of criteria that seek to facilitate the determination in each case the interests of the child. In short, it would include a list of situations that would be integrated within the general concept of interest of the child. As an example may be mentioned the British Children Act 1989, section 105 (1), which provides that courts are obliged to treat the welfare of the child “as the Paramount consideration,” and then in its section (3) identifies this by being a “check list” that includes, among other references relating to age and reasoning ability, the physical, emotional and educational, the probable effects of a change of circumstances, and the environment.

físicas, emocionales y educativas; los posibles efectos de un cambio de circunstancias; y el entorno del individuo.

**Palabras clave:**

Interés superior del menor, indicadores, concepto jurídico indeterminado, personalidad, audiencia del menor.

**Key words:**

Interest of the child, indicators, indeterminate legal concept, personality, hearing the child.

**Résumé:**

L'objectif de cette étude est d'essayer de faciliter la réalisation concrète du principe de l'intérêt de l'enfant, ensemble - comme le font la plupart des systèmes de réglementation de l'Europe continentale - comme une clause générale ou en tant que concept juridique indéterminé, difficile à définir et à s'appliquer. En ce sens, il devrait demander une approximation à un modèle mixte de prototypes législatives technique anglo-saxons systèmes juridiques, où la prochaine série de types juridiques de la clause générale telle que le principe du bien-être ou le principe de l'intérêt, un champ de tir série indicative de critères qui visent à faciliter la détermination dans chaque cas, les intérêts de l'enfant. En bref, elle pourrait inclure une liste des situations qui seraient intégrées dans le concept d'intérêt général de l'enfant. A titre d'exemple on peut citer les enfants britanniques loi de 1989, l'article 105 (1), qui prévoit que les tribunaux sont tenus de traiter le bien-être de l'enfant «comme considération primordiale», puis dans son paragraphe (3) identifie ce en étant un «check-list» qui comprend, entre autres références relatives à l'âge et la capacité de raisonnement, les physiques, affectifs et éducatifs, les effets probables d'un changement de circonstances et l'environnement.

**Mots clés:**

L'intérêt des enfants, indicateurs, concept juridique indéterminé, personnalité, audition de l'enfant.

Fecha de recepción: 18-02-2012

Fecha de aceptación: 21-03-2012

## 1. Introducción

El principio del interés superior del niño ha sido recogido tanto por los textos internacionales como por las disposiciones europeas, nacionales y autonómicas más relevantes en la protección y promoción de las personas menores de edad. La constante apelación de las leyes a tal interés tiene una justificación objetiva tanto en la particular situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes, como en la imposibilidad que tienen de dirigir plenamente sus vidas con la suficiente madurez y responsabilidad, así como en la necesidad de que las circunstancias que les rodean les sean especialmente favorables en esta etapa vital de su desarrollo como ser humano.

El principio del interés superior del niño pone acertadamente el acento en su realidad como sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección. Este criterio ha de aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad. Pero esta cláusula general, lejos de configurarse como un concepto pacífico, es objeto de múltiples y diversas controversias que tienen una influencia negativa en su eficacia práctica.

Así, tal y como afirma Rivero (2000), cuando tratamos de determinar cómo y quién decide cuál es y cómo se concreta ese interés nos enfrentamos a una primera divergencia. Las personas que abordan y deciden esa cuestión, por regla general representantes legales y jueces, no operan de manera aséptica y neutral, sino que, por el contrario, en la mayoría de las ocasiones, aún actuando con la mejor intención, no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideología, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y escala de valores distintos de los que presentan los adultos.

Estamos pues, ante una noción de difícil concreción y que hemos de analizar si realmente se está aplicando por parte de los actores sociales que rodean la vida del niño y cómo se está procediendo a ello (e interpretando), para, de esta forma, evitar que dicha locución se convierta en lo que Carbonnier (1960) definió como una noción mágica, evanescente, que pueda dar lugar a la arbitrariedad jurídica y al abuso de derecho.

Esta complejidad conceptual nos ayudará a explicar el por qué a pesar de la fuerte atracción instintiva que tiene este principio en el establecimiento de los derechos de la niñez, han sido muchos los autores (Van Bueren, 1995; Mnookin, 1985) que han expresado reservas hacia el mismo, incluyendo a modo de compendio las citadas a continuación: si es apropiado o no seguir hablando de los “intereses” del niño una vez que sus “derechos” han sido ya reconocidos; que plantea más interrogantes que respuestas; que es un concepto abierto o ambiguo y por ende no puede producir ningún resultado predecible en una situación determinada; que los valores empleados para darle contenido han sido a menudo bastante inapropiados; y que la cláusula abstracta del interés superior puede actuar como un “Caballo de Troya” introduciendo consideraciones culturales en el terreno de los derechos del niño que pueden minar el consenso reflejado en esta materia (Pérez, 2000).

Para responder a todas estas reservas, más las que vayan surgiendo a medida que vayamos profundizando en la materia, es fundamental proceder a una reconstrucción ideológica del principio del interés superior del niño partiendo del menor como persona, como sujeto de derechos, como la mayor riqueza de nuestra sociedad; no únicamente como un diamante en bruto que en un futuro será pulido y tendrá una increíble cotización, sino como un valor de presente, como una realidad a tener en cuenta aquí y ahora, sin olvidar, en ningún momento, la dignidad de cada persona por el mero y simple hecho de serlo.

## **2. Nociones teóricas y jurisprudenciales sobre el concepto del interés superior del niño**

Es una constante, tanto de los textos legales como de las resoluciones jurisprudenciales, atender a la cláusula abstracta del “interés superior del menor” para tratar de justificar cualquier decisión que afecte a la vida de una persona menor de edad, ya sea en aspectos de carácter personal o patrimonial. Así resulta del artículo 39 de la Constitución española, del artículo 2º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de múltiples artículos del Código Civil referidos de manera expresa al beneficio e interés superior de los menores - artículos 92, 154 y 170 entre ellos -, y de la regulación que de los derechos del menor efectúan las diversas legislaciones autonómicas; preceptos todos ellos, en perfecta sintonía y conexión con otros similares contenidos tanto en el Derecho comparado, como en los Convenios, Tratados y Pactos internacionales suscritos por el Estado español, muy en particular con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Pretender definir lo que debe entenderse como “interés superior del niño” es una tarea compleja, ya que nos enfrentamos a lo que en derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general. Es por ello, que dicho concepto no debe ser interpretado en una forma estática sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo qué es el *favor filii*.

Tratar de dar una significación rígida, estricta e inamovible a una cláusula de este estilo sería contrario a la propia finalidad que la inspira; ya que si nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado ¿cómo

puede quedar fijado su contenido sin que ello implique entrar en franca contradicción con la esencia misma de la norma?. No obstante, sentadas las bases que deben regir en todo momento nuestra actitud frente a la mentada cláusula general, sí que podemos trazar ciertas aproximaciones a cuál debiera ser su verdadera significación (Linacero de la Fuente, 1999).

Para llevar a cabo esa operación, utilizaremos las definiciones que sobre dicho valor jurídico nos ha ido ofreciendo la doctrina científica, así como las valoraciones realizadas por parte de nuestros jueces y tribunales en el preciso instante de resolver los problemas prácticos que día a día se les han ido presentando.

## 2.1. Delimitación doctrinal del concepto

En el orden doctrinal, diversas son las opiniones acerca de qué es o cómo se entiende el interés del menor, como variadas son también las perspectivas psicosociales y jurídicas desde las que ha sido contemplado.

Roca Trias (1994 y 1999), tras un análisis exhaustivo de la legislación estatal y autonómica en materia de protección de menores, llega a la conclusión de que dicha normativa gira entorno de este concepto jurídico indeterminado; que representa una evidente garantía de sus derechos fundamentales. El elemento central de cualquier discusión o teorización sobre el tema debe partir de su proyección hacia el futuro, de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su personalidad. Por último, Roca Trias partiendo de la base de que la personalidad jurídica trae causa del concepto de persona, afirma que el interés superior del menor es una proyección, en las personas menores de edad, de un tema más complejo como es el de la personalidad.

De acuerdo con este primer punto de vista, el interés del menor es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad.

Bajo un prisma más internacionalista, Borrás (1994) sostiene que partir del interés superior del menor conlleva englobar dentro de esta categoría general todas aquellas instituciones que, tras cualquier forma o apariencia, pretendan dar respuesta a su efectiva protección, con total independencia de cuál sea la situación personal o familiar que se presente.

En este marco, los derechos del menor se han convertido en un concepto de naturaleza eminentemente familiar desde el preciso instante en que fueron especializados como tales por la Declaración de Ginebra de 1924. Ahora bien, y volviendo a la visión dinámica a la que antes hacíamos referencia, los mencionados derechos han sufrido una importante evolución, pasando de un estadio en el que predominaba el poder paterno, a una etapa en la que prevalecen los derechos del individuo.

En este sentido, siguiendo la tendencia iniciada por Borrás (1994), podemos apuntar cómo esa evolución queda patente en diversos Convenios de La Haya que, cronológicamente, abarcan desde 1902 hasta 1996, año en que la Conferencia de La Haya adoptó el Convenio de 19 de octubre, 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, niñas y adolescentes.

Otros autores (Joyal, 1991) definen el interés superior del niño como la unión entre sus necesidades y sus derechos, por lo que esta noción debe apreciarse, en cuanto a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley.

Una definición un tanto parcial y limitada (Sánchez, 1999 y Seijas, 1997) es la que entiende que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia de la autoridad judicial a partir de la valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común, determinadas por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad, que el Juez tiene y adquiere a lo largo del proceso, conforme a los datos que las partes interesadas le van facilitando. En consecuencia, el interés superior del niño es una noción abstracta, que lleva al juez a la toma de decisiones, con base en todas las pruebas que se le ofrecen en el proceso.

No podemos en modo alguno compartir esta última opinión, pues la aplicación de dicha cláusula no sólo le corresponde a la autoridad judicial. Hay que recordar que el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño cita, además del juez, a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas y los órganos legislativos; y, posteriormente, en su artículo 18.1, cita a los padres o representantes legales.

Dolz-Lago (1996), por su parte, sostiene que en este contexto surgen las mismas dificultades que emergen cuando pretendemos concretar en qué consiste el interés público o el interés social. Esto nos lleva a entender que

el interés superior del menor se concreta en todo aquello que beneficia a su titular y no, en cambio, en lo que le perjudica o pudiera perjudicarlo. No obstante, aparece según dicho autor otro concepto que es preciso concretar, el de “beneficio”. De esta forma, la idea de interés aplicada al menor, unida a su beneficio, nos aboca necesariamente a otro concepto, que es el de educación, y éste a su vez al de libre desarrollo de la personalidad, todos ellos condicionados a nuestro contexto social y cultural.

Trazando un paréntesis en las consideraciones que sobre el interés del menor ha realizado la doctrina española sería interesante conocer cuál es el estado de la cuestión lejos de nuestras fronteras. Posiblemente si algún sistema jurídico se ha preocupado de manera especial de llegar a determinar qué es el bienestar o interés del menor ese sea el ordenamiento jurídico inglés.

P. M. Bromley (1987), uno de los autores de referencia del derecho de familia anglosajón, al tratar sobre el “welfare principle” (principio del bienestar) comenta que, aunque ese principio es considerado como la piedra angular del moderno “custody law” (derecho de custodia), es sorprendentemente difícil encontrar una concreción judicial de lo que se cree que signifique el término welfare (exactamente la misma problemática que se les plantea a los estudiosos españoles). En su obra cita como una de las pocas definiciones, la del Juez Lindley, en el caso *Re McGrath* (“Infants”), 1893, quien declaró que “el bienestar del niño no se mide sólo por dinero ni por comodidad física. La palabra bienestar - “welfare” - debe ser entendida en el sentido más amplio del término. El bienestar moral y religioso debe ser tomado tan en consideración como el bienestar físico. Tampoco, por descontado, deben ser ignorados los vínculos de afecto”. Más modernamente, también son dignas de ser consideradas las palabras del Juez Hardy Boys, en el caso *Walter v. Walter and Harrison*, suscitado en Nueva Zelanda en 1981, al afirmar literalmente: “welfare es una palabra omnicomprendensiva. Incluye el bienestar material, tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Sin embargo, aunque debe valorarse lo material, es cuestión secundaria. Son más importantes la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño”.

Considerando lo expuesto y valorando en su justa medida las diferentes opiniones que la doctrina española ha ido aportando desde sus distintas disciplinas a nuestro objeto de estudio, si hay una definición de las enumeradas que suponga o debiera suponer un punto de convergencia, o, en otras palabras, un eje a partir del cual empezar a construir un concepto común de interés superior del menor, esa es la de Roca Trias (1994 y 1999). Efectivamente, siguiendo el discurso de la mencionada autora, el planteamiento constitucional del problema de la protección de la personalidad en el artículo 10 de la Constitución Española y su complemento en el artículo 39.3 y 39.4, en lo que se refiere a la protección del menor, diseñan un auténtico programa constitucional, cuya finalidad es conseguir que el niño se convierta en un ciudadano cuando llegue a la mayoría de edad.

De acuerdo con lo anterior, el concepto de *interés del menor* no constituye otra cosa que la proyección en las personas menores de edad del problema de la protección de los derechos fundamentales en general. Partiendo de la base de que el menor es titular de derechos fundamentales porque tiene personalidad jurídica desde el momento de su nacimiento (de acuerdo con el art. 29 Código Civil), el principio del *interés del menor* se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de *fundamentales*, a las personas. En consecuencia, la regulación que desarrolle este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en relación a problemas suscitados con menores, no se encuentran con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad.

Ahora bien, si desde un punto de vista jurídico-formal puede bastar inicialmente con identificar, tal y como acabamos de realizar, el interés del menor con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad, desde un punto de vista humano, y aún más tratándose de un niño, parece que no pueda prescindirse de alguna referencia a la felicidad y bienestar personal de ese individuo, al equilibrio emocional y afectivo, que tanto pueden contribuir (positiva o negativamente) a la formación y desarrollo de su personalidad: porque ni el interés (del menor) ni la personalidad son algo abstracto o aséptico, sino que se refieren a una realidad humana concreta.

## 2.2. La visión de la jurisprudencia española

Nuestros tribunales tampoco se han mostrado excesivamente precisos ni claros al resolver problemas reales en los que aparece implicado el interés del menor, empleando, en no pocas ocasiones, fórmulas preestablecidas que se limitan a reiterar sentencia tras sentencia, sin realmente indagar en la verdadera esencia de su significado.

Tal y como es concebida esta noción abstracta por parte de los órganos jurisdiccionales se entiende que confiere un cierto grado de autonomía judicial, según las circunstancias presentes en cada caso concreto. Por ello, ciertos autores (Bo y Caballero, 1996) aplauden esa ambigüedad ya que la consideran como el elemento esencial que faculta al Juez para acercarse a la verdadera situación en la que se halla un niño y decidir, con conocimiento de causa, lo más favorable para él. Ahora bien, esa nota de indeterminación y discrecionalidad judicial llevada al extremo, en otras palabras mal interpretada, podría conducirnos a resoluciones dictadas, en un sentido absolutamente contradictorio con el perseguido, atendiendo, justamente, al calificado como desinterés superior del menor.

Así, nuestra jurisprudencia, que considera el artículo 92.2 del Código Civil (“el juez velará por el derecho de los menores a ser oídos”) como norma de carácter imperativo y de obligado cumplimiento, hace continua alusión, al resolver problemas concretos relativos a menores (guarda y custodia, visitas, adopciones), al principio del “*favor filii*”, al “beneficio o interés de los hijos como preponderante”, al “bien de los hijos que encarna el bien más estimable”<sup>1</sup> y expresiones del estilo. Pero no recoge, en cambio, mayores precisiones, ni de sus resoluciones se infiere una línea o conclusión clara acerca de qué se entiende por “interés del menor”, aunque cabe aducir en su descargo lo difícil que resulta realizar afirmaciones generales, en abstracto, porque el verdadero interés del menor apenas puede ser delimitado *in concreto* y en atención a sus circunstancias personales y particulares. En todo caso, según Rivero

---

1 Vid. a título simplemente ejemplificativo las siguientes resoluciones: Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1994 (RJ 1994\6502), Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 (RJ 1992\1271), Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1983 (RJ 1983\2619), Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7988), Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 7 de octubre de 1998 (AC 1998\7376), Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 20 de enero de 1998 (AC 1998\3185).

Hernández (2000), sí hubiera sido de desear algún elemento de juicio o punto de referencia que, sin necesidad de concretar demasiado, ayudase a establecer criterios que aportasen alguna luz y seguridad jurídica en esta materia. Como, por ejemplo, vienen realizando los tribunales británicos y norteamericanos.

La actuación del Tribunal Constitucional en el tema que nos ocupa es poco relevante, puesto que corresponde a los órganos del Poder Judicial la aplicación del principio. El propio Tribunal Constitucional, en Recurso de Amparo núm. 5258/2000, es tajante en ese sentido al afirmar que “la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto<sup>2</sup> es un asunto ajeno a la jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés”.

Además del razonamiento utilizado por el Tribunal Constitucional en la anterior resolución, entendemos que la interpretación y valoración de la ponderación de cuál sea el interés superior del menor en cada caso, es competencia de la jurisdicción ordinaria porque así se lo ha atribuido la ley, también cabría argumentar que el Tribunal Constitucional difícilmente podría revisar las circunstancias concretas de cada caso, no sólo ya por su lejanía y falta de inmediatez con respecto a las mismas, sino también por no ser su función la propia de una tercera instancia llamada a revisar lo decidido por los órganos judiciales ordinarios<sup>3</sup>.

Lo que sí que ha realizado el Tribunal Constitucional en algunas resoluciones, al dilucidar si ha existido vulneración o no de un derecho fundamental del menor, ha sido utilizar el principio del interés del menor para justificar la legitimación que ostentan sus padres o tutores de dirigirse al Tribunal para pedir el restablecimiento del derecho en cuestión. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999, de 15 de julio<sup>4</sup> y

---

2 El Recurso de Amparo se formuló por parte de la Junta de Castilla y León contra Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, por el que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra el del Juzgado de 1ª Instancia de la misma ciudad, recaídos en autos de jurisdicción voluntaria sobre acogimiento familiar preadoptivo.

3 Múltiples sentencias del Tribunal Constitucional se manifiestan en ese sentido SSTC 198/2000, 203/200, 256/2000, entre otras.

4 Esta sentencia recayó en Recurso de Amparo interpuesto por la entidad editora de la revista “Pronto” contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1995, sobre protección civil del derecho al honor e intimidad de los menores J.Z. y T. Tous Abad, hijos adoptivos de Sara Montiel, con motivo de la publicación de un reportaje con entrevista a una señora relativo al origen y filiación biológica de los menores. El

la Sentencia del mismo Alto Tribunal 197/1991, de 17 de octubre<sup>5</sup>, ambas referidas al derecho a la intimidad personal y familiar de unos menores. Igualmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, relativa a determinar el derecho de un padre a que sus hijos recibieran enseñanzas religiosas frente a la oposición de la madre que aducía violencia para el derecho a la libertad religiosa de los menores<sup>6</sup>.

Como acabamos de comprobar, es el propio Tribunal Constitucional el que con sus pronunciamientos remite las cuestiones relativas al interés del menor a instancias inferiores, por no ser competente el Recurso de Amparo para conocer acerca de las decisiones en las que deba acudir a principios indeterminados. Dirigiéndonos pues a la jurisdicción ordinaria, de entre las sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales que estimamos realizan una alusión algo más concreta al sentido que deba darse al interés del menor cabe citar las siguientes:

---

Juzgado de 1ª Instancia condenó a la editora de la revista; la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la sentencia de 1ª Instancia absolviendo a los demandados, y el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación confirmando parcialmente la sentencia del Juzgado y elevando la indemnización señalada por este último. Boletín Oficial del Estado, nº. 197, de 18 agosto de 1999.

- 5 Esta sentencia se refería a la publicación en el diario "Ya" de un artículo periodístico titulado "La madre XX trabajaba en una barra americana" y con el subtítulo "El hijo adoptivo de Sara Montiel fue adquirido en Alicante". Los avatares del asunto fueron muy parecidos a los del caso anterior: el Juzgado de 1ª Instancia condenó a los demandados, la Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia salvo en cuanto a la indemnización, y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. La sentencia del Tribunal Constitucional se refirió sustancialmente al conflicto entre los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la información, y concluía que "cualesquiera que hayan podido ser las manifestaciones o declaraciones de los padres en relación con las circunstancias de la adopción, la información publicada relativa a las circunstancias y situación personal de la madre natural del menor, no constituye materia de interés general que contribuya a la formación de la opinión pública, ni se refiere a hechos relacionados con la actividad pública de la personalidad pública, ni estaba justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informaba". Boletín Oficial del Estado, nº. 213, de 15 noviembre de 1991.
- 6 Dicha sentencia recayó con ocasión de un Recurso de Amparo interpuesto por un padre al que una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia había interpuesto ciertas restricciones en el régimen de visitas y relaciones personales con sus hijos tras la separación matrimonial de los progenitores. Dicha separación había sido solicitada por la esposa amparándose en la incorporación de su marido (el recurrente en amparo) al denominado "Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España" y la presión que había efectuado sobre ella para que se adhiriera a dicha organización y hacer proselitismo con los hijos del matrimonio (de cinco y doce años), por lo que solicitaba la esposa la restricción del régimen de visitas que se concediera al marido y padre. Boletín Oficial del Estado, nº. 156, de 30 julio de 2000.

En primer lugar, destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987 (RJ 1987\1515) en la que se cuestiona e impugna la adopción de una menor por parte de su madre natural o biológica<sup>7</sup>. De dicha sentencia, anterior a la aprobación por parte de las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, podemos extraer dos conclusiones importantes como son: por un lado, que los intereses del menor son los más dignos de protección y, de otro, que únicamente con el análisis y la valoración de las circunstancias específicas de cada caso concreto es posible llegar a la satisfacción de tales intereses. Para ser más exactos, reproducimos, a continuación, el fundamento de derecho primero de la aludida sentencia que se pronuncia en los siguientes términos: “Antes de entrar en el estudio concreto del recurso formulado por la actora -la madre biológica- ha de afirmarse rotundamente la necesidad de que en todos estos pleitos -los referentes a controversias en materia de adopción-, ciertamente no deseables, los Tribunales habrán de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses de la menor que son, sin duda, los más dignos de protección y que a veces quedan postergados en el entrecruzamiento de las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas en las que, en no pocas ocasiones, trasciende la insuficiencia de las mismas ante problemas y situaciones de hondo contenido ético y humano, tan peculiares de las relaciones propias del Derecho de Familia. De ahí la necesidad de que, para un mejor y más justo juicio, se deba acentuar en casos como el presente el estudio y ponderación de las circunstancias específicas de cada supuesto concreto para alcanzar de este modo la solución más razonablemente justa y equitativa que ponga fin definitivamente a un litigio generador de insostenibles inseguridades y dudas, a las que resulta obligado poner término en beneficio de todos y muy especialmente de la menor, cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución al respecto en concordancia con nuestro derecho tradicional y actual”.

Acto seguido, centramos nuestra atención en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6722). En este supuesto de hecho, unos abuelos reclamaban, al amparo del artículo 160 del Código Civil, su derecho a mantener relaciones personales con un

---

7 Dicha madre biológica quería recuperar a su hija, frente a la actitud de los padres adoptivos de mantener la adopción y con ello a la menor en su ámbito familiar, en cuyo seno venía viviendo la menor prácticamente desde el momento mismo de su nacimiento hacía casi catorce años.

menor *in potestae*. En dicha casación, el Ministerio Fiscal se había manifestado partidario de la inadmisión del recurso presentado por el padre “al no discutirse en el mismo una cuestión jurídica, sino unos hechos cuales son las circunstancias que sean más favorables al menor, cuestiones de hecho a valorar por los Tribunales de instancia y sin acceso a la casación”. Frente a esa argumentación, el Tribunal Supremo contestó en los siguientes términos: “no debe desconocerse el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar (artículo 158 del Código Civil) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”<sup>8</sup>.

Lo que ahora nos interesa destacar de este pronunciamiento son dos aspectos concretos: primero, la mención que contiene relativa a que

---

8 Similar situación se dio en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1996 (RJ 1996\4756). En este caso unos abuelos paternos reclamaron frente a su nuera (viuda y antes separada de su marido fallecido) un régimen de relaciones personales con su nieto. La sentencia del Juzgado estableció un régimen de visitas, que modificó posteriormente la Audiencia por otro “más acorde con la situación”. El aspecto más destacable de la sentencia de casación fue que en la misma se tomó en consideración el tiempo transcurrido desde la reclamación de dichas relaciones y el momento de dictarse esa resolución (siete años del menor al principio, catorce años luego): “Las circunstancias, en efecto, se han transformado. Especialmente, debe tomarse en cuenta para valorar la nueva situación, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Con tal fin, según el precepto, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo el procedimiento judicial. De acuerdo con lo razonado procede casar la sentencia recurrida, en atención especialmente al cambio habido en la situación de hecho y ordenar que sea oído el menor, para que exprese sus opiniones en cuanto a sus relaciones con los abuelos y deseos personales de visitarlos o pasar algún fin de semana o periodo vacacional, pernoctando incluso en el domicilio con ellos”.

el principio del interés superior del menor no sólo vincula a jueces y tribunales en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que también liga – y ésta es su interpretación más amplia posible – a todos los poderes públicos (pensemos, por ejemplo, en la entidad pública que tiene encomendada la protección de menores en un ámbito territorial determinado) e incluso a los padres y al resto de los ciudadanos (en otros términos, al resto de la sociedad). En segundo lugar, dicha resolución descansa sobre la noción del niño como sujeto de derechos, en constante evolución, que necesita participar en la construcción de su propia vida, para lo cual necesita ejercer los derechos de los que es titular, eso sí, de un modo progresivo. Esta visión concuerda perfectamente con lo establecido en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, donde se nos recuerda que el menor, además, de ostentar la plena titularidad de sus derechos, también goza de una capacidad progresiva para su puesta en acción. De esta forma, el concepto de ser escuchado si tuviere suficiente juicio se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan, introduciéndose con ello, la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

Siguiendo con nuestro análisis jurisprudencial, resaltamos a continuación las directrices trazadas por ciertos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales. En este sentido, traemos a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de febrero de 2000 (JUR 2000\123432). Este pronunciamiento es sumamente interesante por recoger en sus fundamentos de derecho un intento de concreción del concepto jurídico indeterminado del interés del menor al caso concreto, estableciendo para ello una especie de indicadores de los cuales se sirve el juzgador a la hora de decidir cuál de los familiares es el más conveniente para ser nombrado como tutor de unas menores<sup>9</sup>. Tales indicadores son los reproducidos acto seguido:

1. Los mayores equipamientos que presente la localidad de residencia de los nombrados como tutores.

---

<sup>9</sup> Se trata el presente caso de la constitución de la tutela y del nombramiento de tutor de las menores Verónica, Violeta y Patricia, cuya madre común y el padre de las dos últimas, fallecieron en un accidente de tráfico. Al mismo tiempo, el padre de la mayor de las hijas carecía de relación alguna con la menor y había mostrado su conformidad con la constitución de la tutela. Los que se opusieron a la constitución de la tutela a favor de los familiares maternos fueron justamente los dos abuelos paternos de las dos hijas menores.

2. La mayor adecuación de la edad de los nombrados para el cuidado de las menores (si tienen hijas en edades parecidas a las pupilas que aseguren un entorno más propio para las niñas de corta edad).
3. El consejo de mantener unidos a los hermanos.
4. finalmente, la exploración realizada a las menores en la cual manifiesten sus deseos. En el presente caso todas las menores han manifestado de forma rotunda su deseo de permanecer unidas en la familia de su tía materna, en la que disfrutaban además de la compañía de sus primos.

Igualmente sugerente es el contenido de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de Junio de 2001 (JUR 2001\112871), en que un padre solicitó la revisión del régimen de visitas con respecto a su hija menor de edad<sup>10</sup>. En el presente caso la Audiencia Provincial confirmando de manera íntegra la sentencia apelada estimó que las medidas acordadas eran idóneas para la situación en la que en esos momentos se hallaba la niña, sin perjuicio de que en un futuro pudiera ampliarse el régimen de pernocta de la niña en casa del padre, caso de mostrar la menor una evolución progresivamente favorable. Apreciamos, por tanto, como en dicha resolución la Audiencia toma como principio informador de toda la legislación proteccionista y de la patria potestad el principio del interés superior del menor, “por lo que ha de ser esencialmente aquello que convenga a la estabilidad emocional y desarrollo de la personalidad de la menor de la manera más equilibrada posible lo que prime al fijar medidas con respecto a los hijos (en el presente caso el régimen de visitas)”.

Finalizamos el presente apartado con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 12 de marzo de 2002 (JUR 2002\128485). Lo realmente interesante y novedoso de esta sentencia, que resuelve el recurso de apelación presentado en tiempo y forma frente a la resolución dictada por el Juez de Primera Instancia decretando la disolución por

---

<sup>10</sup> El régimen de visitas y comunicación establecido a favor del padre, respecto de su hija menor de edad, consistía en régimen de entre semanas, martes y jueves de las 18:00 horas a las 20:00 horas, y un fin de semana al mes con pernocta domiciliaria desde las 20:00 horas del domingo y sábados alternativos desde las 10:00 horas hasta las 20:00 horas. Todo ello sin perjuicio de la ampliación del régimen de visitas en el aspecto relativo a la pernocta domiciliaria de la menor en el domicilio paterno siempre que la evolución favorable de las relaciones paterno-filiales lo permitiera.

divorcio del matrimonio de las partes en conflicto<sup>11</sup>, es que distingue entre lo que son los “intereses” del menor y los “deseos” del mismo. Argumenta la Audiencia que si bien los primeros deben prevalecer sobre los segundos, cuando éstos últimos sean contrarios a los primeros, nada impide que ambos puedan compaginarse en atención al integral desarrollo de la personalidad del niño<sup>12</sup>. Este mismo razonamiento, aunque llegando a un resultado distinto, es el utilizado por la Audiencia Provincial de Asturias en su Sentencia de 18 de enero de 2002 (JUR 2002\110871)<sup>13</sup>. En ella la Sala, examinadas la edad, las opiniones del hijo y circunstancias concurrentes, considera que en ese supuesto no hay pruebas objetivas suficientes que permitan entender que es justificado o proporcionado el no señalamiento de un régimen de comunicación y visitas del padre con el menor - tal y como pretendía el propio menor y así lo había declarado en la diligencia de exploración judicial<sup>14</sup> - pues la privación de esa relación humana y afectiva podía afectar negativamente a su adecuado crecimiento y desarrollo para la formación de la personalidad del menor. Por ese motivo la Audiencia se pronuncia en el siguiente sentido: “Hay que tener en cuenta que, si bien es cierto que el

---

11 Dicha resolución de primera instancia, confirmada prácticamente en su totalidad por la Audiencia, atribuía la guarda y custodia del hijo del matrimonio al padre, mientras que la madre podía tener a su hija en su compañía todos los fines de semana (la única modificación que realiza la Audiencia con respecto a las medidas fijadas por el Juzgado de 1ª Instancia, consistió en sustituir la frase “los fines de semana alternos” por “todos los fines de semana”) desde las 17:00 horas del viernes a las 20:00 horas del domingo, debiendo recogerla en su domicilio y retornarla al mismo una vez concluido el período señalado.

12 Dicho argumento es el utilizado por la Audiencia Provincial para alterar el régimen de visitas de la madre, una vez escuchados los deseos de la hija, y dejarlo fijado en todos los fines de semana: “La menor Antonella, de doce años de edad, manifestando en la exploración llevada a cabo el día 18 de octubre de 2000 que le daba igual que le fuera conferida la guarda y custodia a su padre o a su madre, pero, interpretamos, según dijo, quería estar con el progenitor que no tuviera la misma todos los fines de semana, por encontrarse con el otro los días laborales”.

13 En este caso se presenta recurso de apelación frente a la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de Gijón que declaraba la separación definitiva de los cónyuges y atribuía, por lo que ahora nos interesa, la guarda y custodia del hijo común menor de edad a la madre, sin señalar, por el momento, régimen de visitas ni de vacaciones del hijo con su padre. Justamente es dicho padre el que presenta el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias.

14 En la diligencia de exploración efectuada por parte del Juez de 1ª Instancia, el menor que contaba con catorce años de edad manifestó que se llevaba fatal con su padre, que no mantenía relación alguna con el mismo y que no tenía interés en tener visitas con su padre porque le ponía nervioso y eso le era perjudicial.

interés a proteger de forma preponderante es el del menor, ese interés preponderante no puede buscarse exclusivamente en la voluntad del niño<sup>15</sup> que manifiesta su rechazo a mantener la relación paterno filial, por lo que en la medida que no resulta acreditado, en principio, que la relación del padre con el hijo pudiera ser actualmente perjudicial para el menor resulta procedente establecer provisionalmente un régimen de visitas en orden a facilitar el adecuado restablecimiento de la relación quebrada. En este sentido, se considera que lo más beneficioso para el menor dada la actual incomodidad que manifiesta hacia el padre, es el establecimiento de un régimen de comunicación y visitas menos amplio que el solicitado por el apelante”.

### 3. Conclusiones

Como ya hemos apuntado en varios apartados del presente trabajo, el principio del interés superior del niño se presenta en nuestro ordenamiento jurídico como un concepto jurídico indeterminado, que necesita, pues, ser concretado en cada situación específica.

Con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la Ley se refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo que está claro es que intenta delimitar un supuesto concreto que admite ser puntualizado en el momento de su aplicación<sup>16</sup>. En otras palabras, en estas situaciones la norma no nos ofrece la solución directa de cada caso, de tal modo que ésta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto.

Es evidente que la introducción de cláusulas generales en un ordenamiento jurídico tiene sus ventajas e inconvenientes; entre los aspectos positivos podemos citar la posibilidad de que el intérprete adapte las soluciones a los criterios de conciencia social (artículo 3.1 del Código Civil) que han de prevalecer en cada momento en la aplicación de una

---

15 Lo que en la anterior sentencia (Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 12 de marzo de 2002), se calificaba como “deseos” del menor.

16 Por el contrario los conceptos determinados sí que delimitan de forma clara y precisa el ámbito de realidad al que se refieren. Por ejemplo la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años. La idea de concepto jurídico indeterminado que acabamos de citar la encontramos recogida entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985 (RJ 1986\496).

materia tan cambiante como es el Derecho de familia - derecho que se encuentra en constante evolución -. Dicho de otra forma, permite la adaptación del mandato legal a cada supuesto concreto, atendiendo a la diversidad de sujetos y circunstancias que puedan presentarse, así como el mantenimiento de su validez a lo largo de un amplio período de tiempo gracias a la posibilidad de ser interpretada de manera acorde con la evolución social y jurídica que se vaya produciendo. Entre los aspectos negativos que puede presentar una legislación que incluya este tipo de cláusulas se encuentra, sin duda, el problema que plantea la interpretación personal, que puede acarrear desviaciones notables sobre aquello que la conciencia social considera aceptable en un momento determinado.

## Referencias bibliográficas

- Bo Jané, M. y Caballero, M. (1996). El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?. *Revista jurídica La Ley*, nº. 4166, Noviembre.
- Borrás, A. (1994). El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. *Revista Jurídica de Cataluña*, nº. 4.
- Bromley, P. M. (1987). *Bromley's Family Law*. London: Ed. Butterworths.
- Carbonnier, J (1960). *Comment. S. Cour d'Appel Paris, 10 abril 1959*, en Dalloz.
- Dolz-Lago, M. J. (1996). El Fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992. *Revista Jurídica la Ley*, nº. 3955, Enero.
- Joyal, R. (1991). La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, sa place dans la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant. *Revue Internationale de Droit Penal*, nº. 3-4.
- Linacero, M. (1999). La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. *Actualidad Civil*, nº. 48, Diciembre.
- Mnookin, R. (1985). *In the interest of children: advocacy, law reform and public policy*. New York: Ed. W.H. Freeman&Co.
- Pérez Vera, E. (2000). Convenio nº. XVIII de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980 e informe explicativo del Convenio. *Suplemento del Boletín del Ministerio de Justicia*, nº. 1865, Marzo.
- Rivero, F. (2000). *El interés del menor*. Madrid: Ed. Dykinson.
- Roca, E. (1994). El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado, discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y *Legislación de Cataluña*, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº. 4.
- Roca, E. (1999). *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*. Barcelona: Ed. Cuadernos Civitas.

- Sánchez Hernández, C. (1999). Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión. *Actualidad Civil*, nº. 12, Marzo.
- Seijas, J. A. (1997). Las consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas. *Actualidad Civil*, nº 29, Julio.
- Van Bueren, G. (1995). *The International Law on the Rights of the Child*. Dordrecht: Ed. Martinus Nijhoff.

