

LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
 TRAS LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA
 8/2015, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA
 INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

DETERMINING THE BEST INTERESTS OF THE CHILD AFTER
 THE REFORM INTRODUCED BY THE ORGANIC LAW 8/2015, TO
 MODIFY THE SYSTEM TO PROTECT THE CHILDREN AND
 ADOLESCENTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, 3 ter, diciembre 2015, pp. 198 - 206.

Fecha entrega: 26/11/2015
 Fecha aceptación: 03/12/2015

JAVIER MARTÍNEZ CALVO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza
javiermc@unizar.es

RESUMEN: El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción requiere que el juez atienda a las circunstancias existentes en cada supuesto concreto. Con objeto de facilitar esta labor, la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha introducido una lista de criterios generales para la determinación judicial del interés superior del menor en la adopción de decisiones en las que se vean envueltos menores de edad, uniéndose a los ya previstos en algunas materias concretas, como en la determinación del régimen de guarda y custodia tras la ruptura matrimonial de sus progenitores.

PALABRAS CLAVE: interés superior del menor; concepto jurídico indeterminado; criterios; guarda y custodia.

ABSTRACT: The interests of the child is an indeterminate legal concept whose realization requires the judge to attend to the circumstances in each particular case. To facilitate this, the Organic Law 8/2015, modifying the system of protection of children and adolescents has introduced a list of general criteria for judicial determination of the best interests of the child in the adoption of decisions in which are involved minors, joining those already provided in some specific areas such as in determining the custody regime after their parents' marriage breakdown.

KEY WORDS: best interests of the child; vague legal concept; criteria; custody.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El interés superior del menor: un concepto jurídico indeterminado.- 3. Situación precedente a la reforma: algunos criterios legales y jurisprudenciales para la concreción del interés del menor en la determinación de su régimen de guarda y custodia.- 4. Criterios introducidos por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.- 5. Conclusiones.

1. La determinación del interés superior del menor es una de las tareas más complicadas que debe llevar a cabo el juez a la hora de adoptar cualquier decisión en la que se vea implicado un menor de edad. Y es que, como vamos a ver, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado para cuya concreción resultará necesario que el juez valore las diversas circunstancias que concurran en cada supuesto.

En las últimas fechas han entrado en vigor dos importantes leyes en materia de protección de menores: la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El hecho de que la reforma se haya llevado a cabo a través de dos normas —en lugar de unificarla en una sola— se debe a que existe una diferencia sustancial en las materias que abordan. Así, mientras la primera regula derechos fundamentales -de ahí que se trate de una Ley Orgánica (*ex* art. 81.1 de la Constitución Española)-, la segunda recoge cuestiones que no afectan a tales derechos.

En estas páginas me voy a referir al carácter indeterminado del interés superior del menor y a los criterios que se han venido empleando tradicionalmente en su determinación. Posteriormente, me centraré en la reforma que la Ley Orgánica 8/2015 ha llevado a cabo sobre el art. 2 de la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor, en el que ha introducido una lista de criterios para la concreción del interés superior del menor.

2. Como he anticipado, el interés superior del menor se sitúa como el criterio rector a seguir en cualquier decisión que pueda afectar a un menor de edad -vid. por todas STS 257/2013, de 29 de abril-. Ello implica que prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que esté en juego, incluido el de sus progenitores -*ex* art. 2.4 LO 1/1996, tras la redacción que le fue dada por el art. 1.2 LO 8/2015-.

Pese a que son reiteradas las referencias que las diferentes normativas hacen al interés superior del menor, lo cierto es que en ninguna de ellas encontramos una definición del mismo. Esta ausencia de determinación y concreción del interés superior del menor en nuestra normativa hace que nos encontremos ante un concepto jurídico indeterminado, lo que nos obliga a atender a las circunstancias presentes en cada caso concreto para precisar cuál es el mejor interés del menor (TAMAYO HAYA, S.: “La custodia compartida como alternativa legal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 83, núm. 700, 2007, p. 670; MARÍN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D.: “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y el contencioso-administrativo”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2010, p. 22; MORO BONILLO, E.: “La voluntad del menor en el cambio de custodia”, *Revista de derecho de familia*, núm. 57, 2012, p. 55; y BERROCAL LANZAROT, A. I.: “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, 2014, p. 3290).

El hecho de configurar el interés superior del menor como un concepto jurídico indeterminado plantea una importante ventaja: la posibilidad de acomodarlo a cada caso concreto (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV.: *La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar*, Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, p. 152). Y es que, lo más beneficioso para un menor puede no serlo para otro, bien por sus cualidades personales o bien porque las circunstancias que lo rodean son diversas.

Sin embargo, la indeterminación de este principio también conlleva algunos inconvenientes, como la enorme discrecionalidad que se concede al juez, con el consiguiente riesgo de arbitrariedad (HOWARD, W.: “El interés del niño y adolescente en las crisis familiares”, en: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008, p. 27; TAMAYO HAYA, S.: “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, *Revista de derecho de familia*, núm. 41, 2008, p. 54; y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “El interés del menor como criterio de aplicación de la Ley valenciana de relaciones familiares”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, p. 800) o una cierta inseguridad jurídica -derivada de la impredecibilidad de la decisión judicial- (GOIRIENA LEKUE, A.: “La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio”, *La Ley*, núm. 6823, 2007, tomo 5, p. 1100; TAMAYO HAYA, S.: “El interés del menor”, cit., p. 54; y DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y

las decisiones sobre su futuro profesional”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2013, p. 53).

3. Los inconvenientes que plantea el hecho de encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado —a los que me he referido en el apartado anterior— pueden paliarse a través del establecimiento de una lista de criterios en los que pueda apoyarse el juez a la hora de concretar el interés superior del menor, algo de lo que tradicionalmente ha prescindido nuestra normativa.

No obstante, existe una materia en la que se han llevado a cabo importantes esfuerzos en aras de dotar al interés del menor de mayor concreción: la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos tras la ruptura matrimonial de sus progenitores.

Al respecto, aun cuando nuestro Código Civil (en adelante CC) no ha previsto una lista específica de criterios, sí que es posible extraer algunos de su art. 92, como la opinión del menor -*ex* art. 92.6 CC-, la recomendación de no separar a los hermanos -*ex* art. 92.5 CC-, el informe del ministerio fiscal -*ex* art. 92.6 CC-, el resultado del dictamen de los especialistas -*ex* art. 92.9 CC-, las alegaciones de las partes, las pruebas practicadas en la comparecencia -*ex* art. 92.6 CC- o la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos -*ex* art. 92.6 CC-.

Además, nuestro Tribunal Supremo ha ido introduciendo diversos criterios -también relativos a la determinación del régimen de guarda y custodia- a través de sus Sentencias de 8 de octubre de 2009, de 10 de marzo de 2010, de 11 de marzo de 2010, de 1 de octubre de 2010, de 10 de enero de 2011, de 7 de julio de 2011, de 22 de julio de 2011, de 29 de abril de 2013 y de 16 de febrero de 2015 -entre otras-. En concreto, ha propuesto los siguientes criterios: «(...) la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de los deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

Es en el ámbito autonómico donde se ha llevado a cabo un mayor esfuerzo en el establecimiento de los criterios que deberá valorar el juez en la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos. En este sentido, todas las normas autonómicas que han entrado a regular en la materia han

recogido una lista de criterios para concretar el interés superior —*ex* art. 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFFA); art. 5.3 Ley valenciana 5/2011; art. 233-11.1 del Código Civil de Cataluña (en adelante Cc.Cat.); art. 3.3 Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 Ley del País Vasco 7/2015—. Los principales criterios previstos en el ámbito autonómico son los siguientes: los posibles acuerdos existentes entre las partes —*ex* art. 233-11.1 f) Cc.Cat. y art. 3.3 g) Ley Foral navarra 3/2011—, la opinión de los hijos —*ex* art. 80.2 c) CDFFA, art. 5.3 b) Ley valenciana 5/2011, art. 233-11.1 e) Cc.Cat., art. 3.3 d) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 d) Ley del País Vasco 7/2015—, su edad —*ex* art. 80.2 a) CDFFA, art. 5.3 a) Ley valenciana 5/2011, art. 233-11.1 b) Cc.Cat, art. 3.3 a) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 c) Ley del País Vasco 7/2015—, su arraigo social, escolar y familiar —*ex* art. 80.2 b) CDFFA, art. 5.3 e) Ley valenciana 5/2011, art. 3.3 c) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 g) Ley del País Vasco 7/2015—, el número de hijos —*ex* art. 9.3 b) Ley del País Vasco 7/2015—, evitar separar a los hermanos —*ex* art. 80.4 del Código de Derecho Foral de Aragón, art. 233-11.2 Cc.Cat., art. 9.7 de la Ley del País Vasco 7/2015 y art. 3.7 de la Ley Foral navarra 3/2011—, la aptitud de los progenitores —*ex* art. 80.2 d) CDFFA, art. 5.3 c) Ley valenciana 5/2011, art. 233-11.1 b) Cc.Cat y art. 3.3 e) Ley Foral navarra 3/2011—, el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los progenitores —*ex* art. 3.3 b) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 e) Ley del País Vasco 7/2015—, la dedicación pasada a la familia —*ex* art. 5.3 c) Ley valenciana 5/2011, art. 233-11.1 d) Cc.Cat. y art. 9.3 a) Ley del País Vasco 7/2015—, la relación existente entre las partes —*ex* art. 3.3 b) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 e) Ley del País Vasco 7/2015—, la vinculación afectiva de los hijos con cada progenitor —*ex* art. 233-11.1 a) Cc.Cat. y art. 9.3 a) Ley del País Vasco 7/2015—, la ubicación de las residencias habituales de los progenitores —*ex* art. 233-11.1 g) Cc.Cat. y art. 9.3 i) Ley del País Vasco 7/2015—, las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de los progenitores —*ex* art. 80.2 e) CDFFA, art. 5.3 f) Ley valenciana 5/2011, art. 3.3 f) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 h) Ley del País Vasco 7/2015—, la disponibilidad temporal de cada progenitor —*ex* art. 5.3 g) Ley valenciana 5/2011 y art. 233-11.1 g) Cc.Cat.—, su predisposición para permitir que el menor se relacione con el otro progenitor —*ex* art. 233-11.1 c) Cc.Cat., art. 3.3 b) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 e) Ley del País Vasco 7/2015— y los informes de especialistas —*ex* art. 80.3 CDFFA, art. 5.3 d) Ley valenciana 5/2011 y art. 9.3 f) Ley del País Vasco 7/2015—.

4. Como he anticipado, la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha introducido en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, una serie de criterios para determinar cuál es el interés superior del menor en cada supuesto.

En este sentido, el segundo punto del art. 2 de la Ley 1/1996 ha pasado a recoger los siguientes criterios: «a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; b) 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; c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia; d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad».

En realidad se trata de unos criterios muy generales —quizá en exceso— que se identifican con la protección de los derechos básicos que nuestro Ordenamiento Jurídico concede al menor. Así, se recogen aspectos tales como el derecho a la vida -*ex* art. 15 de la Constitución Española (en adelante CE)-, el derecho al libre desarrollo de la personalidad -*ex* art. 10.1 CE-, el derecho a ser oído en aquellas decisiones que le afecten -*ex* arts. 92.2, 92.6, 154.3, 156.2, 158.1.6 y 159 CC (entre otros)-, el derecho al mantenimiento de sus relaciones familiares -*ex* arts. 90, 94 y 160 CC-, el derecho de libertad ideológica y religiosa -*ex* art. 16.1 CE- y el derecho de igualdad y no discriminación -*ex* art. 14 CE-.

También se recogen dos criterios específicos para los supuestos en los que se adopta alguna medida de protección: la preferencia del acogimiento familiar frente al residencial y el objetivo del retorno del menor a su propia familia, siempre que ello resulte conveniente a su interés.

Además, en el tercer párrafo del artículo 2 introduce una serie de elementos generales a tener en cuenta en la interpretación de los mencionados criterios: «a) La edad y madurez del menor; b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección

subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante; c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales».

Lo cierto es que, más que elementos de interpretación de los anteriores criterios, parece que se trata de nuevos criterios de determinación del interés superior del menor, por lo que quizá hubiera resultado más coherente unificarlos todos en una misma lista. Así se evitarían algunas reiteraciones, como la referencia al principio de igualdad y no discriminación o al del libre desarrollo de la personalidad.

No cabe duda de que el establecimiento de los mencionados criterios facilitará la labor del juez a la hora de concretar el interés superior del menor y permitirá paliar —al menos en parte— la amplia discrecionalidad judicial en esta materia, reduciendo así el riesgo de arbitrariedad.

Sin embargo, los criterios establecidos tienen un carácter muy general, por lo que a mi juicio no resultan suficientes para concretar el interés superior del menor en supuestos específicos. Por ello, sin negar que la introducción de los mencionados criterios supone un importante paso, considero que resultaría necesario que nuestro Código Civil recogiera criterios específicos para la determinación del interés superior del menor en situaciones concretas, como en la atribución del régimen de guarda y custodia —tal y como hemos visto que han hecho las normativas autonómicas que han entrado a regular en la materia— o en el establecimiento de medidas de protección —respecto al que sólo introduce dos criterios—.

5. En conclusión, el interés superior del menor es el criterio primordial que debe seguirse a la hora de adoptar cualquier decisión por la que pueda resultar afectado un menor de edad. El hecho de que se trate de un concepto jurídico indeterminado ha planteado algunos inconvenientes en la práctica, como la excesiva discrecionalidad judicial o una cierta inseguridad jurídica.

Parece que la forma de más efectiva de mitigar dichos inconvenientes es a través del establecimiento de una serie de criterios que el juez deba valorar a la hora de determinar cuál es el interés superior del menor en cada caso concreto.

No obstante, nuestra normativa no ha previsto tradicionalmente los criterios que deben tenerse en cuenta en la concreción de dicho interés. Ha sido en materia de guarda y custodia donde se han realizado los mayores esfuerzos, tanto desde un punto legal —especialmente en el ámbito autonómico— como jurisprudencial.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por fin se han introducido en nuestra normativa nacional una lista con los criterios que deben valorarse en la interpretación y determinación del interés superior del menor. Sin embargo, los criterios previstos resultan demasiado generales, por lo que resultaría deseable la introducción en nuestro Código Civil de criterios específicos para la determinación del interés superior del menor en supuestos concretos, como en la atribución del régimen de guarda y custodia o en el establecimiento de medidas de protección.

ÍNDICE