

Diálogo sobre el principio del interés superior del menor

Iván Jiménez-Aybar

[Publicado en: COMISIÓN ORGANIZADORA DEL CONGRESO GENERAL DE LA FAMILIA (ed.), *La familia, protagonista*, Pamplona 2003, pp. 483-499]

Hace ya algún tiempo, durante un Congreso sobre “Familia y cambio social” celebrado en Lisboa, tuve la oportunidad de pronunciar una conferencia que llevaba por título “La determinación del interés del menor en el acogimiento familiar”. Al final de dicha conferencia, mientras aún me preguntaba si alguno de los asistentes –excepción hecha de los pocos que llevaban encima unos auriculares con los que escuchar la traducción simultánea- habían adivinado al menos el objeto de mi exposición, se acercó hasta mí un señor de mediana edad que se presentó –en perfecto castellano- como el profesor Gianni Bogliasco, de la Universidad de Acireale (Sicilia). Se mostró muy interesado en concretar y matizar varias cuestiones que habían ido surgiendo a lo largo de la conferencia, y yo correspondí a su interés sugiriéndole que podíamos hablar durante el almuerzo.

-Si no he entendido mal, profesor Jiménez-Aybar, la finalidad de su conferencia no ha sido, simplemente, la de ofrecernos una panorámica de la teoría y praxis del acogimiento familiar en España, sino más bien, al hilo de una serie de casos muy polémicos surgidos en su país en fechas recientes, denunciar los riesgos que conlleva una torticera e inadecuada interpretación del principio del interés superior del menor.

-Efectivamente, profesor Bogliasco. Básicamente, ésta era mi intención, sin olvidar otra serie de cuestiones que he ido desgranando a lo largo de mi exposición y que podemos ir comentando paso a paso, si le parece. Pero, sí, es cierto, el análisis de ciertos aspectos relacionados con la regulación del acogimiento familiar, así como la cumplida referencia a esos dos casos que usted ha mencionado, me han servido como excusa para tratar en profundidad el verdadero objeto de mi discurso. Es decir, el tratamiento del acogimiento familiar no ha sido un fin en sí mismo, sino un medio para introducir e hilar cada una de mis argumentaciones.

-Por favor, si no es mucha molestia, me gustaría que me repitiera la narración que antes ha realizado de ambos casos.

-No, no es ninguna molestia. Brevemente: en el primero de ellos, una madre –alcohólica rehabilitada- solicitaba la cesación de la medida de acogimiento familiar de la que eran objeto sus dos hijos, al entender que habían desaparecido las causas por las que había sido establecida hacía ya tres años. Esto es, dicha madre pedía al juez que le devolvieran de nuevo a sus hijos, toda vez que afirmaba haber superado sus problemas de adicción al alcohol, razón por la cual estaba en plenas facultades para ejercer en su totalidad los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, o, dicho de otra manera, las obligaciones y prerrogativas anejas a su condición de madre. Por otra parte, en el segundo de los casos reseñados, quizá el más polémico, se requería del juez que ingresara a un menor en un centro de acogida con el fin de que su madre, la cual padecía una enfermedad mental controlada a través de medicación, pudiera visitarle con la frecuencia que aconsejara la evolución de dicha enfermedad. La complicación estriba en que esto significaba la terminación del acogimiento de dicho menor por parte de una familia que se había encargado de él durante algo más de un año.

-Bajo estas circunstancias no es de extrañar que se originara tanta polémica en su país.

-Desde luego. No obstante, si el debate que surgió a raíz de la difusión de ambos casos alcanzó un alto grado de conflictividad no fue sólo debido a factores intrínsecos (esto es, a lo delicado de los intereses en juego), sino también a ciertas causas extrínsecas a los propios hechos relatados.

-Corriáme si me equivoco. Está usted aludiendo implícitamente al modo en que los medios de comunicación informaron acerca de estos hechos.

-Ni más ni menos. Tenga usted presente que sólo la desinformación es más perjudicial que la mera ausencia de ésta.

-¿Qué entiende usted, profesor Jiménez-Aybar, por *desinformar*?

-Sencillamente, entiendo por tal la acción de confundir a la sociedad manipulando cierta información de forma interesada. Y esto es, precisamente, lo que los medios de comunicación hicieron cuando *informaron* acerca de estos dos casos de acogimiento familiar. Lejos de ofrecer a su público una visión lo más objetiva e imparcial de los hechos acaecidos, optaron por el recurso al sensacionalismo a la hora de llevar a cabo su trabajo. Para ello, no dudaron en otorgar un protagonismo desmesurado (mejor aún, desproporcionado) a los acogedores, en claro detrimento de las legítimas pretensiones de las madres de esos pequeños. Es más, la utilización de expresiones como *madre acogedora* o *madre preadoptiva*, en contraposición a la *madre biológica* (así se

referían continuamente los mass media a las dos madres cuyos hijos se encontraban bajo los cuidados temporales de los acogedores), generó una enorme confusión y facilitó que se olvidara que *madre no hay más que una*. A esto debemos añadir el desconocimiento absoluto que –de modo generalizado- existía (y aún existe) respecto de qué es y para qué sirve el acogimiento familiar, respecto de qué significa y qué alcance tiene la figura del acogedor y qué lugar ocupan los padres del acogido dentro de la dinámica que se origina. Por último, tampoco suele ayudar mucho el hecho de que –como dijo aquél- *todo español alberga en su interior, siempre presto para exteriorizarse cuando la ocasión se presenta, un escritor y un jurista*.

-Por tanto, en este estado de cosas, la labor de *información* deben asumirla los especialistas, basándose en criterios científicos y no de mercado.

-En eso estamos. Algunos juristas y sociólogos recogimos el testigo, publicando libros y artículos en los que hemos tratado de aportar algo de luz a esta procelosa cuestión (N. Caparrós Civera / I. Jiménez-Aybar, 2001; M. Carcaba Fernández, 2000), abordando incluso el análisis de los dos casos que hemos relatado sin dejar de utilizar en todo momento un criterio estrictamente jurídico, que, como gusta decir a una persona por mí muy admirada, es como *el ojo clínico de todo buen jurista*. La finalidad última no es otra que ofrecer una visión del acogimiento familiar que responda a la filosofía de éste, a la finalidad con que fue concebido.

-Esta tarea se me antoja difícil, profesor Jiménez-Aybar, toda vez que, como ha apuntado usted en su exposición, ni siquiera el legislador se ha tomado la molestia de ofrecernos un concepto preciso de acogimiento familiar.

-Una observación muy aguda, profesor Bogliasco. En efecto, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección del menor, se utiliza el recurso de definir el acogimiento familiar a través de la enumeración de los efectos que éste produce en el seno de la familia de los acogedores (esto ya lo hizo el legislador en la Ley 21/1987, modificada por la ley antes citada). Concretamente, se nos dice (en la Disposición final sexta) que *“el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”*.

-Esto no nos sirve como definición.

-No nos sirve, desde luego; pero sí nos ofrece algunas pistas para construirla.

-Demuéstrémelo, profesor Jiménez-Aybar.

-Recojo el guante, profesor Bogliasco. Por mi parte, al hilo de las novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/1996, y asumiendo en parte el contenido de la definición elaborada por cierto autor (M.-I. Feliú Rey, 1989), he escrito que podemos entender por acogimiento familiar *“un instrumento legal de protección del menor desamparado o –en general- de aquél cuyos padres no pueden dispensarle los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo como persona, mediante el cual es insertado plenamente –de forma transitoria, permanente o con vistas a una posible adopción- dentro de un ambiente familiar sustitutivo o complementario del propio, que le asegure la asistencia moral y material adecuada a sus necesidades, teniendo presente en todo momento que –siempre que sea posible y así lo aconseje el interés superior del menor- deberá orientarse toda actuación a la reinserción dentro de la propia familia”* (N. Caparrós Civera / I. Jiménez-Aybar, 2001, pp. 73-74).

-Muy bien, tenemos definición. Pero ahora acláreme: ¿podemos y debemos afirmar tajantemente que, con carácter general, el acogimiento familiar está teñido de provisionalidad?

-Aunque cabría hacer ciertas matizaciones, en virtud de los diferentes tipos de acogimiento existentes, podemos contestar –con carácter general- afirmativamente.

-Y tal provisionalidad (o mejor, temporalidad), ¿no está reñida con el hecho de que el acogimiento familiar, como afirma la L.O. 1/1996, *“produce la plena participación del menor en la vida de familia”*?

-En absoluto. La intensidad con la que se plantea la participación del acogido en la vida de familia de los acogedores (se utiliza el adjetivo *plena*), no implica que aquél entre a formar parte de la familia de éstos; es decir, no surge, a raíz de dicha participación, un *status familiae* a favor del menor, al ser el contenido legal del acogimiento familiar de carácter estrictamente personal. Esta participación, a mi entender, es simplemente el efecto inmediato de la inserción del menor en el entorno de los acogedores. A su vez, aquélla es el instrumento que permite que estos acogedores provean a la asistencia, tanto de índole material como moral, que el acogido precisa. ¿Me he explicado?

-Más claro imposible. Ahora que hemos establecido uno de los principios informadores del acogimiento familiar, creo que podemos dejar de lado (por el momento) el análisis de esta figura para entrar en el meollo de la cuestión, que, si no le he entendido mal, profesor Jiménez-Aybar, no es otro que los numerosos conflictos de todo tipo que genera la perversión del principio del interés superior del menor.

-Efectivamente. Yo parto del convencimiento de que, cuando se instrumentalizan figuras jurídicas como el acogimiento familiar (o la adopción) hasta el punto de generar posiciones encontradas que alegan la injusticia del sistema (lo cual sucedía en los dos casos que antes hemos narrado), lo que tenemos en el fondo son dos bandos que enarbolan la misma bandera, pero con escudos distintos: la bandera es el principio del superior interés del menor, y el escudo son los intereses particulares en juego.

-Lo que no alcanzo a comprender es cómo es posible que dos o más posturas diametralmente opuestas entre sí pretendan cada una de ellas, desde puntos de vista tan divergentes, asumir en exclusiva la defensa de un único y exclusivo interés, el del menor. ¿Es que el legislador no ha previsto criterio alguno para delimitar el contenido y alcance de este interés?

-Sí se ha previsto. El problema reside en cómo se ha hecho. Me explico: el párrafo primero del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 establece con carácter general que *“en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*. En este sentido, la citada ley recoge el testigo dejado por la anterior reforma del Código Civil (Ley 21/1987), la cual impregnaba varias partes de su articulado con el escrupuloso deber de respetar este principio. Aunque es obvio que el legislador de 1996 dio un paso más al establecer la supremacía del mismo con carácter absoluto, consolidándose como principio general del derecho informador de todo el ordenamiento jurídico (I. Jiménez-Aybar, 1998, pp. 137 ss.; M. Linacero de la Fuente, 1999, p. 1581).

-Por lo que veo, bien podemos afirmar que el legislador, intencionadamente o no, lo único que nos ofrece es un concepto jurídico de los llamados *indeterminados*; es decir, se ha recurrido a la utilización de un concepto de valor o de experiencia referido a una realidad que inicialmente no permite una mayor precisión o concreción, pero que, trasladada a unas situaciones específicas, a unos supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no a otras (F. Rivero Hernández, 2000, p. 57).

-Así lo piensa más de un autor, cuando afirma que nos encontramos ante un *“concepto jurídico relativamente indeterminado”* (B. Vargas Cabrera, 1999, p. 14). Sin embargo, yo me decanto por denunciar sin tapujos que este principio, tal y como aparece reflejado en la Ley de referencia, es *absolutamente indeterminado* en cuanto a su contenido, además de fácilmente manipulable según los intereses que estén en juego en un supuesto concreto. Y esta apreciación no es una cuestión baladí, ya que este concepto jurídico *tan absolutamente indeterminado*

se encuentra situado en la cúspide de la pirámide que representa la jerarquía de intereses que convergen en el ámbito de la protección del menor y de la tutela de sus derechos.

-Sin embargo (y discúlpeme que abra un pequeño paréntesis), sí podemos concretar al menos qué entendemos por *interés*.

-Creo que sí. De todas las concepciones elaboradas por la ciencia jurídica, la que más me convence es aquella que afirma que el *interés* comprende tanto los bienes materiales y patrimoniales, como los espirituales o ideales, esto es, todos aquellos que la persona considera (subjetivamente) valiosos (F. Rivero Hernández, 2000, p. 55).

-También a mí me parece una elaboración doctrinal muy clarificadora. Y, volviendo a la cuestión que nos ocupa, ¿no podemos entender que este principio –pese a ser indeterminado (o *absolutamente indeterminado*, como matiza usted)- es, sin embargo, fácilmente *determinable* en función de las circunstancias particulares de cada caso concreto?

-Sí y no, profesor Bogliasco. Estoy de acuerdo en que lo más conveniente y adecuado al interés superior del menor no puede establecerse con precisión sino con referencia a las circunstancias de hecho que nos encontremos cada vez que sea necesario la determinación de dicho interés. No obstante, este *modus operandi* no generará más que un alto grado de inseguridad jurídica, a no ser que previamente hayamos alcanzado un acuerdo –siquiera de mínimos- acerca de la utilización de un criterio de interpretación del citado principio que nos permita una aplicación coherente y homogénea de éste. Y, al respecto, parece percibirse cierta sensación de impotencia a la hora de plantear la necesidad de afrontar la fundamentación del principio del interés superior del menor, dando por sentado que la multiplicidad y variedad de situaciones que pueden entrar en conflicto impiden o, cuanto menos, dificultan cualquier intento de mínima precisión apriorística. Ante esta situación, las aportaciones doctrinales se reducen –por una parte- a apuntar que sólo la casuística puede perfilar este concepto indeterminado (M. Linacero de la Fuente, 1999, p. 1585); y, por otra, a afirmar que debemos limitarnos en este punto a precisar quiénes serán los sujetos públicos o privados encargados de definir el interés superior del menor en cada caso concreto (B. Vargas Cabrera, 1999, p. 15).

-Curiosamente, todo esto me recuerda (salvando las distancias) aquella afirmación de mi compatriota Bobbio: *lo importante no es fundamentar los derechos humanos, sino protegerlos*. Aplicado al caso que nos ocupa, sería tanto como decir: *no perdamos el tiempo intentando encontrar el fundamento último del interés superior del*

menor, sino que, simplemente, dejemos que los organismos competentes determinen dicho interés caso por caso. Una opción muy arriesgada, ¿no le parece?

-Sin lugar a dudas. En primer lugar, porque exige establecer claramente quién (o quiénes), de modo exclusivo (y por qué no, también excluyente), es el encargado de llevar a cabo tal determinación, lo cual no parece aconsejable si tenemos en cuenta el complejo entramado de sentimientos y voluntades que rodean a todo conflicto originado en el ámbito de la familia. En segundo lugar, porque, como ha afirmado cierto autor, circunscribir la concreción del interés del menor a cada caso específico, supone desplazar la dificultad y la solución a un segundo momento, amén de hacer depender esta última de la valoración puntual de la persona o personas que deben decidir en interés de aquél, valoración que –al incorporar una serie de convicciones y experiencias de tipo personal- estará en todo caso teñida de subjetivismo (F. Rivero Hernández, 2000, pp. 58-59). En resumen, aceptar sin más este punto de vista puede conllevar, principalmente, dos consecuencias negativas: en primer lugar, al prescindir de toda pretensión mínimamente delimitadora *ab initio*, se inserta de modo estable la concreción de este principio en una dinámica conflictual. Es decir, sólo mediante la colisión de los intereses en juego es posible encontrar la solución aplicable, la cual deberá ser identificada por la autoridad competente (normalmente la judicial) tras valorar las particulares circunstancias concurrentes *ad casum*. Esta última sugerencia, lejos de ser una aportación interesante, es tanto como recordar a la autoridad judicial que debe realizar –ni más ni menos- su labor: actuar con prudencia en la administración de la justicia (saber hacer lo correcto en cada momento con la finalidad de dar a cada uno lo suyo, lo que le es debido en justicia). En segundo lugar, sustentar sólo en el juego de las circunstancias concretas de un menor la delimitación del interés superior de éste (delimitación que, por otra parte, sólo valdría para ese caso en particular), sin proceder a establecer siquiera el *nivel mínimo* de dicho interés, significa caer en la trampa del *relativismo*, en virtud del cual nada puede presumirse como cierto o bueno a priori. Concretamente, estaríamos ante una variante del *relativismo individualista*, que, aplicado a la cuestión que nos ocupa, determinaría que sólo el menor y sus circunstancias podrían determinar las pautas por las cuales se dirimiría el objeto del litigio. Así, por ejemplo, si un niño llevara conviviendo varios años con una familia de acogida y, llegado el momento de la cesación de esta medida, manifestara de modo inequívoco su negativa a retornar con sus padres, la aplicación estricta del punto de vista desarrollado en estos últimos párrafos debería llevar a optar por la permanencia del menor con sus

acogedores, procediendo de modo urgente a la formulación de la propuesta de adopción en favor de estos últimos.

-Entonces, en este supuesto, ¿qué circunstancias habrían sido las determinantes para concretar el interés superior del menor en cuestión?

-Veamos. En primer lugar, el vínculo de afecto y cariño surgido entre acogedores y acogido. En segundo lugar, el hecho de presumir perjudicial para los intereses de éste el retorno al seno de su familia, la cual había originado –tiempo atrás- una situación de desamparo declarada por la entidad pública correspondiente. Es decir, de una manera tan precipitada como errónea se habría entendido que la mejor tutela del interés del menor consiste en evitarle todo tipo de traumas que se consideran innecesarios.

-Y, por otro lado, ¿qué criterios o principios habrían dejado de valorarse al calificarse como consideraciones de carácter general no atendibles en el supuesto de referencia, por no favorecer el bienestar del menor?

-Fundamentalmente, la visión de la familia –de *su* familia- como el lugar natural y más idóneo para el normal desarrollo de este menor. Además, la *seguridad del estado civil paterno-filial como principio de orden público* (M. Carcaba Fernández, 2000, p. 3).

-Interesante matiz. Por tanto, podemos decir que otro de los riesgos que conlleva la indeterminación de la fórmula empleada en el artículo 2º de la Ley Orgánica 1/1996 es entender que el interés del menor es independiente y debe ser considerado de modo aislado respecto de la dinámica de su entorno. Además, no podrá ser invocado en su contra ningún otro interés, por muy legítimo que sea.

-Exactamente, profesor Bogliasco. Esta interpretación no es sino una consecuencia directa de abordar el problema de los derechos de los niños sobre la base de los intereses de seres autónomos, opción por la que apuestan no pocos autores (M^a. J. Bernuz Beneitez, 2000, p. 297). Todo ello ha llevado a más de uno a afirmar que dicha primacía no puede establecerse con carácter general. Para demostrarlo plantea la siguiente cuestión: *“qué debe primar, ¿el interés del menor o su integridad física?”* (M. Rivera Fernández, 1996, p. 6503). Al respecto, coincidimos con algún autor en afirmar que en este caso no existe conflicto de intereses, ya que la integridad física del menor se entiende implícita en el interés superior de éste (M. Linacero de la Fuente, 1999, p. 1587). Sin embargo, el que ésta y otras cuestiones puedan plantearse sin encontrar en el enunciado de este principio siquiera un atisbo de solución, genera una dosis de inseguridad y confusión demasiado elevada teniendo en cuenta todo lo que hay en juego.

-Por tanto, parece obvio que la Ley Orgánica 1/1996 crea más problemas de los que resuelve.

-Yo no diría tanto, profesor Bogliasco. Pero sí es cierto que, lejos de resultar clarificadora, la Ley Orgánica 1/1996 pretende crear una suerte de *Estatuto del menor* que –pese a sus buenos propósitos– resalta quizá en exceso la individualidad de éste, otorgándole una batería de derechos nada desdeñable, pero sin exigir ningún deber a cambio. Esta idea se refleja de manera muy precisa en la siguiente expresión: “*el menor en esta ley no se obliga a nada*”. Es decir, el protagonismo que se le otorga no guarda proporción ni con sus anhelos ni con su propia capacidad para aprovecharlo en toda su extensión (M. Alonso Pérez, 1997, pp. 17-40). Y, quizá, la consecuencia más inquietante de todo ello estriba en la facilidad con la que –esgrimiendo una interpretación del principio superior del interés del menor en el contexto de esta Ley– pueden llegar a verse contrapuestos los intereses de éste y los de sus padres, olvidando que *entre dos partes que comparten el mismo fin no cabe el desencuentro, sino la colaboración* (M^a. T. Denaro, 2000, p. 526). Es de notar, en este sentido, que se ha abandonado la *presunción (iuris tantum, por supuesto) de convergencia de intereses dentro del ámbito familiar*, reflejando esta Ley una cierta desconfianza hacia los titulares de la patria potestad.

-Desconfianza que también parece impregnar el enunciado del principio del interés superior del menor.

-En efecto. Más que un principio general del Derecho, parece un *aviso para navegantes*. Esto es, los titulares de la patria potestad –en este caso– pueden desarrollar libremente los derechos que su condición les permite sólo en la medida que no contravengan el interés del menor, de alcance y entidad superiores. Además, la Administración pública (con el auxilio del Ministerio Fiscal) es erigida *ex lege* en fiel guardián de dicho interés, arrogándose de modo implícito la facultad para determinarlo en cada supuesto concreto, ante la ausencia de todo criterio clarificador al respecto. Así, y siguiendo con el ejemplo que nos ocupa, si la voluntad del acogido es la de permanecer en compañía de sus acogedores, la aplicación sin criterio alguno de la Ley Orgánica 1/1996 puede llevar a identificar dicha voluntad con el propio interés de aquél, presentando como peregrinas las legítimas pretensiones de una madre (o de unos padres) que entienden que la medida de acogimiento que en su día se decretó ha perdido su razón de ser.

-Por tanto, entiendo que en dejar sólo en manos de la Administración la determinación de un interés superior del menor tan *absolutamente indeterminado* es una fuente potencial de riesgos.

-Maticemos. No se trata aquí de demonizar la actuación de la Administración pública, que tan encomiable labor realiza llevando a la práctica el deber de protección de los hijos con carácter subsidiario que la Constitución prevé en el artículo 39. Lo que se pretende es advertir del riesgo que supone no proceder de manera urgente a definir, cuanto menos en sus contenidos mínimos, el concepto jurídico indeterminado que venimos estudiando.

-Aparte de las propuestas a las que antes ha hecho usted referencia, las cuales ya hemos visto que resultan de todo punto insuficientes, ¿no ha habido ningún intento doctrinal serio que trate esta cuestión de un modo más elaborado, esto es, más científico?

-Sí. Estoy pensando, por ejemplo, en las propuestas de John Eekelaar, las cuales han sido analizadas de modo exhaustivo por Francisco Rivero Hernández en un trabajo publicado recientemente (2000, pp. 75-77). Eekelaar sugiere dos métodos de determinación del interés del menor. En primer lugar, el método de *objetivización* permite introducir, en la toma de decisiones que afectan al menor, una serie de opiniones que indican ciertas circunstancias o condiciones –consideradas de modo apriorístico- consideradas en interés del menor. Así, por ejemplo, convendrá que el menor crezca en una familia *normal* (formada por varón y mujer, con o sin hijos) en vez de con una pareja lesbiana, o que un niño de corta edad sea cuidado por una madre y no por un padre y una niñera. Por tanto, vemos como se tienen en cuenta un conjunto de planteamientos cuya experiencia o vivencia se cree, bien beneficiosa, bien perjudicial, pensando en el interés del menor.

-Pero, en estos casos, la valoración objetiva del interés del menor estará subordinada, en gran medida, a la existencia de un cierto consenso social en lo que concierne a las condiciones más favorables para su desarrollo como persona. ¿No es así?

-En efecto. Por esta razón, Eekelaar estima imprescindible complementar el primer método citado con el llamado "*dynamic self-determinism*". En primer lugar, este segundo método es dinámico porque se parte de la base de que el diseño vital de un menor no siempre puede ser planeado o establecido de antemano en el momento de adoptar una decisión, ya que requiere ser revisado y reconducido conforme el menor va superando las diferentes etapas de su crecimiento. En segundo lugar, esta opción supone que existe un cierto *auto-determinismo*, ya que el propio menor influye a la hora de tomar la decisión que mejor garantiza la defensa de sus intereses.

-Sin duda, este "*dynamic self-determinism*" aporta flexibilidad y posibilidades de adaptación a las circunstancias concretas de cada menor, lo cual no parece viable con el método de objetivización. Sin

embargo, ¿no cree usted que, de esta manera, se acentúa el grado de relativismo imperante a la hora de determinar estos criterios, toda vez que se concede una extraordinaria importancia a la personalidad del menor, la cual está en continuo cambio durante las primeras etapas de su crecimiento?

-Así es, y así lo pone de manifiesto Rivero Hernández cuando valora la idoneidad y compatibilidad de estos dos métodos propuestos por Eekelaar.

-Entonces, profesor Jiménez-Aybar, nos encontramos de nuevo en el punto de partida, intentando encontrar criterios que nos ayuden a comprender y a determinar el interés superior del menor en un caso concreto.

-Si sólo tenemos en cuenta lo visto hasta este momento, sí. No obstante, el autor que le acabo de citar nos propone seguir dos caminos paralelos y complementarios que yo considero de gran interés (2000, pp. 84-85). A saber: por un lado, opina que debemos abordar la cuestión de la determinación del interés del menor en un plano inicialmente genérico y un tanto teórico, intentando discernir en qué consiste dicho interés en abstracto; por otro, propone estudiar cómo se determina el interés del menor en áreas jurídicas específicas y referidas a situaciones y casos vividos en la realidad diaria. Así, en el trabajo al que estoy haciendo referencia, este autor se centra de modo particular – entre otros- en ámbitos tales como la salud del menor, la educación, la libertad religiosa, la adopción o las crisis matrimoniales (2000, pp. 144-190).

-Muy interesante. Y, si no he entendido mal, uno de los puntos centrales de su conferencia no ha sido otro que sentar las bases para determinar cuál es el fundamento del principio del interés superior del menor, lo cual está en consonancia con la primera propuesta de Rivero Hernández.

-Exactamente.

-Entonces, llegados a este punto (y si no es mucha molestia), me gustaría que me resumiera los puntos cardinales de su argumentación.

-Lo que me pide no es nada sencillo. Bien, vayamos por partes. Yo parto de la base de que, quizá, una de las razones de la facilidad con la que hoy día se tiende a plantear la convergencia del interés del menor y el interés de sus padres desde una perspectiva de constante conflicto, reside en olvidar que no basta con otorgar individual y aisladamente una serie de derechos a los menores en cuanto ciudadanos que requieren una protección adicional. Debemos, además, no perder de vista que en esta cuestión cobra especial relevancia, tal y como nos recuerda

Viladrich, la necesaria *convergencia entre el destino del ser humano y el de la familia*, la cual pone de manifiesto la *“íntima vinculación entre los derechos del hombre y los derechos de la familia”* (1994, p. 427). Y esto, aplicado al caso del menor, supone no construir su estatuto jurídico desde un radical individualismo empobrecedor del propio reconocimiento de sus derechos. Supone tener bien presente que, tomando una expresión de dicho autor, *“la verdad del hombre -y, por ende, de todo menor-, en cuanto persona, es que, antes que ciudadano, es un ser familiar, es decir, una identidad articulada en la relación, un co-ser”* (1994, 428). Y, en este sentido, si releemos con atención el artículo 39 de la Constitución Española, vemos como el punto de partida lo constituye el compromiso de otorgar a *la familia* una protección a nivel social, económico y jurídico. Tal compromiso se concreta en la *protección integral* de los hijos, que los poderes públicos deben asegurar de modo ineludible, la cual se llevará a cabo solidaria y subsidiariamente respecto del deber de todo padre de *prestar asistencia de todo orden a los hijos*.

-Por tanto, profesor Jiménez-Aybar, se puede afirmar que esa *convergencia de destinos y vinculación de derechos* a la que antes usted ha aludido tiene un claro sustento en dicho precepto constitucional.

-Desde luego. Y esto es lo que nos lleva a hablar de la necesidad de trasladar esta idea a la legislación protectora del menor. Es decir, el *interés del menor debe ser entendido en íntima conexión al interés general de la familia*.

-¿Cree usted factible incorporar tal criterio a la legislación sobre el menor?

-¿Por qué no? Debe tener en cuenta, profesor Bogliasco, que esta idea no le es extraña a nuestro Derecho de Familia. En efecto, el Código Civil, en sede de *derechos y deberes de los cónyuges*, establece en el artículo 67 que *“el marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”*. A su vez, en el artículo 70 se prevé que, en caso de discrepancia de los cónyuges acerca de la fijación del domicilio conyugal, resuelva el juez *“teniendo en cuenta el interés de la familia”*. Por tanto, dada la importancia capital que parece darse a este principio, sorprende, a primera vista, que no aparezca reflejado en manera alguna dentro del marco de la protección de menores. Sin embargo, ello no nos impide afirmar, pese a todo, que a la hora de precisar el concepto de *interés superior del menor*, será oportuno tener bien presente el *interés general de la familia*. Lo que nos lleva a indagar qué deberá entenderse por éste.

-Quizá pueda contestar yo mismo. Usted lo que propone es retomar la tesis de la *superioridad del interés familiar*, que tuvo en mi

compatriota Cicu a su máximo exponente, la cual tomó fuerza entre la doctrina civilística ya en el primer tercio del siglo pasado (A Cicu, 1919, pp. 106 ss.).

-Ni de lejos, estimado Bogliasco. Y le voy a explicar por qué. Como usted bien sabe, los defensores de esta postura destacaban la existencia de un valor que trascendía a los intereses individuales de los componentes del grupo familiar y que, por tanto, estaba destinado a prevalecer sobre éstos. Tal propuesta se enmarcaba dentro del ámbito de las relaciones entre el ciudadano y el Estado, las cuales se caracterizaban por la subordinación de los intereses individuales a la consecución de un *fin superior* (R. Biagi Guerini, 1989, pp. 70-71).

-Bien, pero, ¿qué consecuencias prácticas acarrea el desarrollo de esta tesis?

-En primer lugar, el identificar el interés familiar con la propia sociedad familiar, reconociendo a ésta un valor en sí misma distinto y superior a los intereses individuales propios de sus componentes. Por tanto, el Estado debía garantizar a toda costa este valor preeminente, incluso mediante el sacrificio de los derechos de cada uno de los miembros de la familia. Desde esta perspectiva, no era extraño encontrar sentencias en las que se afirmaba que la mujer debía sacrificar su derecho –considerado como un *interés meramente privado y personal*- a desarrollar una profesión extradoméstica cuando así lo requiriera el interés de la familia y, en particular, el cuidado de los hijos (Cassazione, 8 de julio de 1955, n. 2150, en *Foro italiano*, 1956, I, c. 1963). Y, en segundo lugar, si el Estado se erigía en único valedor de este interés superior, la potestad propia de los padres era asumida por aquél, quedando la de éstos reducida al ejercicio conjunto entre ambos cónyuges de una mera *función*, con un margen de discrecionalidad condicionado a la satisfacción del interés de la familia (R. Biagi Guerini, 1989, pp. 72-73).

-En este sentido, ¿esta tesis tuvieron eco en la doctrina civilística española?

-No exactamente. Es cierto que en mi país podemos encontrar reflexiones doctrinales acerca del significado y contenido del *interés superior de la familia*, tal y como éste venía formulado en el artículo 57 del Código Civil, antes de ser reformado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en dicho Código. Concretamente, este artículo preveía lo siguiente: “*El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos, y actuarán siempre en interés de la familia*”. En este sentido, Doral García definió éste como “*el interés superior en que se fundan y sacrifican los intereses de los miembros, interés de los cónyuges y de los hijos*” (J. A. Doral García,

1980, p. 37). Hay que decir que, pese a la aparente similitud con la tesis italiana antes expuesta, el *interés de la familia* que nos presenta dicho autor –aparte de entroncarse con una visión del matrimonio y de la familia bien distinta a la de civilistas como Cicu- “*transciende –pero no elimina- los intereses personales de cada cónyuge*”. Esto es, se nos presenta un interés familiar que satisface el propio interés personal de los componentes de la familia; y que es, a su vez, fuente de la personalidad de cada uno de ellos. Es, en suma, un interés que, entre otras cosas, “*permite conciliar la independencia de los cónyuges y su participación en la vida familiar y en la gestión económica*” (J. A. Doral García, 1980, pp. 9-10).

-Ahora entiendo. Su voluntad no es, por tanto, la de proponer la aplicación de la tesis expuesta en el ámbito de su Derecho de familia. Ni siquiera pretende una reformulación de ésta. El objetivo que persigue es ofrecer a la familia un papel más acorde con su carácter de institución natural, destacando las funciones estratégicas que ésta cumple en nuestra sociedad.

-Ni más ni menos, profesor Bogliasco. Rescatando una idea que antes hemos comentado, debemos partir de la premisa de que la familia viene a ser la *línea de sutura* entre la persona considerada en su individualidad y la entera sociedad. Su razón de ser estriba en el hecho de constituir –tomando una expresión de Viladrich- “*la articulación cumbre entre la persona singular y la sociedad general, cumpliendo las ingentes responsabilidades de transmisión de la vida, educación y socialización de las nuevas generaciones y de cohesión solidaria de la convivencia intergeneracional*” (P.-J. Viladrich, 1998, p. 20). Y esta visión de la familia considerada en su unidad, como grupo, nos permite construir el concepto de un *interés familiar* (del grupo) jurídicamente relevante y, por ende, capaz de orientar la solución de eventuales conflictos. Esto es, la calidad e importancia crucial de las múltiples relaciones de todo tipo que se generan dentro del contexto familiar justifican el surgimiento de ese vínculo particular que es el *interés de la familia*.

-Entonces, ¿cuál es la diferencia entre su postura y la formulación del *superior interés de la familia* que en su día desarrolló una parte de la doctrina civilística italiana?

-Muy brevemente: es la idea de *vínculo* la que marca la diferencia. Me explico. No me estoy refiriendo aquí a la existencia de un interés abstracto que trasciende de tal manera a los intereses particulares de los componentes del grupo familiar, que se superpone a éstos condicionando su legitimidad. No pretendo afirmar la existencia de diversos niveles de intereses paralelos y jerárquicamente ordenados.

No. El *interés general de la familia* implica una *comunidad de intereses*. Es una inescindible unión –o, mejor, fusión- de las voluntades de las personas que se unen para formar una familia, el medio natural primario y más idóneo –no sólo para la procreación y crianza de los hijos- sino también para el completo e integral desarrollo de la personalidad de éstos. La suma de los intereses particulares de los integrantes de la comunidad familiar dan como resultado final el *interés general* del que estamos hablando. La cantidad y la calidad del resultado final depende de la concurrencia de cada uno de los sumandos. Por tanto, dicho *resultado* nunca podrá prevalecer sobre los factores que lo conforman, ya que aquél no puede entenderse sin éstos.

-Por tanto, podemos afirmar que *el interés general de la familia* se compone de la comunidad del interés del menor y el de sus padres.

-Es más: se *identifica* con ellos. De tal forma que el interés de éstos estriba en procurar el bienestar físico, moral y espiritual de los hijos, lo cual no es sino una manifestación del común interés familiar. Por tanto, toda voluntad de los padres que no se dirige a la consecución de ese fin no podrá considerarse como manifestación del *interés* paterno.

-Lo cual nos lleva, entonces, a distinguir entre *interés* y mera *voluntad*.

-Exactamente. Es frecuente hoy día, por desgracia, escuchar o leer opiniones en las que se identifican ambos términos de tal forma que se pervierte el genuino significado y toda la riqueza del principio del *interés del menor*. Y lo peor es que ello responde no pocas veces a una utilización partidista de dicho principio, a una interpretación interesada carente de toda objetividad. Así, por ejemplo, cuando un menor (o unos menores) debe volver con sus padres tras un largo período de convivencia en el seno de otra familia, en virtud de la constitución de un acogimiento familiar, es común que alguna de las partes en litigio enarbore la bandera del interés del menor para evitar dicho retorno. Esto es, se afirma que éste ha sido vulnerado al no haberse respetado la voluntad del menor de permanecer con unos acogedores que lo han cuidado como si de su hijo se tratara. Es más, se nos quiere presentar como *peregrinas* (o, aún peor, como meros *caprichos*) las legítimas pretensiones de unos padres que tan sólo entienden que, una vez desaparecidas las causas objetivas que motivaron la constitución del acogimiento familiar, el menor –su hijo- debe volver al seno de la familia.

-Pero no me negará, profesor Jiménez-Aybar, que, en no pocas ocasiones, tal retorno puede ser realmente traumático.

-¡Por supuesto que no lo niego! Los vínculos de afecto y cariño que se establecen entre acogedores y acogidos (consecuencia lógica y

necesaria de la *plena* participación de los segundos en la vida de familia de los primeros) son tan fuertes que, en cierta manera, es *lógico* que el menor manifieste claramente su voluntad de permanecer con las personas que se han hecho cargo de él durante tan largo período. Pero, de ninguna manera la difícil situación que se ha creado puede llegar a constituir una especie de *punto de no retorno*, una alteración tan sustancial de las circunstancias de la vida del menor que justifique la modificación de las reglas preestablecidas del acogimiento familiar y, además, la absoluta y radical conculcación de los derechos y deberes inherentes a la paternidad y la filiación.

-Realmente, no es fácil encajar todas las pretensiones o posiciones en juego, sobre todo si no están orientadas en la misma dirección.

-Por supuesto, profesor Bogliasco. Al igual que se antoja imposible dirigir una orquesta en la que los músicos no interpretan la misma partitura. Por ello, la clave integradora, el principio que nos debe ayudar a identificar el interés legítimo digno de protección no es otro que el *interés general de la familia*.

-Entonces, veo que usted presenta este principio a modo de remedio universal o panacea.

-De ningún modo. No es, ni de lejos, la solución definitiva a cualquier problema que se nos plantee en el complejo entramado de las relaciones familiares. Tan sólo aspira a convertirse en el principal criterio orientador en la búsqueda del bien común, del bien del menor en cuanto ser familiar. Por tanto, aplicado al caso que nos ocupa, ayuda a ver con claridad que el interés del menor acogido es retornar al abrigo de sus padres cuando éstos están en condiciones de generar con toda normalidad *"el primer efecto de una buena familia"*, que no es otro que *"el arquetipo humano que entrega a la sociedad"*, el cual constituirá *"un tipo de ciudadano más arraigado y acompañado, menos individualista y solitario, más personalizado"* (P.-J. Viladrich, 2000, p. 84). De igual modo, la aplicación de este criterio deberá impedir que unos padres reclamen con éxito la cesación del acogimiento familiar cuando no se acredite de modo más que suficiente la desaparición de las circunstancias por las que se formalizó -bien a solicitud de aquellos, bien tras la oportuna declaración de desamparo del menor, decretada por la entidad pública competente- tal medida. ¿Lo exige el interés del menor? Sin duda. Pero, sobre todo, es la propia defensa del interés general de la familia lo que debe impedir que unos padres incapacitados para cumplir y exigir -respectivamente- los deberes y derechos inherentes a su condición, se hagan cargo de su hijo en unas circunstancias tales que sea más que previsible una inmediata desestructuración en el seno del núcleo familiar. Por tanto, en este caso nunca podrá hablarse de

intereses contrapuestos (de los padres y del menor), ya que el deseo de recuperar al menor acogido sólo podrá tener la consideración de una mera declaración de voluntad, pero en ningún caso equiparable al genuino y único interés de los padres –el bienestar material, afectivo y espiritual de su hijo-, coincidente con el interés general de la familia y, por ende, del propio menor.

-Ahora sí he comprendido a la perfección las diferencias –no precisamente de matiz- existentes entre su planteamiento y la formulación de la tesis del *interés superior de la familia* en su versión italiana de principios del siglo pasado. En este sentido, podríamos afirmar que la idea de *interés de la familia* que usted defiende, como comunidad de intereses que engloba el propio interés superior del menor, se asemeja en cierta manera al *principio di unità della famiglia* que se plasma en el artículo 29 de la Constitución italiana, el cual establece que *“la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare”*.

-Así es, profesor Bogliasco. Es este un principio que, íntimamente unido al de igualdad de los cónyuges, viene a representar la *unidad de gobierno y de dirección de la vida familiar*. Así lo ha entendido de forma reiterada la Corte constitucional italiana, la cual ve en esta *unità della famiglia*, no sólo una nota inherente y constitutiva de la propia institución familiar, sino también un aspecto necesario para su buen funcionamiento (A. Bettetini, 1996, p. 52). Y, por qué no, de la misma forma podríamos interpretar el sentido del artículo 67 del Código Civil. No sería ya el *interés de la familia* aquel que trasciende y sacrifica los intereses del grupo familiar (recuerde lo antes dicho en relación al artículo 57 del Código Civil, antes de la reforma de 1981), sino *un objetivo común a cuya consecución están vinculados, jurídica y éticamente, todos los miembros de la familia, sin perder éstos por ello su propia dimensión individual* (A. Bettetini, 1996, pp. 74-75). En él sólo cabe, por tanto, todo aquello que, además de contribuir a mantener unida la familia, facilita el desarrollo de la cultura, de las cualidades personales de sus miembros y, cómo no, del patrimonio de éstos (J. L. Lacruz Berdejo / F. Sancho Rebullida, 1982, pp. 105 ss.). Aquí es donde cobra verdadero sentido el principio del interés del menor, como parte integrante de ese *objetivo común*, como realización del interés general de la familia. Y en este contexto es donde encontraremos, además, el criterio de interpretación que se precisa para delimitar en cada caso concreto qué es más conveniente al interés de un menor acogido.

-Esto nos lleva, estimado Jiménez-Aybar, a repensar el propio lugar que ocupa el menor dentro de la familia, y, en general, dentro de la sociedad.

-Y también dentro del ordenamiento jurídico de los distintos países, no lo olvide.

-Desde luego; pero esto, si le parece, lo abordaremos en otra ocasión.

-¿Quizá en el "Congreso General de la Familia" que se celebrará en Pamplona, en mayo de este mismo año?

-Cuenta con ello.

-Nos veremos en Pamplona, entonces. Buen viaje.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

ALONSO PÉREZ, M, *La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras*, en "Actualidad Civil", 1997-1.

BERNUZ BENEITEZ, M^a. J., *El derecho del niño a ser oído*, en M. CALVO GARCÍA y N. FERNÁNDEZ SOLA (coord.), "Los derechos de la infancia y de la adolescencia", Zaragoza, 2000.

BETTETINI, A, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 1996.

BIAGI GUERINI, R., *Famiglia e Costituzione*, Milán, 1989.

CAPARRÓS CIVERA, N. / JIMÉNEZ-AYBAR, I., *El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales*, Madrid 2001.

CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Acogimiento familiar 'versus' paternidad. El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental*, en "La Ley", n^o 5189, 22 noviembre 2000.

CICU, A., *Diritto di famiglia*, Roma, 1919.

DENARO, M^a. T., *Diritti dei minori e libertà religiosa*, en "Il Diritto ecclesiastico", II (2000).

DORAL GARCÍA, J. A., *Principios de Derecho de familia*, Granada, 1980.

- FELIÚ REY, M.-I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, Madrid, 1989.
- JIMÉNEZ-AYBAR, I., *Pasado, Presente y Futuro de la Protección de los menores en Aragón*, Zaragoza, 1998.
- JIMÉNEZ-AYBAR, I. / N. CAPARRÓS CIVERA, *El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales*, Madrid 2001.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. / SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de familia (conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*, Barcelona, 1982.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. A., *La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero*, en "Actualidad Civil", 1999-4.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., *Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*, en "Revista General de Derecho", nº 621.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid 2000.
- VARGAS CABRERA, B., *El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor*, en M. A. Pérez Álvarez (dir.), "La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor" (Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi), La Coruña, 1999.
- VILADRICH, P.-J., *La Familia. Documento 40' ONG's*, Pamplona, 1998.
- La palabra de la mujer*, Pamplona, 2000.
- La familia soberana*, en "IUS CANONICUM", vol. XXXIV, nº 68, 1994.