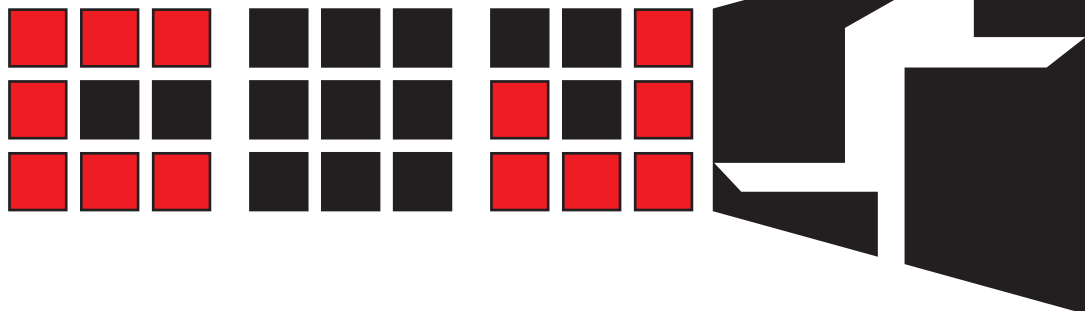


Claves de la Jurisprudencia



# EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: CLAVES JURISPRUDENCIALES

**Eugenio Pizarro Moreno**

*Doctor en Derecho civil e Internacional Privado  
Prof. Titular UPO*

*Prólogo*

**Francisco Rivero Hernández**

*Catedrático de Derecho civil UAB*

**REUS**  
EDITORIAL



# COLECCIÓN CLAVES DE LA JURISPRUDENCIA

## TÍTULOS PUBLICADOS

- Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia**, *Luis Felipe Ragel Sánchez* (2003).
- Los títulos nobiliarios en la jurisprudencia**, *Vanessa Eugenia Gil Rodríguez de Clara* (2006).
- El contrato de obra en la jurisprudencia**, *Jorge Ortega Doménech* (2007).
- El estatuto administrativo de los extranjeros en España en clave judicial**, *David Ordóñez Solís* (2008).
- La responsabilidad contable de los gestores públicos y de los perceptores de subvenciones en la jurisprudencia**, *Luis Vacas García-Alós* (2009).
- Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia**, *José Ramón Chaves García* (2009).
- Alimentos y auxilios necesarios para la vida**, *Carlos Rogel Vide* (2012).
- Los tanteos y retractos legales a la luz de la reciente doctrina jurisprudencial**, *Carlos Manuel Díez Soto* (2017).
- Estudio sistemático de la Jurisprudencia Militar. Resumen de los primeros treinta años de jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (1988-2017)**, *Luis Vacas García-Alós* (2018).
- Las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores a la luz del derecho y la jurisprudencia comunitaria y española**, *Pablo Amat Llombart* (2018).
- Justicia constitucional y secesión. El caso del proceso soberanista catalán**, *Josu de Miguel Bárcena* (2019).
- Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja**, *Inmaculada García Presas* (2019).
- Cláusula *rebus sic stantibus* e interpretación de los contratos: ¿y si viene otra crisis?**, *Isabel Espín Alba* (2020).
- El régimen económico matrimonial en el Derecho común**, *Manuel Rivera Fernández* (2020).
- El interés superior del menor: claves jurisprudenciales**, *Eugenio Pizarro Moreno* (2020).

COLECCIÓN CLAVES DE LA JURISPRUDENCIA

Director

**RAFAEL COLINA GAREA**

Catedrático de Derecho civil

Universidad de La Coruña

---

**EL INTERÉS SUPERIOR  
DEL MENOR:  
CLAVES JURISPRUDENCIALES**

**Eugenio Pizarro Moreno**

*Doctor en Derecho civil e Internacional Privado*

*Prof. Titular UPO*

Prólogo

**Francisco Rivero Hernández**

*Catedrático de Derecho civil UAB*

**REUS**  
EDITORIAL

Madrid, 2020

PROYECTO I+D+I: «La construcción del interés superior del menor desde una perspectiva jurídica y psicosocial. Hacia una visión integradora a la luz de la Ley Orgánica 8/2105».

Referencia: DER2017-88049-P.

Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación (I+D+I) 2013-2016. Convocatoria 2017. Ministerio de Educación y Ciencia.

IP: Laura López de la Cruz – José Antonio Sánchez Medina.

© Editorial Reus, S. A.  
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid  
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54  
Fax: (34) 91 445 11 26  
reus@editorialreus.es  
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2020)  
ISBN: 978-84-290-2371-8  
Depósito Legal: M 27973-2020  
Diseño de portada: María Lapor  
Impreso en España  
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.  
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

*Si mal no recuerdo, la infancia consistía en tener ganas de aquello que no se podía conseguir.*

*(Audur Ava Ólafsdóttir)*

*(A León Werth). Pido perdón a los niños por haber dedicado este libro a una persona grande. Tengo una seria excusa: esta persona grande es el mejor amigo que tengo en el mundo. Tengo otra excusa: esta persona grande puede comprender todo; incluso los libros para niños. Tengo una tercera excusa: esta persona grande vive en..., donde tiene hambre y frío. Tiene verdadera necesidad de consuelo. Si todas estas excusas no fueran suficientes, quiero dedicar este libro al niño que esta persona grande fue en otro tiempo. Todas las personas grandes han sido niños antes. (Pero pocas lo recuerdan.) Corrijo, pues, mi dedicatoria:*

*A León Werth, cuando era niño).*

*El Principito, Antoine de Saint-Exupéry*

*A mis niñas, Julia y Claudia, mis menores que serán mis mayores.*

*A todos los niños que conozco, y que no conozco.*

*A mis padres.*



## AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar un agradecimiento personal y sincero a dos personas. Lo hago teniendo en cuenta que, como dice uno de mis poetas de cabecera, «la lengua en corazón tengo bañada».

Estas personas son dos juristas inconmensurables: el primero, por su condición de jurista pujante e incisivo, que se atreve con casi todo, lo que llamaríamos hoy día un civilista total y, sin embargo, con la humildad y generosidad suficientes como para confiar y alentar a quienes nos consideramos aprendices suyos, además de amigos. Muchas gracias al profesor Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA.

Por otro lado, no puedo ocultar la alegría que me ha producido que el insigne jurista don Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, uno de los pocos autores que ha sabido crear un clásico dentro de la difícil literatura jurídica nacional e internacional, haya accedido a prologar esta elemental monografía; su libro sobre el interés superior del menor se ha colocado, por mérito propio, en el auténtico panteón de los doctores de la ciencia del Derecho.

A ambos les muestro mi gratitud eterna, y, por encima de todo, el reconocimiento de un humilde discípulo. Salud.





## PRÓLOGO

Sólo por deferencia del autor, que me ha sugerido prologar este libro, puede justificarse mi presencia en este lugar privilegiado, encabezándolo; petición que me halaga, tanto por venir de un civilista ya maduro como por el tema que trata, que me es especialmente caro desde hace tiempo.

Un prólogo clásico —tarea de larga tradición académica— requiere relacionar al autor con la obra prologada. En este caso es muy poco lo que yo puedo decir del primero, Eugenio PIZARRRO MORENO, a quien no conozco personalmente, aunque sí por alguno de sus trabajos —recientemente he tenido ocasión de leer y contrastar su opinión y citarlo en uno mío sobre materia muy distinta (derechos de uso y habitación)—. Por otro lado hay datos personales y académicos suyos suficientes en la «semblanza del autor» que aparecerá en la contraportada del libro, de los que he podido intuir, y verá el lector, su formación amplia y rigurosa. Por ello, y porque quiero despojar estas breves páginas de todo lo que pueda tener de acto protocolario y compromiso social, centraré mi atención en el trabajo que aquí publica —la mejor carta de presentación de un autor—.

Creo innecesario hacer un comentario más o menos amplio del mismo porque no lo precisa y porque no quiero hurtar al futuro lector el encanto de ir descubriendo las expectativas que ofrece y directamente cada uno de sus capítulos. La función del prólogo es, en mi opinión, eminentemente la de presentar al mundo académico y eventuales destinatarios la obra prologada, no su estudio crítico,

por más que la presentación difícilmente puede ser aséptica, y en ella habrá siempre implícita una inconsciente o subconsciente posición del prologuista respecto del autor.

Pienso desde hace tiempo que, en general, el valor fundamental de una obra reside casi siempre no tanto en la información que proporciona —aunque también— cuanto en las cuestiones nuevas que plantea, las reflexiones que sugiere, las preguntas que propone o provoca que se las haga el lector. Pues bien: es este aspecto uno de los activos más interesantes del libro del doctor Pizarro Moreno, en el que no sólo «dice cosas» sino que a su lado aparecen interrogantes que sugiere directa o indirectamente —porque el interés del menor da para muchos, de distinto tipo y nivel jurídico—; hace cuestión de sus propias dudas, que deja convertidas en problemas que se y nos plantea, lo que es más sano e intelectualmente valioso que construir a golpe de afirmaciones, tan arriesgado en el mundo del Derecho y más en el terreno que nos ocupa, cargado de componentes personales, humanas. Ahí están, por ejemplo, sus consideraciones relativas a la audiencia del menor y el conflicto con su propia intimidad, en riesgo; o la participación de los progenitores en la determinación del interés de aquel, enfrentado (siquiera sea en lo personal y afectivo) al de ellos mismos; el interés del menor en los reconocimientos de complacencia, o los problemas de la guarda compartida respecto del menor, etc.

He dicho poco ha que el autor «dice cosas». Ciertamente, y cosas interesantes: primero, por contraste con tantos trabajos que pululan por ahí sobre el interés del menor con menos sustancia que extensión expositiva; luego, porque analiza algunas cuestiones sin pretensiones de novedad, lo que es más valioso en tanto que la originalidad no debe ser para el jurista la principal regla de valoración. Sin más comentario, que estimo improcedente, no puedo eludir el apuntar al menos las cuestiones que me han llamado la atención por distintos motivos: la nueva jurisprudencia (a partir sobre todo de 2010) sobre el interés del menor en relación con la guarda compartida, la relación de los alimentos con el modelo educacional del menor en el mismo plano, los problemas de la maternidad subrogada respecto del ser que nazca y su interés, la importancia de los mecanismos procesales en la determinación de ese interés —en particular del recurso de casación (tras las últimas reformas legales)—,

la relevancia del *favor minoris* en la determinación de la filiación, con múltiples proyecciones: en la aprobación del reconocimiento ordinario, en los reconocimientos de complacencia (mundo proceloso donde los haya, cuya abierta consideración jurisprudencial creo que no ha acabado de evolucionar, no obstante la sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS de 15 julio 2016); el estudio detenido de ésta, con sus meandros y sus solemnes afirmaciones cuasidogmáticas; y varias cuestiones más.

He visto con satisfacción cómo nuestro autor relaciona el interés del menor con su proyección vital hacia el futuro (el niño es ante todo futuro) y con el libre desarrollo de su personalidad, perspectiva fundamental e inevitable (razones humanas, antes que exigencia de textos legales internacionales); cómo el *best interest of the child* apenas es en no pocos casos la alternativa menos mala de las que la vida y circunstancias concretas ofrecen al niño. Comparto su opinión en cuanto que el interés del menor no tiene carácter absoluto, y le es aplicable el principio de proporcionalidad (adecuado a tan delicada materia). Pero he de decir al mismo tiempo, a fuer de objetivo que pretendo ser como prologuista, que echo de menos un estudio más detenido de la participación del propio menor en la determinación de su interés (casos concretos, límites: ¿a qué edad puede comenzar un menor a gestionar su propio interés?), su relación con ciertos «derechos de geometría variable» (derecho de visita, sobre todo), y en materia religiosa (se bautiza o se circuncida al niño, sobre lo que discuten sus padres y debe decidir un juez: ¿cuál es o dónde está su interés?) y en la formación integral del menor (¿enseñanza laica o en centro religioso?). La mera alusión esporádica y de paso que hace a algunas de esas cuestiones me parece insuficiente, dada su gran importancia.

Con ser interesante y digno de atención todo cuanto antecede, me parece más importante destacar cómo aborda y estudia el profesor Pizarro las cuestiones objeto del libro prologado —en el fondo, subyacente, la perspectiva metodológica de su trabajo—, donde encuentro su principal acierto. Como enseguida se verá, ha optado por un planteamiento metodológico de carácter eminentemente problemático (el conflicto humano), más que conceptual. Ha partido de la contemplación del fenómeno jurídico que estudia en su rica presentación pluridimensional, y lo contrasta con casos y

sentencias de tribunales que enriquecen la obra y dan vida y tensión a lo estricta y fríamente normativo.

En el estudio de cualquier fenómeno jurídico son posibles varias perspectivas, de las que la más indicada y eficiente será la adecuada a la materia (naturaleza, contenido, efectos) y conflicto de que se trate. No hace excepción nuestro caso, en el que la realidad social básica del mismo, tan cargado de componentes vitales y humanos, tienen particular relevancia los hechos concretos (edad, salud del menor, personalidad y otras circunstancias de sus padres) que definen su propia complejidad. Y como la perspectiva de aquél que interesa aquí es finalista —el interés del menor implicado en él—, no importa tanto su consideración estática, estructural, sino la funcional y conflictiva. Porque el interés del menor se inserta en la realidad social y jurídica prácticamente siempre en situaciones conflictivas, sea directamente del propio menor o las más de las veces en conflictos ajenos (separación de sus padres, guarda compartida, ejercicio de la patria potestad, reconocimientos de complacencia, etc.).

Pues bien: ahí está el acierto de nuestro autor, que ha abordado las múltiples formas de presentación conflictiva del interés del menor en otros tantos casos de la vida real a través de sentencias del TS, en una rica jurisprudencia. Ha optado, así, como anticipé, por un estudio y plan metodológico de carácter eminentemente tópico, problemático, en lugar del conceptual al uso. Ha partido de la contemplación del fenómeno jurídico en su rica manifestación pluridimensional, En ese contexto y con esa perspectiva analiza Pizarro Moreno con rigor y detenimiento la patología del caso que estudia; describe y explica con frecuencia los datos que lo particularizan; y justifica o critica razonadamente la solución que los tribunales le dieron. En general el autor es consciente de que la solución del problema sólo puede provenir de la correcta ubicación (jurídica) y valoración de las muchas piezas que componen el puzle concreto enjuiciado.

Por otro lado —dato importante también—, cumplen nuestro autor y su obra con esa regla fundamental de la actividad intelectual: que todo trabajo de investigación debe ser valorativo y crítico, no mera exposición aséptica y acrítica de materiales normativos, jurisprudenciales y doctrinales, aun valiosos —mal demasiado frecuente por estos pagos—.

No está exento, sin duda, el libro que comento de ser discutible alguna de las posiciones o afirmaciones del autor. Ello es perfectamente natural. Como en todo trabajo científico y en materia opinable, y más en el ámbito jurídico, donde no existe la *verdad* ni hay patente de certeza, tiene cabida toda idea seria y razonable aun a riesgo de equivocada —ya se discutirá luego—, y sólo cabe exigir al estudioso una exposición inteligible y una defensa razonada de sus tesis, que no faltan en nuestro caso.

Creo que, con independencia del acierto o error —a veces, aleatorio—, y la oportunidad o no en la elección de los temas estudiados o las sugerencias y críticas que hace, se cumplen holgadamente en este libro tales requisitos y no puede negarse al Dr. Pizarro Moreno la seriedad de su investigación, la racionalidad de su argumentación y buen sentido jurídico y la sensatez de las conclusiones que propone. Todo ello, y otros valores que el lector irá descubriendo a medida que se adentre en los capítulos y problemas abordados, añaden interés al libro que me honro en prologar.

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ



## INTRODUCCIÓN

El prefacio del imponente libro escrito (2ª edición, enero de 2007) por el profesor RIVERO HERNÁNDEZ<sup>1</sup> contiene manifestaciones que pueden ser dichas con mayor o menor énfasis, pero no con más claridad: en el interés del menor, en su acepción más trascendente —entendido en su propia entidad, y en cuanto criterio instrumental para resolver otros problemas—, incluso desde una estricta óptica jurídica, hay también importantes componentes no racionales (pre-juicios, sentimientos, sobre todo) que el Derecho, en general, no suele tomar en consideración —así, en cuanto al matrimonio, no le interesa que los que se casan se amen, ni para el ejercicio de la patria potestad que el padre o la madre quieran a su hijo—, y que, sin embargo, aquí, en lo que afecta al interés del menor, son fundamentales, e imprescindible tomarlos en conside-

---

<sup>1</sup> A pesar de la temporaneidad de la publicación del profesor RIVERO HERNÁNDEZ y de las profundas reformas legislativas que ha soportado el régimen de la infancia y de la adolescencia, esta monografía sigue y seguirá siendo el referente. Por dos razones: primero, porque identifica (el arte de resolver los problemas científicos es el arte de delimitarlos), perfila y resuelve a la perfección el debate en sus justos términos, sin dejar de tratar ningún aspecto relevante o tangencial; segundo, porque precisamente al abordar el contenido del principio de interés superior del menor como un concepto abstracto que ha de materializarse, ha otorgado al trabajo un valor añadido que trasciende las posibles reformas; acaso sea el sesgo filosófico del libro lo que le permite y permitirá deambular constantemente por los trabajos de investigación que se desarrollen, situándolo de forma indefectiblemente merecida en el ara de los clásicos en la materia.



ración si se pretende que el Derecho auténtico, la solución jurídica al problema individual o al conflicto social, tenga un mínimo de humanidad y de justicia.

Por seguir con una frase casi lapidaria de RIVERO, hay que tener en cuenta que el llamado interés del menor, contemplado por adultos instalados en sus propias ciudadelas (ideología, creencias y demás), va a ser decidido, a la hora de la verdad (su determinación *in concreto*), por éstos últimos desde esa perspectiva y parámetros vitales sin la seguridad y garantía suficientes, para la sociedad y para el menor, de atender a lo que realmente necesita o conviene al niño.

Por lo demás, toda la doctrina<sup>2</sup> recalca la condición de indeterminado del principio; sin embargo, no estoy totalmente convencido de que cuando se habla de esa indeterminación, lo que suele ocultarse a los ojos del investigador sea, por mejor decir, su carácter cinético: es decir, más que de indeterminación del principio de interés superior del menor habría que hablar de su carácter mutable, cambiante, ajustable a los cambios sociales que supone la propia realidad de la transformación de la familia<sup>3</sup>. Esa imposibili-

---

<sup>2</sup> Que concretamos aquí en el propio RIVERO y en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2014): *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*.\*

\* He de hacer una importante aclaración: cuando comenzaba a desarrollar las líneas directrices de este libro, yo desconocía la existencia del trabajo de la profesora GUILARTE. Ha sido curioso, para quien escribe, descubrir cómo dos profesores de universidades distintas (Valencia y Sevilla, Pablo de Olavide), han tenido la misma y práctica ocurrencia, que puede resumirse en apenas una frase: buscar un texto útil para conocer de qué manera se está concretando un principio con tanta enjundia como el del interés superior del menor en el proceloso mundo de las transformaciones de la familia (por influencia de mi maestra, la profesora ROSARIO VALPUESTA —*vid. La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, prácticamente su última obra escrita no colectiva, publicada en 2012—, no hablaré de familias reconstituidas, rehechas, etc. Bien estoy convencido de que la familia, en sentido amplio, como la energía, ni se crea ni se destruye...

<sup>3</sup> Para ello, es muy provechoso leer a ROCA TRÍAS, E. (1999): *Familia y cambio social (de la casa a la «persona»)*. Madrid.

Muy interesantes son también las aportaciones de RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia (2016): «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.3/2016, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

dad de caracterizarlo, de concretarlo, de definirlo en su acepción más etimológica, es producto, más que de su dificultad intrínseca, de una sociedad en evolución expuesta y que pretende equilibrarse en familias transformadas<sup>4</sup>.

Hay que partir de una base que no admite dudas en la propia naturaleza de las cosas; no se puede ser principio general del derecho y concepto jurídico determinado. Ambas realidades son, por definición, incompatibles. Pura tautología jurídica.

Mas no podemos caer en la banalización de una simple teoría general sobre el interés del menor; como principio y derecho ejercitable que es, el interés del menor se hace visible, patente, en su descenso y concreción al caso concreto. Como dice RIVERO, «hablar de interés del menor en general, en abstracto, es demasiado expuesto a caer en una vana teorización (más grave si es jurídica), lindante con la simple especulación intelectual. En esta materia, por su propia naturaleza y presentación fáctica, no hay prácticamente estudios sociológicos o estadísticos que avalen las afirmaciones o sugerencias que he hecho —apenas cito una estadística, británica, relativa a una encuesta entre *teenagers* y su deseo de ser oídos en los asuntos que les afectan—. Hay, en cambio, muchos asuntos judiciales relativos a cuestiones importantes en que resultó directamente implicado el interés de algún menor, y en atención al mismo decidieron los tribunales. He tenido ocasión de traer aquí y estudiar algunas resoluciones judiciales, españolas y extranjeras (no muchas, pero creo que sí relevantes), que me han aproximado (y a quienes las lean) a una realidad vivida muy interesante, que suplen otras formas de conocerla a falta de una más directa...».

Por ello quizá sea oportuno, en esta monografía, deslindar lo que el estudiante o el investigador no va a encontrar: y es, en definitiva, que no se trata de hacer un recorrido histórico sobre la institución (creo que ese trabajo está concienzudamente hecho; todo lo más que haremos, será revisitarlo, conscientes como somos de que los conceptos viven en la Historia); y, por consecuencia, tampoco

---

<sup>4</sup> Sobre este y otros aspectos, BELLOSO MARTÍN, N. (2017): «La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿ idoneidad? de la mediación familiar», en *Universidad de Alcalá, Facultad de Derecho*, X (2017) 1-42.

pretende llegar a la construcción de una teoría que contribuya a la hermética de una expresión tan escurridiza. Dejó escrito CARBONNIER, en resumidas cuentas y en traducción libre, que se trata de una noción mágica que está o no en la ley, pero cuya concreción haría superfluas todas las concepciones del Derecho de familia (insisto; se trata de una traducción, quizá, demasiado ligera) y que es campo abonado para el arbitrio judicial (esto parece decirlo el autor francés con bastante contundencia). Y a lo que nuestro trabajo interesa es, precisamente, esta última afirmación; en el sentido de que vamos a pretender analizar cómo se concreta esa expresión en los distintos supuestos fácticos y, por tanto, jurisprudenciales a los que se aplica. Entiendo que debe ser así.

En otro orden de cosas, puede ser —como ensayo técnico/jurídico— de una dificultad técnica considerable confeccionar un bloque argumental que conduzca a la declaración de que estamos ante un derecho fundamental: en Italia, donde los derechos de la personalidad y su protección se han visto fuertemente impulsados por vía doctrinal, puede que se haya llegado a alcanzar tal consideración (también existe en nuestra jurisprudencia del Alto Tribunal algún intento de aproximación en ese sentido). En España, se habla de garantía institucional para remarcar la intangibilidad del principio (no tanto quizá del interés superior del menor como de la protección integral de la infancia). Lo que parece indiscutible es que, a nuestro objetivo, importa —y mucho— cuál sea la configuración constitucional del principio de interés superior del menor, en la medida en que dicho régimen influirá tanto en la doctrina jurisprudencial que establezcan el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, y en la aplicación que hagan los Juzgados y Tribunales de instancia. Pero no nos llamemos a engaño; la queja sobre la falta de concreción es tan universal como la existencia del interés mismo. Es sin duda aquí donde encuentra sentido la elaboración de esta monografía, cuyo objetivo indeclinable es identificar y analizar la aplicación de ese principio (antes, estándar jurídico) en la tosca jurisprudencia del Derecho de familia.

En cualquier caso, ahondaremos en esta opción, pues, como recoge recurrentemente la profesora VALPUESTA FERNÁNDEZ<sup>5</sup>,

---

<sup>5</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (2006): «La protección constitucional de la familia», en *Revista de Derecho*, nº 5, UASB-Ecuador, Quito, foro-pág. 134.

el punto de encuentro entre familia y Derecho, que en la formación de los Estados liberales se radicó en los Códigos civiles, hay que buscarlo en la actualidad en los distintos textos constitucionales. Pero no sólo en este ámbito; tiene razón GUILARTE<sup>6</sup> MARTÍN-CALLERO cuando habla de una auténtica eclosión del interés superior del menor como principio rector de todas las actuaciones familiares, administrativas (léase también, normativa) y judiciales.

Por fijarnos solo ahora en cuestiones de tratamiento constitucional del principio, dice NICASIO JARAMILLO<sup>7</sup> que su dimensión constitucional ha sido asimismo objeto de análisis por el Tribunal Constitucional. Así, la ponderación de los intereses de los menores respecto de los de sus progenitores en materia de libertad religiosa, se analiza en la STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000 entendiendo el Tribunal que las libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE). Por su parte la STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012 reitera que cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2) reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el art. 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos.

Dada su reciente aparición e importancia, conviene, aunque sea en el seno de esta introducción, hacer referencia a tres documentos trascendentales y que se han reportado en fechas muy cercanas a las actuales (con excepción del primero, que es un poco más atrás en el tiempo: 2016). Con solo esta triada de informes que podemos calificar de *soft law*, en la medida en que contienen

---

<sup>6</sup> *Op. cit.*, págs. 13, *in fine*, y 14.

<sup>7</sup> NICASIO JARAMILLO, I. (2015): *El interés del menor como fundamento de la modificación de medidas adoptadas en el procedimiento matrimonial*, tesina de investigación para la obtención de la suficiencia investigadora; manejada por cortesía de la autora.

Para una profundización en el análisis por esta vía, conviene tener presente a RODRÍGUEZ GARCÍA, A., MAYORGA FERNÁNDEZ, M. J. y MADRID VIVAR, D.: *Los menores en un Estado de Derecho*, ed. Dykinson, Madrid, 2011.

criterios, normas, guías o principios orientadores, podría hacerse una monografía como la que ahora abordamos sin temor a dejarnos ninguna matización en el tintero.

El primero de ellos, que he encontrado únicamente en inglés o francés, se llama *The best interest of the child — A dialogue between theory and practice*<sup>8</sup>, y fue editado por el Consejo de Europa en marzo de 2016. Dado que los dos que siguen van a merecer una glosa diferenciada en función del contenido que estemos abordando, nos detenemos, de forma breve, en este documento, pues aborda el principio de interés superior del menor desde la doble perspectiva teórica y práctica, por un lado, y comparada, por otro<sup>9</sup>. Recoge una serie de estudios particulares de diferentes autores sobre cuestiones relacionadas con el interés de los menores, y se divide en 4 Capítulos y una serie de Apéndices.

El Capítulo I, bajo el título, «El concepto de mejor interés del menor: reflexiones generales», aborda diversos aspectos en la concepción jurídica y psicopedagógica del principio, en su posible condición de derecho humano o fundamental, en el derecho a ser oídos y en el conflicto de intereses que puede generarse con otros derechos-deberes.

El Capítulo II, que lleva por título, «Evaluación, determinación y monitorización del mejor interés», se analizan, bajo el prisma de diferentes artículos de investigación, los resultados que hasta la fecha estaban ofreciendo algunas decisiones planteadas en los juzgados y tribunales, y en contextos determinados —menores refugiados—.

El Capítulo III, titulado, «El mejor interés del menor en diferentes entornos» se encarga de recoger diferentes informes, reportes, análisis, etc., sobre la concreción del principio en los trabajos del propio Consejo de Europa, de la Unión Europea y de otros organismos o entidades que, a la postre, trabajan con casos o asuntos —*cases*, en la terminología anglosajona— que involucran la aplicación del principio.

---

<sup>8</sup> Del que no se encuentran muchas reseñas doctrinales, por desgracia.

<sup>9</sup> Sigue el modelo paradigmático que ya había fijado el documento del Consejo de Europa sobre el principio del interés superior del menor y su diálogo teórico-práctico.

El Capítulo IV, bajo la rúbrica «Mejores intereses de los menores en asuntos de familia», es, quizá, el más simétrico al trabajo que nosotros vamos a abordar, pues estudia el principio como norma de aplicación en todos los avatares que rodean a las crisis conyugales, y a los fenómenos asociados a ella: adopción, separaciones y divorcios, patria potestad, etc.

Por último, se contienen tres apéndices con diversas intervenciones —en forma de *speeches*, conferencias, alocuciones, etc.— que personajes de relevancia (jueces, ministros, representantes políticos de instituciones de menores, etc.) han realizado en su contribución para concretar y conformar el diálogo teórico-práctico que ofrece la concreción del interés superior —o «mejor interés», en el ideario anglosajón: volveremos sobre este asunto lingüístico de gran importancia—.

El segundo es una Circular de la Fiscalía 1/2020 de 3 de enero sobre el recurso de casación en general, de la que iremos dando buena cuenta a medida que la temática tratada lo vaya requiriendo.

El tercero, y último, es una *Guía de Criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*<sup>10</sup>, publicada muy recientemente también, el 25 de junio de 2020, y que contiene una serie de breves monográficos teóricos y prácticos sobre todas las circunstancias y avatares que rodean a la decisión de establecer, vía convenio o vía judicial, un régimen de guarda y custodia compartidas.

Entremos, pues, en materia.

---

<sup>10</sup> Este trabajo es tan extenso que, por sí solo, requeriría un estudio pormenorizado de los temas que aborda. Claro que este enfoque desvirtuaría por completo nuestro monográfico, por dos razones: la primera, porque está pensado exclusivamente para la custodia compartida en todos sus aspectos (jurídicos, conductuales, psicodinámicos, jurisprudenciales, etc.); la segunda razón tiene que ver con que, de hecho, se trata de una obra colectiva en la que participan, al menos, siete autores de la talla de los magistrados José Antonio SEIJAS QUINTANA, Margarita PÉREZ-SALAZAR RESANO, Pascual ORTUÑO MUÑOZ y María Teresa GONZALO RODRÍGUEZ, además de catedráticos, abogados, fiscales, educadores y psicólogos. Hemos optado, en tal caso, por seguir una dinámica de cita y glosa similar a la que hemos llevado a cabo con el documento de la Fiscalía.



# ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	7
PRÓLOGO.....	9
INTRODUCCIÓN .....	15
CAPÍTULO I. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA DENOMINACIÓN ERRÓNEA: EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	23
CAPÍTULO II. CONCRECIÓN LEGISLATIVA Y DOGMÁTICA.....	35
1. Breve <i>excursus</i> : aspectos procesales, recurribles, y reciente remodelación del recurso de casación. ....	35
1.1. El interés del menor y el recurso de casación .....	46
1.2. Motivos de recurso de casación.....	46
1.3. Puntos de conexión con el principio de interés superior del menor .....	47
1.4. El interés del menor y el recurso extraordinario por infrac- ción procesal .....	51
1.4.1. Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.....	51
1.4.2. Puntos de conexión con el principio de interés supe- rior del menor .....	51
2. Análisis legislativo y dogmático del concepto. Glosa del art. 2 LO 8/2015. La determinación objetiva del principio .....	53
2.1. El estándar jurídico = principio general, en la doctrina ..	61
2.2. Evaluación y determinación.....	64
2.3. La determinación subjetiva del principio.....	66



3. Panel de reparto.....	71
3.1. Participación de los progenitores en la determinación....	71
3.2. Participación de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal.....	75
3.3. Instituciones comprometidas .....	79
4. El derecho del menor a ser oído... y a no ser oído; exploración e intimidad, conflicto de intereses e intereses en conflicto ....	82
<b>CAPÍTULO III. SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES.....</b>	<b>91</b>
<b>BLOQUE 1.– Guarda y custodia tras la crisis familiar: el principio de interés superior del menor en supuestos de atribución de la guarda y custodia compartidas..</b>	<b>94</b>
1. Criterios para la atribución de la guarda y custodia compartidas .....	100
2. Matizaciones jurisprudenciales al régimen estandarizado.	109
3. La modificación de medidas (provisionales o definitivas) y la concreción del interés superior del menor en la custodia compartida .....	115
<b>BLOQUE 2.– Custodia, compartida y régimen alimenticio de los menores: la función económica en la concreción de un modelo educacional.....</b>	<b>119</b>
<b>BLOQUE 3.– La filiación: <i>favor filii</i>, <i>cura minoris</i>.....</b>	<b>133</b>
1. Caso Primero: reconocimiento de complacencia.....	137
1.A. Hechos e íter procedimental.....	137
1.B. Motivos de casación.....	142
1.C. La intervención del Ministerio Fiscal en la concreción del interés del menor en los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad.....	143
1.D. <i>Stare decisis</i> .....	144
2. Caso segundo: aquilatación de la doctrina jurisprudencial en el reconocimiento de complacencia .....	155
2.A. Íter fáctico y judicial en instancia .....	155
2.B. La sombra de la fundamentación jurídica es alargada... ..	160
2.C. Doctrina jurisprudencial consolidada .....	164
2.D. Conclusiones supremas, y más doctrina jurisprudencial fijada .....	168
3. Caso Tercero: filiación, apellidos y orden .....	173
<b>BLOQUE 4.– Enfermedad mental y tratamiento de la incapacidad: internamiento involuntario del menor por razón de trastorno psíquico, atendiendo a su interés superior.....</b>	<b>174</b>

---

BLOQUE 5.– Un mal incesante: la violencia de género y su influencia (jurídica) en el régimen de los deberes inherentes a la patria potestad .....	181
5.1. Fichas jurisprudenciales .....	187
BLOQUE 6.– Interés del menor y relaciones de hecho .....	189
BLOQUE 7.– La patria potestad sujeta al interés superior del menor.....	192
BLOQUE 8.– Uso de la vivienda en interés del menor.....	194
BLOQUE 9.– <i>Alieni iuris adoptio</i> .....	210
BLOQUE 10.– Vigencia de la (maternidad subrogada) gestación por sustitución .....	212
10.1. El dilema ético fundamental .....	213
10.2. La gestación por sustitución, en su propia encrucijada...	215
10.3. Actualidad jurídica y vector de incidencia .....	221
CAPÍTULO IV: HIJUELA. NUEVOS ACTORES EN LA CONCRECIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: EL NOTARIO Y EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	225
CAPÍTULO V. EPÍLOGO .....	231
JURISPRUDENCIA.....	233
BIBLIOGRAFÍA (CITADA Y/O LEÍDA) .....	237



El clásico principio, convertido en realidad y norma, del interés superior del menor precisaba un trabajo de investigación que multiplicara su funcionalidad teórica a partir de los supuestos que, de facto, se dan en la práctica jurisprudencial. Es ésta una monografía útil tanto para el investigador —que encontrará en ella una elaborada confección del principio y la norma—, como para el jurista en ejercicio, que encontrará en ella la resolución de los enfoques prácticos que la realidad plantea.

Eugenio Pizarro es licenciado en Derecho por la Universidad de Cádiz, 1990-1995, y doctor en Derecho civil e Internacional Privado por la Universidad de Sevilla, bajo la sabia ascendencia de su maestro, el profesor Dr. D. Ángel M. López y López.

Acreditado como profesor titular por la Aneca, ha sido Secretario General para la Justicia, y desde el año 2008 se centra en su labor universitaria: ha realizado trabajos de investigación que abarcan, principalmente, tres ámbitos: la propiedad intelectual (materia en la que se doctoró cum laude), las ADRs (con particular incidencia en la mediación y en el arbitraje), derecho a la intimidad (sobre la que prepara una traducción al clásico de S. Warren y L. Brandeis, además de una monografía) y en Derecho de familia (consecuencias jurídico-civiles de la ruptura, incapacidad, interés superior del menor, etc.).

Ha realizado numerosas estancias de investigación y docencia en el extranjero (Florencia, Cambridge, Bolonia, Lisboa, Miami, Chambéry), de las que cabe destacar su faceta como ponente en la Université Savoie-Mont Blanc, France, y como profesor invitado en la School of Business Administration, Faculty of Law, Miami, EE. UU.

De forma reciente, ha publicado «una monumental obra» (en palabras del profesor Ugo MATTEI) sobre Instituciones de Derecho comparado, público y privado.