

SUMARIO

- I. Concepto y encuadre normativo
- II. Criterios de ponderación/valoración
- III. Sentencia Sala Primera Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009, Rec. 247/2007
- IV. Otras sentencias relevantes de la Sala Primera del Tribunal Supremo
- V. Conclusión

Rosa M^a de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

I.- CONCEPTO Y ENCUADRE NORMATIVO.

Resulta difícil, por no decir imposible, definir un concepto que tanto el legislador como la jurisprudencia, han querido dejar, deliberadamente, como indeterminado y que habrá de llenarse, en cada caso, con las circunstancias del supuesto concreto.

Por eso empezaremos por indicar su encuadre normativo en derecho español, comenzando por el artículo 39.4 de la CE en cuanto consagra que *los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*, desarrollado, posteriormente, en la LEY ORGANICA DE PROTECCIÓN JURIDICA DEL MENOR en cuyo artículo 2 se dice expresamente que *en la aplicación de la presente ley primará en el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir* y en el artículo 3 se dispone que *los menores gozaran de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico*.

Además, el Código Civil recoge en numerosos artículos esta expresión, INTERES DEL MENOR, para darle relevancia y preferencia en cualquier ocasión en que viene a regular derechos de los menores, así en el artículo 103.1 en cuanto establece las medidas provisionales a adoptar, en caso de falta de acuerdo, por demanda de nulidad, separación o divorcio, primando el interés de los hijos para acordar lo necesario en cuanto a la guarda y custodia; artículo 137 para permitir a la madre, en interés del hijo menor o incapacitado, el ejercicio de la acción de filiación; el artículo 149 para limitar la elección del que tiene obligación de prestar alimentos, cuando se perjudique el interés del alimentista menor de edad; el

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

artículo 156 regulando el ejercicio de la patria potestad; el artículo 161 que trata del derecho de visita de parientes al menor acogido y la posibilidad de que sea regulado o suspendido en interés del menor; artículo 172.4 en caso de guarda y acogimiento de menores en situación de desamparo, estableciendo que se buscará siempre el interés del menor y se procurara, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia; artículo 173.3 y 4 en caso de acogimiento; artículos 216 y 224 estableciendo y regulando la tutela, entre otros.

Y son muchos los textos legales internacionales que forman parte hoy del acervo común, entre ellos la Convención de Derechos del Niño, ratificada por España que dispone que *en todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán una consideración especial a que a lo que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3.1)*, añadiendo que los Estados partes velaran porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, no obstante *esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés del niño*. En el mismo sentido se expresa la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo.

Podemos afirmar, por tanto, que el interés del menor está configurado como principio rector de la actuación de los poderes públicos; que se trata de un concepto jurídico indeterminado que habrá de integrarse en cada supuesto concreto, lo que dificulta enormemente su aplicación.

Como principio rector podemos señalar las siguientes características: es una **garantía**, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es **de una gran amplitud** ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también **es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos**; finalmente **es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia**, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

II.- CRITERIOS DE VALORACIÓN/PONDERACIÓN.

Ante la dificultad de concreción del concepto, la doctrina científica y las resoluciones judiciales de nuestro Tribunal Supremo, tratan de elaborar criterios, medios o procedimientos para averiguar racionalmente, en qué consiste el interés del menor en los términos indicados, para luego aplicarlo al supuesto concreto y al caso correspondiente y así podemos encontrar los siguientes:

1º.- los deseos y sentimientos del niño, considerados a la luz de su edad y discernimiento, siempre que no se halle mediatizado o presionado, oyendo directamente a este o obtenido por medio de expertos.

2º.- sus necesidades físicas (alojamiento, alimentación y vestido), educativas y emocionales.

3º.- el efecto probable de cualquier cambio de situación del menor (cambio de residencia, estudios, amigos y personas con las que se relaciona).

4º.- su edad, sexo, ambiente y cualquier otra característica relevante.

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

5°.- Daños sufridos o riesgo de sufrirlo (maltrato, abusos sexuales, peligros para la salud o el desarrollo).

6°.-Capacidad de los progenitores o cuidadores para satisfacer sus necesidades.

Estos criterios deben ser valorados en un adecuado juicio de ponderación como señala el TC, en su sentencia 176/2008 de 22 de diciembre de 2008 en cuanto afirma que *en materia de relaciones paterno filiales el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable.*

En definitiva, cuando se trata de ponderar el interés del menor con el de sus progenitores, se deberá valorar por el juez cuando el asunto le sea sometido, lo siguiente:

- Si las circunstancias actuales de los progenitores pueden asegurar a este, un desarrollo armónico integral, tanto desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de la personalidad.
- cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de este.

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

III.- ANALISIS DE LA STS DE 31 DE JULIO DE 2009 (565/2009).

La sentencia nº 565/2009 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, dictada en el recurso 247/2007 de 31 de julio de 2009 resuelve un recurso de casación interpuesto por la Administración de Castilla La Mancha contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo que ordenaba la devolución inmediata de una niña a la familia biológica cuando se encontraba bajo un acogimiento pre adoptivo. La sentencia de la Audiencia se expresa duramente contra la Administración que efectuó la declaración de desamparo, por entender que habiendo nacido la niña en abril de 2001 y comenzando la intervención administrativa en mayo de ese mismo año, concurrieron circunstancias que desembocaron en la asunción automática de la tutela en abril de 2003, formalizada en agosto de ese mismo año cuando ya había fallecido el padre biológico de la menor. A partir de ese momento y aunque la madre presenta un escrito en septiembre solicitando poder visitar a su hija, nada hace la Administración para poder reintegrar a la menor a su familia sino que, con una urgencia inusual e injustificada dispone lo necesario para el acogimiento pre adoptivo, sin permitir ya el contacto de la niña con su familia biológica.

Decide a favor de la reintegración familiar después de considerar que no existían motivos tan graves como para constituir el acogimiento pre adoptivo y entiende que en la madre, que tiene otra niña nacida con posterioridad sobre la que no existe actuación administrativa alguna, convive con una nueva pareja, y tiene medios económicos, han desaparecido las razones que dieron lugar a la declaración de desamparo, por lo que está capacitada para recuperar a su hija. Sin embargo, en ningún momento se razonó sobre el interés de la menor, quien en el momento en que se dictó sentencia por la Sala contaba con ocho años de edad y no había tenido con su madre ni con su familia biológica contacto alguno desde los dos meses de vida, encontrándose perfectamente integrada con su familia de acogida pre adoptiva, suponiendo un peligro emocional para ella, la reintegración a su familia de origen, según los informes sicosociales que constan en las actuaciones.

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Se plantea el recurso por interés casacional, poniéndose de manifiesto la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales (art.477.3 LEC), en la aplicación de los preceptos del CC que se denuncian, en cuanto establece las medidas de protección que deben adoptarse respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo, entre ellas la asunción por la Administración de la tutela del menor (artículo 172.1 CC) mediante el acogimiento familiar simple, de carácter provisional (artículo 173.3 II y 173 bis.1º CC) y el acogimiento familiar en las modalidades de permanente o pre adoptivo, que deberá ser acordado por el juez si los padres se oponen (artículo 173 bis.2º y 3º. CC).

Igualmente en cuanto se establece que las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil (artículo 172.6 CC) y que los padres pueden solicitar durante el plazo de dos años la revocación de la declaración de desamparo del menor si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (artículo 172.7 CC).

El asunto plantea dos cuestiones en la aplicación de la regulación legal:

1) Si es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración, contemple la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o, por el contrario, deben contemplarse únicamente las circunstancias que concurrían en el momento en que la Administración asumió la tutela del menor y subordinar el examen de un posible cambio de circunstancias a una solicitud de revocación de las medidas acordadas.

2) Cómo debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica.

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

La contradicción entre las AAPP se centra respecto al primer punto, en que algunas mantienen que el juez, en la impugnación de la declaración de desamparo, debe atender exclusivamente a las circunstancias que concurrían en el momento en que se produjo la declaración (Balears, Sevilla Sección 5ª, Rioja, Granada, Santa Cruz de Tenerife); y en sentido contrario, teniendo en cuenta la modificación de las circunstancias familiares posterior al momento de la declaración de desamparo Sevilla Sección 6ª, Valencia, Castellón, León.

En relación al segundo punto, algunas AAPP reconocen una relevancia preponderante a la evolución positiva de los padres posterior a la declaración de desamparo, considerando la reinserción en la familia biológica como la directriz de las medidas de protección impuesta por la protección constitucional de la familia, por el respeto a los derechos de los padres biológicos y de los restantes implicados y por el propio interés del menor en mantener los lazos afectivos con su familia biológica (Toledo, Castellón, Sevilla Sección 2ª). Otras AAPP, en una posición que puede considerarse mayoritaria, consideran que no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con el propósito o el deseo de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico (Sevilla Sección 6ª, Valencia, León, Barcelona, Orense y Cádiz entre otras, además de ser el criterio mantenido por la STS de 2 de julio de 2001, RC 1335/1996 en cuanto considera razonable el mantenimiento del acogimiento residencial *a la vista de que el cambio de circunstancias que invocaba la recurrente no se consideraba fuese sustancial y duradero*).

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

La sentencia fija doctrina jurisprudencial respecto de los dos puntos que le han sido planteados y así, respecto del primero de ellos, después de afirmar la jurisprudencia de la Sala relativa a la necesidad de que prevalezca el interés del menor como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia pueda perjudicarlo, reconoce que la jurisprudencia constitucional ha admitido un menor rigor formal en este tipo de procesos, ampliándose ex lege las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés del menor y consagrando lo que llama la exclusión de la preclusividad (ppo de preclusión, según el cual la clausura de una fase o plazo procesal impide replantear lo ya decidido, artículo 413 LEC con la excepción prevista en el artículo 412 LEC), precisamente por disposición del artículo 172.4 CC en cuanto ordena que se buscará siempre el interés del menor, lo que excluye el principio de perpetuación de la acción que rige en el proceso civil, declara ***que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.***

En relación con la posible reinserción en la familia biológica, la sentencia recuerda que el artículo 172.4 CC establece que en las medidas de protección que deben adoptarse en favor de los menores desamparados, que «se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia».

En el conflicto de los principios de reinserción en la propia familia y del interés del menor, ambos recogidos en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un

sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo («se procurará»).

Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella («cuando no sea contrario a su interés»).

Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. **La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores.**

Después de estas consideraciones, la sentencia examina exhaustivamente las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta criterios tales como:

El tiempo transcurrido en la familia de acogida

- Si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria
- Si se han desarrollado vínculos afectivos con ella
- Si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico
- Si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica
- Si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Termina fijando la siguiente doctrina jurisprudencial: ***para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.***

Supone por tanto, un paso importante en cuanto que marca una directriz a la autoridad que tenga en sus manos la toma de decisiones sobre el destino del menor en conflictos de familia, en atención a lo que establece la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996 “las necesidades de los menores como eje de sus derechos y protección”.

Así lo ponen de manifiesto eminentes juristas y entre ellos el letrado gaditano *Joaquín Olmedo*, quien mantiene que la sentencia del TS es un paso en la dirección adecuada, pues es fundamental que “*los Jueces y tribunales tengan voluntad real de dar a los Derechos de los Menores su verdadera importancia, procediendo el Fiscal a defender con uñas y dientes los derechos de éstos frente a las disputas de sus progenitores e incluso, en algunos casos, posibilitando la entrada al litigio de un Defensor Judicial que además del Ministerio Público pudiera representar y defender los intereses del menor en las disputas procesales; esto debería aplicarse tanto en los temas de desamparo como en los de familia.*”

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Además de esta sentencia, de la que podemos afirmar que marca un hito en la protección jurisdiccional de los intereses de los menores, existen otras sentencias de la Sala que reafirman los criterios expresados en la sentencia que antecede, entre las que podemos destacar la de 13 de junio de 2011, Rec. 1255/2009, en la que, siendo ponente la magistrada Dña. Encarnación Roca, literalmente se dice: *A pesar de referirse al interés del menor como regla prioritaria para atribuir la guarda y custodia, la sentencia recurrida pone de relieve que en el Convenio de Derechos del Niño se le reconoce un derecho a ser educado en su propia familia. El argumento no puede aceptarse, porque el derecho se establece en el Art. 9 de la Convención para evitar casos en que los padres son separados de sus hijos en situaciones de guerra, dictaduras u otras en las que las circunstancias puedan llevar a estas separaciones. Hay que tener en cuenta que el propio Art. 9 contiene a continuación una excepción: “[...]excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” y considera como casos en que debe ser tenida en cuenta esta opción, aquellos en que “el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres[...]”.* Por tanto, el derecho a ser educado en la propia familia no tiene reconocido el carácter absoluto, ya que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas.

La aplicación del principio del interés del menor en los casos de acogimiento, habiendo familia biológica, ha sido ya aplicado por esta Sala y existe ya doctrina jurisprudencial dictada por la sentencia 565/2009, de 31 de julio que, después de argumentar que “las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural”, sienta la siguiente doctrina: “[...]para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica, no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con el propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentra teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico”.

Esta doctrina debe aplicarse al presente recurso y debe completarse con la establecida en la STS 384/2005, de 23 mayo, alegada como infringida y que coincide con la doctrina ya expresada.

Por tanto y teniendo en cuenta que como dice la STS 384/2005 de 23 de mayo, “la determinación del mayor beneficio del menor (“favor filii”), independiente de que los hechos que lleven a este extremo deban mantenerse, al tratarse de una valoración (como «concepto jurídico indeterminado» que es) de una calificación jurídica, puede ser objeto, partiendo de ellos, de una revisión conceptual en casación”, deben examinarse los hechos en relación a la protección de dicho interés.

Existe otra sentencia de la Sala, en concreto la de 21 de febrero de 2011, Rec. 1186/2008, siendo ponente también Sra. Roca Trías, y en aparente contradicción con las anteriores por la decisión que contiene, ya que se trata de un supuesto en el que se estima el recurso del padre de biológico frente a la declaración de desamparo de su hijo menor, al entender que se encuentra relativamente adaptado y establecer controles y supervisión de la Administración, en la que se afirma que *las medidas que han de tomarse para proteger al menor deben tener siempre en cuenta el valor superior del interés del niño, recogido en el*

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Art. 3.1 de la Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989, ratificada por España en 1990. Dicho artículo establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Esta norma ha sido recogida en el Art. 3.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, que establece como principio general que “En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Por tanto, la legislación que regula las decisiones que deben adoptarse en los casos de situaciones de riesgo para los niños, sobre todo cuando haya que tomar la medida de separación de la familia, requiere que estas se funden siempre en el interés del menor, como así se proclama en el Art. 172.4 CC, que resulta aplicable en este caso por la remisión que efectúa el Art. 31.1 de la Ley 1/1995, del Principado de Asturias, de 27 de enero, de Protección del Menor. Y ello es congruente con lo que establece la LO 1/1996, que aunque posterior a la ley autonómica, no puede dejar de aplicarse en cuanto constituye el desarrollo del Art. 39.4 CE, que establece que “los niños gozarán de la protección prevista en los tratados internacionales que velan por sus derechos”. En consecuencia, el Art. 11.2 LO 1/1996 establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: “a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social”.

En aplicación de este principio, la sentencia de esta Sala de 31 julio 2009 dice que cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe tenerse en cuenta “[...] la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor[...]”, de modo que “el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor”. Y así esta Sala sienta la doctrina de acuerdo con la cual “[...]para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor[...]”. Ciertamente esta sentencia resolvía un conflicto entre un acogimiento familiar acordado por el desamparo declarado del menor y la reclamación de la familia biológica, pero su doctrina resulta plenamente aplicable al caso planteado.

Añadiendo que la protección del niño tiene, por tanto, como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reinserte en la familia, cuando no sea contrario a su interés (Art. 172.4 CC), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales.

De esta forma, se puede afirmar que: a) la Administración puede actuar de forma cautelar; b) hay que ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia. (STS 31 julio 2009), y c) que en toda la normativa relativa a la protección del interés del menor en estas circunstancias, se recomienda que se procure la reinsertión del niño en su propia familia, siempre que ello no sea contrario a su interés.

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Dicho lo anterior, el motivo primero reconduce a una cuestión de apreciación de la prueba relativa a si la solución de la sentencia recurrida ha respetado el principio de protección del menor. A estos efectos hay que recordar que en la sentencia: a) se acuerda que el padre ostente la guarda y custodia del niño, excluyéndose a la madre porque sus condiciones personales la hacen inhábil para la educación del menor; b) la propia sentencia dice que el padre lleva una vida relativamente adaptada, cosa que no ha sido negado por la administración recurrente; c) el art. 172.4 CC considera incluido en el interés del menor su reinserción en su propia familia, cuando ello no sea contrario a su propio interés, y d) y seguramente lo más importante, la guarda y custodia no se atribuye al padre de forma incondicionada, sino que se le somete a los controles de la Administración protectora de menores, que puede y debe vigilar el desarrollo de la relación.

Resulta evidente que la Sala Primera, a través de sus sentencias, ha interpretado en cada supuesto concreto, el interés del menor como un valor o principio preeminente y superior, de aplicación prioritaria frente a cualquier otro interés en conflicto y en especial frente a su propia familia biológica y la posibilidad de reinserción en la misma aun cuando hayan cesado o disminuido las causas que conllevaron a la declaración de desamparo, considerando que la paternidad no es un valor absoluto ni da derecho alguno sobre el menor si el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia pudiera ocasionar algún perjuicio para el mismo, todo ello en plena armonía con la normativa vigente y la interpretación constitucional del principio.

Esta prevalencia de aplicación del principio del interés superior del menor, puede observarse también en otras resoluciones de la Sala, si bien no en casos de desamparo y acogimiento pre adoptivo o adopción, pero en los que confluyen otros intereses y en cualquier caso, se trata de la protección de los menores y de sus derechos, como veremos a continuación.

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

IV.- OTRAS SENTENCIAS RELEVANTES DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR.

a).- Guarda y custodia compartida.

A este respecto, podemos mencionar, como una de las más relevantes y de las primeras en abordar este tema, la de 28 de septiembre de 2009, casi inmediatamente posterior a la que anteriormente hemos comentado, refiriéndose ahora a la atribución de la guarda compartida en caso de separación o divorcio, donde la ponente, Dña. Encarna Roca, analiza el concepto del interés del menor y su evolución, señalando algunos criterios de valoración y diciendo literalmente:

Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican.

Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1,b y 139 del Codi de Família de Catalunya).

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como 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 sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; 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.

En otra inmediateamente posterior, de fecha 28 de septiembre de 2009, Rec. 200/2006, la misma ponente resuelve:

Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”, destacando

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. (Asimismo SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero).

Reconocida esta característica, el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren “esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa” (STS 17 julio 1995), así como que “el interés superior del menor es un bien jurídico protegido en esta materia [la privación de la patria potestad], tal como se deriva de la Convención de 1989 y de la LO de 1996, y acreditado aquél en autos, no puede ser objeto de recurso de casación”.

El recurrente está intentando que esta Sala dé un valor vinculante a los informes que figuran en el procedimiento, informes cuya naturaleza es preceptiva, es decir, deben ser pedidos por el juez, pero no son vinculantes, por lo que apreciado el interés por la Sala sentenciadora y valorado éste de forma adecuada, no resulta posible que prospere el recurso de casación.

La nueva regulación de la guarda y custodia compartida en el artículo 92 CC después de la reforma producida por la ley 15/2005 permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a “la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia” (artículo. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1,2 LECiv. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC, establece que el juez debe “valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

En este caso, la sentencia recurrida no ha establecido una guarda y custodia compartida, lo que se deduce de la no utilización del procedimiento establecido en el artículo 92, vigente en el momento de dictarse la sentencia de apelación al que podría haberse acogido, dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, de modo que aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés. Por tanto, al no haber sido utilizada por el tribunal la figura de la guarda y custodia compartida, ya que lo único que realiza la sentencia recurrida es la determinación del régimen de visitas del padre, teniendo en cuenta este interés, no procede que esta Sala se pronuncie en este caso sobre la interpretación del artículo 92 CC después de la reforma de 2005.

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

b).- Atribución de la vivienda familiar.

En otro ámbito, igualmente en relación con supuestos de separación y divorcio, podemos destacar las sentencias de fecha 1 de abril de 2011 y 21 de junio de 2011, en cuanto a la atribución de la vivienda familiar, y en ellas se dice:

El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio.

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 234-8 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

La sentencia recurrida impone un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene “hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes”, momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque esta pudiera ser una solución de futuro, que no corresponde a los jueces que están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), hay que reconocer que se opone a lo que establece el art. 96.1 CC. Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de esta Sala, (9 mayo 2007, 22 octubre y 3 diciembre 2008, entre otras), en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división.

En consecuencia de lo anterior, se formula la siguiente doctrina: la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC.

c).- Fijación del régimen de visitas para el progenitor no custodio.

En otro supuesto, como es la fijación del régimen de visitas, la Sala igualmente ha tenido ocasión de pronunciarse, sta. 646/2008, de la siguiente forma:

La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (Ver STS de 11 febrero 2011). Por esta razón, en este punto no rige el principio de justicia rogada.

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

En este caso, el interés de la menor está ya protegido puesto que en el momento de interponerse el recurso de casación, estaba suspendido el régimen de visitas establecido en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 23 enero 2007.

Además, debe tenerse en cuenta que las resoluciones dictadas en los procedimientos sobre guarda y custodia de menores siempre pueden ser modificadas cuando se produzca un cambio de circunstancias, por lo que estos procedimientos están siempre abiertos al cambio de las resoluciones adoptadas y en ellos no rige el principio de justicia rogada, teniendo el juez a su disposición una absoluta libertad de medios probatorios (art. 752 LEC y STS de 28 septiembre 2009). Por ello las decisiones tomadas hasta el momento para la guarda y custodia de la menor hija de la recurrente pueden ser modificadas cuando se demuestre que resulta conveniente al interés de la niña un régimen u otro de visitas y guarda y custodia, puesto que en este punto la única utilidad a tener en cuenta es la del menor y no la de los padres, como ha sido repetidamente puesto de relieve por esta Sala en sentencias recientes (ver SSTs 31 julio y 28 septiembre 2009, 11 marzo y 1 octubre 2010 y 11 febrero 2011, entre otras)

Otra muy importante sentencia sobre el derecho de visitas del progenitor no custodio es la de 11 de febrero de 2011, Rec. 500/2008, de la que podemos extraer los siguientes párrafos:

Antes de proceder al examen del caso concreto, debe recordarse cuál es la finalidad del derecho de visitas. El Tribunal Constitucional, en la STC 176/2008, de 22 diciembre, señala que “Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

judicial». Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos”. Sin embargo, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, “contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 («Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño»); así también el art. 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 («En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño»); igualmente cabe citar el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea («Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses»).

De esta cita cabe deducir que las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia en los casos en que el padre y la madre del niño no convivan han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Esta regla está admitida en el Art. 94 CC cuando después de admitir el derecho de visita de los progenitores que no tengan consigo al hijo, añade que el juez lo “[...]podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen[...].” La necesidad de proteger el interés del menor en estas situaciones constituye el elemento determinante de la decisión judicial en el art. 57 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, que establece

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

que *“1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja. 2. Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija”*. Asimismo, el art. 233-8.3 del Código civil de Cataluña, que establece que *“la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de manera prioritaria el interés del menor”*.

Uno de los supuestos admitidos para la suspensión de las visitas del padre se produce cuando existen episodios de violencia entre los progenitores o bien contra el propio hijo por parte de quien pretende el derecho de visita. Así el Art. 65 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dice que “El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera” y el Art. 66 admite que “El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes”.

d).- Fijación de régimen de visitas a familiares y otros allegados.

En este ámbito debe destacarse la sentencia de pleno del 12 de mayo de 2011, Rec. 1334/2008, en el supuesto del derecho de visita concedido a la fue pareja del mismo sexo de la madre biológica de un menor, transcribiendo a continuación los párrafos más relevantes:

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

La protección de la familia y el interés del menor.

El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales.

De acuerdo con estos planteamientos, la pareja formada por D^a Ana Isabel y D^a Isabel constituyó en su día una unidad familiar. Sin embargo, son muy distintos los efectos que tienen lugar entre los miembros de una pareja que convive sin estar casada, y los que se producen entre los convivientes y sus hijos. Cuando la pareja no está casada, deben aplicarse los principios sentados en nuestra sentencia de 12 septiembre 2005, con aplicación del principio de la libertad de los pactos entre los miembros de la pareja. Cosa distinta serán los efectos que produce la paternidad/maternidad, porque las relaciones entre padres e hijos vienen reguladas por el principio constitucional de la protección del menor, consagrado en el artículo 39. 3 CE, en la Convención sobre derechos del niño, de 20 noviembre 1989 y en el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Este principio es el que debe regir las relaciones entre los progenitores y los hijos, con independencia de que sus padres estén o no casados e impone una serie de reglas imperativas con la finalidad protectora ya señalada (STC 176/2008, de 22 diciembre).

El concepto de vida familiar en los textos europeos de Derechos humanos.

La protección de la familia es objeto de un importante reconocimiento en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 noviembre 1950. El Art. 8 de este Convenio establece, en su párrafo primero, que "toda persona tiene derecho al respeto de

Rosa M^a de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

su vida privada y familiar [...]". Dicho artículo ha sido interpretado en el sentido que aquí se mantiene en relación al artículo 39 CE por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 septiembre 2007, en el caso Wagner y J.M.W.L. vs Luxemburgo. En este caso se decidió que el estado de Luxemburgo había violado el art. 8 de la Convención europea al negarse a otorgar el exequatur a una sentencia de adopción realizada en Perú, porque el derecho luxemburgués no aceptaba la adopción por una persona sola y a pesar de que adoptante y adoptada habían convivido durante varios años en Luxemburgo. La Corte europea considera que cuando garantiza el respeto a la vida familiar, el artículo 8 de la Convención presupone la existencia de una familia; en el caso, la recurrente es considerada como madre de la menor desde 1996, por lo que existen lazos familiares de facto entre ellas (párrafo 117). De acuerdo con los principios que se derivan de la jurisprudencia de la Corte de Derechos humanos, cuando exista un lazo familiar con un niño, el estado debe actuar para permitir que este ligamen se desarrolle y se acuerde una protección jurídica que haga posible al máximo la integración del menor en su familia y es por ello que la negación del exequatur a la sentencia de adopción dictada por el tribunal peruano, vulnera los derechos de esta familia.

Este mismo principio está recogido en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2010/C 83/02), que dice: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones".

Esta solución debe aplicarse a la situación que se presenta a la consideración de este Tribunal, puesto que aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en su art. 7.3, modificado en 2007, en cambio sí debe considerarse que, como se ha dicho antes, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas. Esto sentado, debe ahora estudiarse cuál es el régimen más adecuado para la protección del menor, en los casos en que no haya matrimonio entre las convivientes, para que pueda relacionarse con la persona

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

que no es su madre biológica en los casos en que se produzca el conflicto entre ellas.

El interés del menor.

Las discusiones sobre guarda y custodia de los menores deben contemplar siempre el prevalente del interés de los niños. Como se afirma en la doctrina más representativa, "el interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad". Por tanto, en lo correspondiente al derecho a tener relaciones con parientes y allegados, hay que tener en cuenta que el niño no puede ver recortada la relación y comunicación con personas que le son próximas humana y afectivamente, por causa de las diferencias entre dichas personas.

Por ello, el interés del menor obliga a los tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos. Un ejemplo de esta cuestión la encontramos en la sentencia de esta Sala de 31 julio 2009, que si bien dictada en un caso de acogimiento preadoptivo, contiene unos razonamientos válidos para todos aquellos supuestos en los que deba prevalecer el interés del menor en la toma de decisión del juez. Así dice "Desde este punto de vista, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»)[...]. Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor". También en el mismo sentido, la STS de 11 febrero 2011, FJ 3º.

Debe aplicarse el principio identificado en esta sentencia para tomar la decisión más adecuada y todo ello teniendo en cuenta que la situación planteada ante este Tribunal carece de regulación en la legislación positiva.

Las bases para establecer el derecho de relacionarse con el menor.

Para conseguir la protección del interés del menor, deben recordarse las circunstancias de esta familia, de acuerdo con los hechos probados: a) falta la filiación biológica con la conviviente que reclama el derecho de visitar o de tener contacto amplio con el hijo biológico de su antigua compañera, y b) falta también la relación jurídica, porque no se pudo aplicar lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (de 14/2006, 26 mayo, modificado por la ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral en la mención relativa al sexo de las personas). Este artículo, en su párrafo tercero, establece que "cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del registro civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido" y esta posibilidad no podía aplicarse en este caso puesto que ambas convivientes no estaban casadas.

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, se llega a la conclusión que la base de nuestra decisión debe ser no un hipotético derecho de la compañera de la madre biológica, sino un derecho efectivo que tiene el menor de relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva y por ello debe entenderse aplicable al supuesto que nos ocupa el artículo 160. 2 CC, que establece que "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados". Esta norma debe aplicarse a este tipo de relaciones por las siguientes razones:

1ª El concepto de allegado se ajusta a la relación que Dª Isabel mantiene con el niño. De acuerdo con la definición del Diccionario de la RAE, allegado, "dicho de una persona: cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza".

2ª En aplicación del art. 160.2 CC, el juez está autorizado para tomar cualquiera de las medidas que están enumeradas en el art 158 CC, que integra el art. 162 CC en cuanto determina el tipo de prevenciones que pueden adoptarse en estos casos.

La extensión del derecho del menor de relacionarse con sus allegados.

Queda por resolver la cuestión relativa a la extensión del derecho de relación, que en definitiva constituye el núcleo del litigio.

Antes que nada debe señalarse que esta Sala opina que la expresión "derecho de visitas" debe aplicarse solamente en las relaciones entre los progenitores y sus hijos. Para identificar el derecho del menor en casos como el presente, resulta más adecuado utilizar la expresión relaciones personales, terminología que utiliza el art. 160.2 CC, que es el aplicable.

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Es cierto que el art. 160 CC no determina la extensión ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus allegados. Por tanto, se trata de una cuestión que debe ser decidida por el juez, quien deberá tener en cuenta: i) la situación personal del menor y de la persona con la desea relacionarse; ii) las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido; iii) la intensidad de las relaciones anteriores; iv) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia y, v) en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor.

Teniendo en cuenta que en el presente litigio, los informes coinciden en la conveniencia de que el niño Gonzalo se relacione con D^a Isabel Blanco Fernández, la edad del niño y los informes favorables del Ministerio Fiscal, esta Sala considera conveniente mantener el actual régimen de las relaciones personales entre el niño y D^a Isabel, que puede ser alterado en cuanto se demuestre que causa un perjuicio al menor.

e).- Honor, intimidad personal y propia imagen.

En relación con los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen, la Sala ha reiterado la doctrina del interés superior del menor, prevalente sobre cualquier otro derecho afirmando en la sentencia de 20 de julio de 2010, Rec. 2013/2006:

A lo expuesto, debe añadirse que, tratándose de menores, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone: “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”, y, como afirmamos en la sentencia número 163/2009, de 11 de marzo: “Cuando se trata de menores, se parte, por tanto, constitucionalmente hablando, de un doble límite

Rosa M^a de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

en el derecho a la información: un límite en cuanto a otros derechos fundamentales al que hay que añadir, cuando se trata de menores, otro límite que consiste en atender al "interés del menor" en cuanto objeto de protección por los poderes públicos".

Dicho de otra forma, en contra de lo que pretende la recurrente, la prohibición contenida en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, a cuyo tenor: "Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales", no supone una franquicia que autorice la intromisión "cuando no implica menoscabo de su honra o reputación ni es contraria a sus intereses", con derogación de sus derechos a la intimidad y a la privacidad.

En este sentido, como tenemos declarado en la sentencia 323/2010, de 2 de junio: "incluso en el caso de que los hechos divulgados tuvieren relevancia "noticiable" para la comunidad, su difusión deviene una intromisión ilícita en la medida en la que la información facilitada supone una clara invasión de la intimidad de una menor identificada, cuyo interés está tutelado incluso en el caso de que por su notoriedad o su relación con hechos noticiables pudiera considerarse "menor noticia", ya que, como afirma la sentencia de esta Sala número 354/2009, de 14 de mayo "en los supuestos en los que están implicados menores de edad, la doctrina constitucional ha otorgado un ámbito de superprotección que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aunque ésta tenga interés público. Y, así, el Tribunal Constitucional ha señalado que el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su vida familiar o personal" parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de ambos menores" , incluso, aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral - Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de Julio de 1999-. Sta de 26 de julio de 2010, Rec. 2013/2006

V.- CONCLUSIÓN

En la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el INTERES SUPERIOR DEL MENOR se constituye como el marco (directriz, tamiz, filtro) fundamental para decidir en todos aquellos casos en que estén en juego ante los tribunales, situaciones que afecten a menores, a sus derechos o incluso a su situación, otorgándoles un plus de protección, con carácter de orden público y prevalente ante cualquier otro interés o derecho, incluso fundamental, que pudiera entrar en conflicto con el interés del menor, decidiendo siempre a tenor de las circunstancias del caso concreto.

Rosa Mª de Castro Martín

Magistrado Decano. Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo