
SOBRE UN CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

ABOUT A CONCEPT OF BEST INTEREST OF THE CHILD

Terán Pimentel, Milagro*

*Abogado. Politólogo. Profesor Asociado. Universidad de Los Andes.

E-mail: misterpim69@hotmail.com

Recibido: 14/01/2014 / Aceptado: 22/09/2014

“Interés del Menor: Concepto grandilocuente, altisonante en la forma; vacío, huero, en el fondo. Puede ser la cara amable de cualquier otro interés que no pueda ser reconocido públicamente”.

Javier Martín Hernández

Resumen

El Interés Superior del Menor, como principio informador e inspirador de todo cuanto se ha hecho o dicho jurídicamente del niño, niña, o adolescente, ha generado interesantes y numerosas reflexiones acerca de su contenido, pues cuando se trata de buscar precisión racional y concreción jurídica, la expresión deviene tan polisémica y sutil que resulta enormemente difícil traducirla al lenguaje jurídico corriente; en virtud de dos razones: a) la naturaleza de indeterminación jurídica del concepto mismo, y b) la necesidad de concretarlo de manera casuística y no dogmática; es decir, no a partir de categorías generales y abstractas, sino de situaciones concretas y específicas, que serán analizadas a lo largo de este pequeño trabajo, para arribar nosotros mismos a una aproximación del concepto que es a la vez Estándar y Principio jurídico.

Palabras Claves: Interés superior del Menor. Concepto

Abstract

The Best Interest of Minor as guiding principle and inspiring all that has been said or done legally of the child or adolescent, has generated interesting and numerous reflections on their content, because when it comes to seeking rational accuracy and legal concretion the expression becomes so polysemous and subtle that it enormously difficult to translate the current legal language;

under two reasons: a) the nature of legal indeterminacy of the concept itself, and b) the need to achieve it casuistically not dogmatic; ie not from general and abstract categories but concrete and specific situations, which will be analyzed along this essay, to arrive ourselves to an approximation of the concept that is both Standard time and legal principle.

Keywords: Best interests of the Child. Concept

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El interés del menor es uno de esos raros consensos de la sociedad occidental que unánimemente ha decidido reivindicar a los menores un derecho que siempre les había sido negado: el derecho a existir en igualdad de condiciones. Este sector de la humanidad (niños, niñas y adolescentes), emerge hoy con notable protagonismo, reconocidos no sólo como miembros de una familia, incapaces y por ende necesitados de protección, sino como individuos autónomos², pues, nunca como ahora los niños habían gozado de tantas atenciones y cuidados, y de mayor estatus y consideración.

El siglo XX supuso, en relación a los Derechos del niño, un importante manantial de disposiciones internacionales³ e internas⁴, basadas en ese interés superior del menor, que surgió con una clara naturaleza pública, toda vez que la responsabilidad en la protección del menor, hasta ayer típicamente privada, evolucionaba hacia una idea de responsabilidad pública en la que los Estados asumían la obligación constitucional⁵ o convencional de proteger al menor en cuanto portador de un interés digno de especial protección y titular de derechos, comprometiéndose a promover la realización efectiva de éstos⁶.

Pero a pesar del consenso sobre el Interés del menor, y de su reconocimiento como Principio de orden público, informador e inspirador de todo cuanto se ha hecho o dicho jurídicamente, del niño, niña, o adolescente, éste ha generado interesantes y numerosas reflexiones acerca de su contenido⁷, y de su concreción, pues como advierten diferentes autores⁸, se trata de un concepto jurídico indeterminado que escapa a una definición general y abstracta, y por lo tanto sólo es posible definirlo

en cada caso concreto, lo que supone un margen de discrecionalidad, de apreciación judicial, tanto más alejado de la libre interpretación y la discrecionalidad de quien lo aplique, cuanto más concretos y explícitos sean los elementos que el legislador establezca en la norma que lo contemple. La dificultad pues de definirlo es un punto indiscutido en la doctrina, de allí que TORRES PEREA⁹ califique como temerario todo intento definitorio en materia de interés del menor, lo que de hecho sería para este autor poco razonable e imposible, dado que resultaría imprecisa e incompleta. Pero acaso no es, como afirma JAVOLENO, *omnis definitio in iure civili periculosa*¹⁰, pues toda *definitio* lleva consigo el peligro de perder su valor por encerrar demasiados casos, o demasiados pocos casos, y sin embargo seguimos empeñados en conceptualizar, ya que sin los conceptos nos sentimos perdidos.

Partiendo de estas consideraciones, y con la prudencia y respeto que toda *definitio* nos exige, emprenderemos nuestra tarea: a) Analizar los elementos que describen el concepto, a) Presentar algunos criterios de valoración que la doctrina ha construido, fruto del estudio y la experiencia, para lograr su concreción en la vida misma, y c) aventurarnos, con estas herramientas, a elaborar nuestro propio concepto.

2.EL INTERÉS DEL MENOR COMO STANDARD JURÍDICO

El interés del menor constituye, en el sistema jurídico español, en el venezolano y en otros, un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite sea precisado luego en el momento de su aplicación.

¿Pero qué es un estándar jurídico o concepto jurídico indeterminado? La extinta Corte Suprema de Justicia, hoy Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en Sala Político Administrativa, con ocasión del caso RCTV-Juventud, en sentencia del 5 de Mayo de 1983, definió estos conceptos jurídicos indeterminados “como aquellos cuyo enunciado resulta difícil de delimitar con precisión, pero que su aplicación no admite sino una

sola solución justa y concreta, conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma”.

De modo que el legislador, no pudiendo en algunos casos prever de antemano todas las peculiaridades que la realidad misma le presenta, recurre a menudo a conceptos indeterminados. De allí que, estos conceptos son consustanciales a toda la técnica jurídica. El estándar de conducta del buen padre de familia, la buena fe, el orden público, o las buenas costumbres como límite de la autonomía de la voluntad, o simplemente los conceptos de fidelidad, respeto, fuerza irresistible, entre otros, todos ellos (unos conceptos de valor, otros de experiencia) son conceptos jurídicos indeterminados.

Por tanto, participando de esta naturaleza, la medida concreta para la aplicación de los mismos no la resuelve o la determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata, sino que exige que el concepto se precise en el momento en que se aplica, conduciendo a una solución y no a otra¹¹; es decir, la indeterminación está referida solo al enunciado general, a su determinación legal, y no al resultado de su aplicación, a la concreción fáctica, ya que el concepto indeterminado sólo admite una solución justa¹², a un único resultado, y no a una intención o causa volitiva, en razón de ello debemos entender, que estos conceptos indeterminados, especialmente el interés del menor, tienen una esencia finalista.

He aquí la esencia de estos conceptos indeterminados, cuya solución no la proporciona la ley directamente, sino que hay que buscarla en cada caso acudiendo a juicios de valor o de experiencia, que deben, a su vez ser objeto de una valoración jurídica según el contenido y alcance que la ley ha dado al propio concepto indeterminado de que se trate y siempre en relación con un supuesto de hecho, (realidad), que en la ley, como es lógico entender, no puede precisarse. Corresponde luego al juez, al aplicar el dispositivo legal, llenar de contenido el concepto jurídico indeterminado al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias. Dada esa idea y estructura del concepto jurídico indeterminado (al que se acomoda perfectamente el interés del menor) vemos como, a pesar de la determinación del precepto legal, dentro de éste siempre existirá un

halo de incertidumbre, o imprecisión conceptual, que consiste justamente en esa operación racional por la que el concepto jurídico debe quedar subsumido en el supuesto fáctico, personal, al que haya que aplicarse, ya que en definitiva se trata, como hemos dicho, de un proceso de valoración de hechos y subsunción, (no de discrecionalidad) legal, que deberá respetar el juzgador, para determinar, por medio de esa valoración lo que, en nuestro caso y concepto, es más conveniente para el niño.

Por todo ello, siguiendo en esta oportunidad a TORRES PEREA¹³, no podemos intentar reducir a un mero concepto el interés del menor, y aún definiéndolo, no podemos encerrarlo dentro de un contenido rígido, lo importante es resaltar siempre a) la función de contrapeso del Principio (para proteger al menor en tanto parte débil en sus relaciones sociales), b) de control ante todo peligro o amenaza que afecte al menor, y c) de criterio para resolver los conflictos de intereses que le afecten.

En consecuencia, la aplicación del concepto interés superior del menor, atendiendo pues a su carácter de concepto indeterminado, indistintamente de la mayor o menor determinación del concepto por parte del legislador, no puede nunca prescindir de cierta flexibilidad en su concreción (no puede, como no debe carecer de flexibilidad ninguna creación jurídica), porque, ¿cómo pedir al legislador que concrete en un concepto rígido y abstracto las diferentes y variadas soluciones, o las medidas que debe un juez acordar para alcanzar en cada caso el interés superior del menor?

Y es que un concepto debe ser en toda regla la determinación de la esencia del objeto que pretende explicarse, y debe en Derecho proceder de la casuística¹⁴; es decir, ya se trate de un concepto jurídico o meta jurídico, éste debe ser considerado y limitado siempre en perpetua conexión con el examen del caso, sin que deba preocupar al jurista agotar su contenido dogmático, sino tan sólo su justeza interna, es decir su utilidad, oportunidad y conveniencia para satisfacer las necesidades del hombre¹⁵, de forma tal, que la proximidad de la creación jurídica a la vida, una vez aplicada, no sufra quebranto alguno.

3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO PRIVADO

Que el interés del menor es hoy un principio ampliamente reconocido es también pacífico en la doctrina¹⁶, hasta el punto que el Derecho de familia, y el Derecho internacional privado, han sido calificados como Derechos puerocéntricos, por cuanto sus normas están construidas sobre este principio y son interpretadas con arreglo al interés del menor¹⁷. El interés superior del niño se convierte así en uno de los puntos fundamentales del nuevo sistema de protección de los menores y obliga a fijar la atención en la situación del niño como persona digna de protección especial¹⁸.

Resultando además de principio general de Derecho privado, un principio constitucional consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española y en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dotando a nuestro principio de la superioridad normativa formal que ella misma contiene, sin que por ello deje de ser un principio general de Derecho privado, tal y como magistralmente explicara RIVERO HERNÁNDEZ¹⁹.

En consecuencia, el interés superior del niño, que si bien puede inducirse por generalización de las normas civiles, supone una concreción del mandato constitucional, como ya hemos dicho, que además la ley Orgánica de Protección del Menor Española 1/1996 califica como principio general²⁰, y en Venezuela, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, del 2 de Octubre de 1998, en su preámbulo proclama como premisa fundamental de la doctrina Protección integral, que debe ser la base para la interpretación y aplicación de la normativa que regule la materia, para establecer las líneas de acción y para limitar la discrecionalidad de los actos de cualquier instancia social, por lo que el estándar jurídico elevado a principio tiene valor normativo, lo que implica que su aplicación es directa y no subsidiaria.

En efecto, en esa calidad de principio general, reforzado por su elevación a constitucional, además de ser garantía para los ciudadanos y vincular a los poderes públicos (art. 53.3 CE y 79, 78 y 80 CRBV), el interés del menor actúa como: a) instrumento informador de instituciones que afec-

tan al menor (patria potestad, tutela, adopción, desamparo, acogimiento, etc.), b) proporciona criterios de interpretación, eminentemente teleológicos, coherentes con ese principio y sistema de valores subyacente, de normas conexas o diversas que alcanzan a menores, y c) deviene norma supletoria de aplicación (art. 1.4 del Código Civil español) cuando a falta de otra ley especial, proceda.

Ahora bien, explicado como ha sido el carácter del interés como principio, y atendiendo a la esencia de esa categoría jurídica, es más fácil entender que el interés del menor, es como otros principios “la expresión de unas convicciones, de una sensibilidad, de unos juicios de valor”, según expresaba DE CASTRO²¹, pero también es la condensación de valores jurídicos materiales básicos, y de aspiraciones ideales de la sociedad, como nos señala de nuevo RIVERO HERNÁNDEZ²², de allí la dificultad de agotarlo en un concepto rígido e inmutable.

El interés superior del menor, en cuanto principio general, tiene una configuración necesariamente genérica y abierta, (además de mutable), lo que posibilita su aplicación a diversas situaciones jurídicas y sociales que se presenten como consecuencia de la variada realidad social que a *priori* no puede ser prevista en su totalidad y a los cambios que vayan produciéndose con el correr de los tiempos.

Si bien se pide cierto grado de determinación, ésta nunca podrá ser plena, o absoluta, sino que, como aconseja BORRÁS RODRÍGUEZ²³, exige de soluciones flexibles y disposiciones materialmente orientadas. De modo que, ante la naturaleza genérica del principio, es imprescindible la determinación de criterios de referencia lo más universales posibles a la hora de tomar una medida concreta relacionada con el menor que realice el principio; es decir que materialice el concepto, el bienestar físico y espiritual, individual y colectivo del menor.

4. ALGUNAS SOLUCIONES EN LA DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO

En la legislación y en la jurisprudencia, para intentar determinar en que consiste el interés del menor, se han seguido dos sistemas, bien el de identificarlo por medio de una lista de criterio legales con el objeto de proporcionar unas pautas a seguir en las decisiones donde deba entrar en juego el principio, que podría denominarse como técnica legislativa de criterios normativos preestablecidos o bien a través de un principio general o cláusula general²⁴ las cuales serán brevemente analizadas.

4.1 TÉCNICA LEGISLATIVA DE CRITERIOS NORMATIVOS PREESTABLECIDOS

Que consiste, como su nombre lo indica, en una selección y determinación apriorística de datos, elementos de juicio, criterios y valoraciones concretas de hechos o situaciones que se pueden presentar en la práctica, y que se relacionan con el bienestar, ventaja, o conveniencia del niño. Con un enunciado generalmente amplio, estos criterios de valoración están referidos a datos como la edad, el sexo, medios económicos de los progenitores o bien a aspectos espirituales como la aptitud de los padres o los deseos y sentimientos del niño.

Esta técnica es congruente con la idea que ya hemos señalado *supra*, de que tanto más alejado de la libre interpretación y la discrecionalidad de quien lo aplique, cuanto más concretos y explícitos sean los elementos que el legislador establezca en la norma que lo contemple. Es típica de los ordenamientos anglosajones²⁵ (pragmáticos como es sabido y poco amigos de la elucubración científica), donde casi siempre convive con enunciados legales del tipo de las cláusulas generales como el *welfare principle*, y el *best interest principle* con distintas presentaciones legales.

Sin embargo la validez de este modelo, aunque consigue mayor concreción que una cláusula general, también ha sido cuestionado por cuanto puede dejar fuera situaciones que surjan por la propia evolución social, y por el hecho de la necesidad de valorar los distintos parámetros *in casu*.

4.2. TÉCNICA DE LA CLÁUSULA GENERAL

El empleo de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados es frecuente en todos los ámbitos jurídicos (más en el Derecho público que en el civil), y en España, en leyes recientes, a veces inevitable porque la realidad jurídica a que se refieren difícilmente admite una determinación más precisa del supuesto de hecho de la norma.

La elección de esta técnica legislativa requiere de una forma especial de aplicación de la norma que incorpora tales conceptos, en tanto que exige una doble labor: precisar el significado y contenido del concepto (qué es el interés del menor), y luego comprobar en que situaciones y circunstancias concretas se da el valor que ha pretendido captar la norma, confiriendo especial importancia a los datos y circunstancias del caso concreto.

Tiene como ventaja la generalidad de su enunciado, que permite ante la dificultad de determinar el valor que pretende captar la norma, una inicial y sencilla definición del concepto jurídico, que como toda norma abstracta y general, permite disciplinar un gran número de supuestos, y a la vez permite también una plural valoración judicial en la aplicación del principio y su adecuación al caso concreto.

En contrapartida se presentan como desventajas la indeterminación del concepto mismo, del efecto jurídico, y la remisión para su valoración y determinación efectiva a quien haya de aplicar el concepto, a sus consideraciones personales. Por lo tanto, la cuestión más sugestiva, y a la vez polémica se sitúa en el juicio de concreción que realiza el intérprete con el fin de situar su contenido.²⁶

5.LA PROTECCIÓN INTEGRAL DEL MENOR: ESENCIA DEL CONCEPTO

Como ha sido señalado *supra*, un concepto debe ser en toda regla la determinación de la esencia del objeto que pretende explicarse, pues es a partir de esta esencia que podremos comprenderlo y conocerlo en toda su largueza. Específicamente, en el interés del menor, descubrir o determinar su esencia supone a la vez delimitar el núcleo alrededor del cual

gira la estructura del concepto.

Así pues, el núcleo fijo o *begriffskern*²⁷ o zona de certeza positiva, configurado por unos datos seguros a modo de presupuesto o condicionamiento inicial mínimo, es en nuestro caso la protección integral del menor; es decir, preservar la integridad física y moral del menor, su mundo colectivo e individual²⁸, en su presente y para su futuro. De modo que para comprender esa esencia deberemos centrarnos en analizar esa determinación conceptual mínima, o núcleo, en consideración a los términos que la conforman, y su naturaleza misma, estos es atendiendo al significado que el legislador ha depositado en el término “protección” (interpretación teleológica), y la consideración de la expresión menor.

5.1. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “PROTECCIÓN INTEGRAL”

La primera consideración que la doctrina resalta claramente es el hecho de que la protección en sí misma se orienta fundamentalmente a procurar el mayor número de ventajas posibles para el menor, y evitar el menor número de riesgos e inconvenientes, en otras palabras y como acertadamente nos dice IGLESIAS REDONDO:

“El concepto de interés del menor, lejos de significar arbitrio y capricho del mismo, estriba en la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en proyección frente al futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal”²⁹

De otra parte, este mayor número de ventajas y menor número de inconvenientes persiguen el bienestar o *welfare* para el menor. De manera que la protección integral significa también bienestar³⁰ del menor, BROMLEY, citado por RIVERO HERNÁNDEZ: “El bienestar del niño no se mide sólo por dinero ni por *comfort* físico. La palabra bienestar (*welfare*) debe ser tomada en el sentido más amplio. El bienestar moral y religioso debe ser tomado en consideración tanto como el bienestar físico. Tampoco deben ser ignorados los vínculos de afecto”³¹. En el mismo sentido el ju-

rista inglés H. K. BEVAN, expone que: “el *welfare* debe ser entendido en el más amplio sentido, de modo que incluya no sólo el bienestar físico y mental del menor, sino también el moral, el espiritual y cada vez más el bienestar emocional (afectivo)”³² DÍEZ-PICAZO, antes que a bienestar, hace referencia al beneficio del menor en estos términos:

“La cláusula de beneficio de los hijos, o beneficio de los niños, constituye también un criterio de selección entre las diferentes y eventuales opciones que en relación con ellos se pueden adoptar. Elegirá el padre, o en su caso elegirá el juez la que resulte o considere, razonablemente, que puede resultar la más beneficiosa para los hijos ... la cláusula de beneficio de los hijos supone una regla, en virtud de la cual en caso de conflicto, el interés de los hijos prepondera y el interés de los padres se sacrifica y cede...”³³

Finalmente, y no menos importante, la protección del menor pasa por el respeto y garantía de sus derechos fundamentales, pues se considera, como señala en esta oportunidad NAVAS NAVARRO³⁴, que el óptimo desarrollo de la personalidad del menor, (lo que siempre será una ventaja, beneficio o bienestar para el mejor) se logra a través del ejercicio de los derechos fundamentales de los que es titular.

De modo que el principio interés del menor constituye una garantía que da prioridad a los derechos fundamentales del niño sobre cualquier otro derecho concurrente en tanto lo requiera el bienestar del propio menor, entendido éste, según palabras de TORRES PEREA³⁵, como el conjunto de condiciones necesarias para proveerle de un marco vital suficiente en el que pueda desarrollar sus capacidades y cualidades psíquicas, personales, sociales y afectivas necesarias para su progresivo crecimiento en armonía con la realidad que le rodea.

El menor es titular de derechos fundamentales desde que adquiere su personalidad; es decir desde el nacimiento, y por tanto el interés del menor consistirá simplemente en que todas las decisiones que se tomen sobre éste garanticen que sus derechos fundamentales estén libres de toda lesión.

En consecuencia, la expresión protección integral implica el respeto y garantía de derechos fundamentales del menor, la satisfacción de sus necesidades derivadas de su desarrollo físico y mental, y dentro de ellas, las necesidades básicas o vitales (alimento, vivienda, vestido, educación, asistencia médica, etc.), así como las necesidades espirituales (afectivas en primera línea, educacionales, religiosas)

Debiendo predominar en todo caso las necesidades espirituales, antes que las materiales, especialmente las afectivas, pero lo ideal es mantener un adecuado equilibrio, y un mínimo de condiciones materiales. Se atenderá tanto a las necesidades presentes y futuras, recordando que el menor es ante todo futuro, manteniendo el deseado equilibrio, pero en caso de conflicto se debe atender al futuro, antes que al presente, a menos que existan situaciones de riesgo, no fundadas, o problemas graves de salud, malos tratos, etc., los cuales deberán ser atendidos de inmediato y con carácter de urgencia.

Es importante mantener la estabilidad y la paz del menor como requisitos esenciales para su desarrollo, de allí la necesidad de proveer a la familia de todo cuanto requiera para que asuma plenamente sus responsabilidades, de suerte que el niño crezca dentro del seno familiar, especialmente su familia biológica, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión para un pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.³⁶

Esta es pues, en un sentido teleológico, la *ratio escendi* del principio o estándar jurídico que en la versión anglosajona se denomina *the best interest of the child*, en la española *interés superior del niño*, en la francesa *le bien de l'enfant*, en la alemana *besten des Kindes*, y en la suiza *Kindeswohl*. Desde este punto de vista podríamos nosotros también proponer como un concepto de interés superior del menor: *la protección de todas las fases de vida y estados del menor, su mundo individual y colectivo, espiritual y material, en el presente y para el futuro.*

5.2. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "MENOR"

5. 2. 1. EL MENOR COMO SUJETO PLENO DE DERECHOS

A partir de la Convención de los Derechos del Niño del 20 de noviembre

de 1989 se ha producido un cambio en el *status* social y jurídico del menor, por cuanto se inicia una nueva filosofía en relación a la concepción del menor basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y por supuesto un mayor protagonismo.

Se otorga, en consecuencia, un nuevo enfoque en la construcción del edificio de los Derechos humanos de la infancia, reformulándose también la estructura del derecho de protección a la infancia en los distintos ordenamientos jurídicos mediante el reconocimiento pleno tanto de la titularidad de los derechos de los menores de edad, como de la capacidad progresiva para ejercerlos, de forma que las limitaciones que puedan derivarse del hecho evolutivo se interpreten de manera restrictiva. En este orden de ideas la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente de Venezuela en su preámbulo declara:

“En el marco de esta nueva concepción jurídica y social se atribuyen derechos específicos a los niños y adolescentes, pero no derechos especiales excluyentes. La especificidad implica reforzar los Derechos otorgados a los seres humanos de cualquier edad, adecuándolos a los niños y adolescentes como sujetos en formación. Así mismo se amplían para ellos una serie de nuevos derechos que antes sólo se reconocían a los mayores de edad, por ejemplo: el derecho a la libertad de opinión, a la participación, asociación, seguridad social, entre otros”

En esta redacción del legislador venezolano deben destacarse los siguientes aspectos: a) La equiparación del menor y el adulto respecto de su capacidad jurídica, por supuesto atendiendo su condición de menor (adecuándolos a los niños y adolescentes como sujetos en formación), b) Se confiere al niño la categoría de sujetos participativos, creativos y activos, c) Se otorgan nuevos derechos, antes reconocidos sólo a los mayores de edad, mediante los cuales podrán los menores progresivamente ejercer sus propios derechos, expresar sus propios sentimientos y deseos, y modificar su propio entorno³⁷

5. 2. 2. “MINORÍAS” DE EDAD Y NO “MINORÍA”

Con miras a explicar nuestro propio concepto de interés superior del

menor: “*protección de todas las fases de vida y estados del menor...*”, y por supuesto aportar en la difícil tarea de concretarlo, se propone este acápite para desarrollar un aspecto de necesaria consideración en tema de minoría de edad.

La minoría de edad, como es ampliamente conocido por todos, constituye una etapa, la inicial, en el proceso evolutivo del hombre que al mismo tiempo contiene en sí misma diferentes etapas, fases o edades, todas ellas con sus propias particularidades y, en consecuencia, con sus propias necesidades, contradicciones, y aspectos de singular importancia a la hora de subsumir el precepto jurídico al caso concreto.

Vista así, la minoría, como acertadamente lo aseveró RIVERO HERNÁNDEZ³⁸, más que una etapa, consiste en muchas etapas, por lo que más que minoría deberíamos hablar de minorías. Si el niño de pocos años, por su vulnerabilidad y sus necesidades de toda índole, requiere especial atención, y precisa de alguien que se ocupe de él material, moral y psíquicamente, y por ello su capacidad de actuar es casi nula, por lo que la ley la transfiere íntegramente a otra persona; el menor adolescente en cambio va desarrollando las aptitudes físicas y psíquicas, cognoscitivas y afectivas básicas de su personalidad.

Por lo que este adolescente es capaz, de formarse progresivamente ideas y voliciones que dan cierta posibilidad de comprensión y elección y le permiten tomar conscientemente algunas decisiones, lo que le confiere una autonomía vital, que es la aptitud para seleccionar lo que quiere tener o hacer, a la luz de su percepción del mundo y de la vida, de su información y de las alternativas que contempla, que el Derecho no puede ignorar.

De ello se desprende, a nuestro juicio, una importante consecuencia: el concepto interés superior del menor es relativo, y por lo tanto necesitado de revisión constante, toda vez que para su concreción debe adecuarse a la situación material y espiritual de un niño que el tiempo irá transformando lenta e inexorablemente en adolescente primero, hombre después³⁹

6. CONSIDERACIONES FINALES

6.1. Todas las creaciones jurídicas, llámense conceptos, técnicas de determinación, o sistemas de valoración, son útiles siempre que exista una estimación casuística. Ya se trate de un concepto jurídico o meta-jurídico, éste debe ser considerado y limitado siempre en perpetua conexión con el examen del caso, y fundamentado en su justeza interna, es decir su utilidad, oportunidad y conveniencia para satisfacer las necesidades del hombre, que en nuestro caso todavía es un niño. De allí la exigencia del conocimiento, la experiencia y porque no, la intuición requerida en el jurista, tanto para aquel que cumple con la sublime misión creadora del Derecho, como para quien le corresponde su aplicación o concreción en la práctica, porque el Derecho que no se realiza no es Derecho, no basta por tanto que sea declarado, es necesario que sea realizado.

6.2. El interés superior del niño constituye, a los efectos de la presente investigación, *la protección de todas las fases de vida y estados del menor, su mundo individual y colectivo, espiritual y material, en el presente y para el futuro.*

6.3. El menor, al igual que el hombre cuya naturaleza comparte, es un ser de dos mundos entre los que fluctúa: un mundo individual y un mundo colectivo, uno espiritual y el otro material o físico, que ni el Derecho, ni el jurista pueden ignorar. De modo que siendo el niño un hombre en potencia, todo cuanto se busque en su beneficio debe procurar optimizar su presente y garantizar su futuro, abonando así al bienestar físico y mental de las próximas generaciones.

6.4. La protección integral del menor goza de un doble carácter: a) constituye la esencia del concepto Interés del menor, b) y es el fin último del principio. En razón de ello cualquier acto que se haga en interés del menor debe atender, procurar y garantizar este resultado y no otro.

7. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Pérez, M. «Actualidad Civil, núm. 21.» *La situación jurídica del menor en la L. O. 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y Sombras*, enero 1997: pág, 23.

Bevan, H. K. *Child Law*. Londres: Buttherworths, 1988.

Biondi, B. *Arte y Ciencia del derecho*. Barcelona, España: Ariel, 1953.

Borrás Rodríguez, A. «El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho Internacional Privado.» *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, año 1994: pág, 923.

Calvo Caravaca, A., J. Carrascosa González, y E. Castellanos Ruiz. *Derecho de Familia Internacional*. Madrid: Editorial Colex, 2008.

Castro., De. “*Derecho Civil de España*”. Madrid,: Instituto de Estudios Jurídicos, 1955.

Díez-Picazo, L. «Principio de protección integral de los hijos (Tour pour l'enfant’).» *La tutela de los derechos del menor. I Congreso Nacional de Derecho Civil*. Córdoba, España, 1984. págs 127 y ss.

Dogliotti, M. «“Che cosa è l’interesse del minore”.» *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1992: 1093 y ss.

Donnier. «L’intérêt de l’enfant.» *Dalloz*, 1959: pág, 179.

Durán Ayago, A. “*La protección internacional del menor desamparado: Régimen Jurídico*”. Madrid: Editorial Colex, 2004.

Durán Ruiz, F. *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España e Italia. Con especial atención a los menores inmigrantes*. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2008.

García De Enterría Y Fernández, T. *Curso de Derecho administrativo, Tomo I*. Madrid: Civitas, 2004.

García De Enterría, E. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1983.

Grieder Machado, H. «Las incapacidades y su forma de protección.» En *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, de Hilda Aguilar Grieder, Elena Cano Bazaga, Hilda Grieder

Machado, José Antonio Pérez Beviá, Andrés Rodríguez Benot, José Antonio Tomás Ortiz, Alfonso Ybarra Bores. Mariano Aguilar Benítez de Lugo, 52-85. Madrid: Tecnos, 2006.

Herranz Ballesteros, M. *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004.

IGLESIAS REDONDO, J. *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*. Barcelona, España, Cedecs, 1996.

Iglesias, J. «Miniaturas histórico- jurídicas.» En *Estudios Jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge, Vol. I*, pág., 557, ss. Salamanca, España: Asociación iberoamericana de Derecho Romano, 2002.

Martín Gonzalez, M. «El grado de indeterminación legal de los conceptos jurídicos.» *Revista de la Administración Pública*, 1967, núm. 54: 195 ss.

Navas, Navarro. «El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada.» En *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Tomo I*, 689 ss. Madrid, 2003.

Puig Brutau, J. *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*. Barcelona, España: Bosch, 2006.

Rivero H., F. *El interés del menor*. Madrid: Dykinson, 2007.

Sabido Rodríguez, M. «Consideraciones sobre el convenio unilateral entre España y Marruecos de 1997.» En *Mundialización y Familia*, de A. Calvo Caravaca y J. Iriarte Ángel, 347-356. Madrid: Colex, 2001.

Salazar, R., “*Análisis de Situaciones especiales referidas a la atención de niños, niñas, y adolescentes en riesgo social: Interés superior de la persona menor de edad*”, Santiago de Chile: ICAES, 2001.

Torres Perea, José M. *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Iustel, 2009.

Zalarruqui S., L., «Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos.» En *Temas de Actualidad del Derecho de Familia*, de L., Abril C., J., Boix Reig, J., Seoane S., José Luis, Marfil, J. Zalarruqui S., 13-61. Madrid: Dykinson, 2006.

8. (ENDNOTES)

* Abogada ULA, Cum Laude. Profesora Asociado de la Escuela de Derecho de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Procesal Penal USM, Caracas, Venezuela. Especialista en el área del Derecho Procesal Romano (Acciones Populares e Interdictos) USAL, Salamanca, España. Diplomado de Estudios Avanzados (DEA) título propio otorgado por la USAL, Salamanca, España. Premio de Suficiencia en la Investigación (Grado Salamanca) otorgado por la USAL, Salamanca, España. Candidata a Doctora en Derecho Privado, USAL, Salamanca, España. Miembro de la Cátedra de Derecho Romano de la ULA. Miembro de la Asociación Venezolana de Profesores para el estudio y difusión del Derecho Romano. Miembro del Observatorio de Derechos Humanos de La Universidad de Los Andes. Conferencista- Ponente en diversos eventos Nacionales e Internacionales en el área del Derecho Romano.

2 Según la concepción moderna se confiere al menor, especialmente a partir de cierto momento de su vida (la adolescencia), el *status* de persona (tendencialmente autónoma), partícipe principal en la concreción de su propio interés. Desde esta perspectiva, el interés del menor no consiste sólo en buscar lo que es mejor para él, sino en ayudarlo a conseguir, progresivamente, mayor autonomía y una identidad de adulto que le habilite para que ejerza directamente derechos y libertades indeclinables. Particularmente el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expone: "Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de Derecho..." Sobre el punto, *vid.*, RIVERO H., F., "El interés del menor", Dykinson, Madrid, 2007, pág., 28.

3 Desde el ámbito del Derecho Convencional, el interés del menor se encuentra presente en diferentes Convenios internacionales, y así aparece expresamente recogido en los artículos 3 y 21 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en el preámbulo del Convenio Europeo de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia. También el interés del menor se encuentra recogido en diversos preceptos de los Convenios de La Haya relacionados con la protección de éste, como el artículo 4 del Convenio de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de menores; el artículo 6 del Convenio del 15 de noviembre de 1965, (no ratificado por España), sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción, los artículos 5 y 6 del Convenio del 2 de octubre de 1973, sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias; el preámbulo del Convenio de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; y el preámbulo y los artículos 1, 16, 21 y 24 del Convenio del 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

4 En el Derecho interno español el interés del menor aparece recogido en el artículo 39.4 de la constitución Española, y en la ley Orgánica de Protección del Menor del 15 de enero de 1996, que en su artículo 2 hace un pronunciamiento bastante rotundo sobre este principio: "En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...". *Vid.*, AGUILAR B., M., AGUILAR, H., CANO B., E., GRIEDER M., H., ... "Lecciones de Derecho Civil Internacional", Editorial Tecno, Madrid, 2006, pág., 62; ZALARRUQUI S., L., "Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos", en *Temas de Actualidad del Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2006, pág., 25. En Venezuela, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, del 2 de Octubre de 1998 en su preámbulo proclama como premisa fundamental de la doctrina Protección integral, el principio del interés del niño, que debe ser la base para la interpretación y aplicación de la

normativa que regule la materia, para establecer las líneas de acción y para limitar la discrecionalidad de los actos de cualquier instancia social.

5 La consagración constitucional de los países en Estados sociales y democráticos de Derecho y de Justicia (A cuya lista se incorpora España a través de la Constitución de 1978, y Venezuela a partir del 2000 con la aprobación y publicación en Gaceta Oficial de su Carta Magna) ha impulsado esta *publicación* de la protección del menor, que hoy por hoy es asumida como obligación Estatal. El nuevo Estado social y democrático del siglo XX, que despide el Estado liberal del siglo XIX, ha dejado también en el pasado aquella concepción de protección esencialmente familiar, por considerar la familia base de la sociedad, en la que los menores solo ven garantizados un mínimo de derechos a la infancia, para dar paso a una nueva concepción en la protección del menor visto ya como un individuo titular de derechos y meritorio de protección especial, no tanto por su condición de miembro de una familia, sino por una condición que le es intrínseca: ser menor.

6 *Vid.*, DURÁN AYAGO, A., “*La protección internacional del menor desamparado: Régimen Jurídico*”, Editorial Colex, Madrid, 2004, pág., 24.

7 DONNIER, “L’intérêt de l’enfant”, *Dalloz*, 1959, pág., 179, nos dice: ¿De qué se trata? ¿Es una idea superficial puesta de moda por una fórmula feliz o bien hay en ella alguna idea más profunda?, En el mismo sentido DOGLIOTTI, M., “Che cosa è l’interesse del minore” en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, n° 4, 1992, pág., 1093 señala: “la expresión interés del menor corre el riesgo de llegar a ser una vacía tautología, mero adorno exterior de la argumentación” y PÉREZ ALONSO, al estudiar la situación del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor española comenta: “... seguimos sin saber que es el interés de los menores... artículos farragosos de fatigosa lectura y difícil aplicación. Un mal endémico de nuestros legisladores modernos, que no saben formular leyes concisas, claras, bien escritas...”, *vid.*, ALONSO PÉREZ, M., “La situación jurídica del menor en la L. O. 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y Sombras” en *Actualidad Civil*, núm. 21, enero 1997, pág., 23.

8 *Vid.*, CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; CASTELLANOS RUIZ, E., “*Derecho de Familia Internacional*”, Editorial Colex, Madrid, 2008, pág., 327; DURÁN AYAGO, A., “*La protección internacional del menor desamparado: Régimen Jurídico*”, *op. cit.*, pág., 89; RIVERO H., F., “*El interés del menor*”, *op. cit.*, págs., 70-73; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho Internacional Privado” en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, año 1994, pág., 923.

9 TORRES PEREA, JOSÉ M., “*Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*”, Lustel, Madrid, 2009, pág., 21.

10 JAVOLENO, D. 50.17.202.

11 Sobre esta técnica legislativa, los conceptos jurídicos indeterminados y su aplicación, véase, DURÁN RUIZ, F., “*La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España e Italia. Con especial atención a los menores inmigrantes*”, Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2008, págs., 93-95. RIVERO H., F., “*El interés del menor*”, *op. cit.*, págs., 70-73; y sobre la aplicación de la técnica especialmente en el Derecho administrativo, *vid.*, MARTÍN GONZÁLEZ, M., “El grado de indeterminación legal de los conceptos jurídicos” en *Revista de la Administración Pública*, núm. 54, 1967, págs. 195 ss.; y GARCÍA DE ENTERRIA, E., “*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*”, Civitas, Madrid, 1983, pág., 33.

12 El poseedor actúa de buena fe o no, la decisión tomada por el padre fue

la más conveniente o no, la patria potestad fue ejercida en beneficio de los hijos o no. Las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*”, *op. cit.*, pág., 33, son bastantes ilustrativas en este punto: “... en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados sólo una única solución será la justa, por lo que no podrá ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad, sino un proceso de juicio o estimación, proceso en definitiva reglado, toda vez que sólo admite una solución justa. Es un proceso de interpretación y aplicación de la Ley, de subsunción en categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre categorías igualmente justas”. Sobre este punto véase del mismo autor: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, T., “*Curso de Derecho administrativo*”, Tomo I, Civitas, Madrid, 2004, págs., 443 ss.

13 TORRES PEREA, JOSÉ M., “*Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*”, *op. cit.*, pág., 27.

14 El Derecho entendido no como simple sistema normativo, debe obedecer a una realidad intrínsecamente humana para poder entender y dar a cada cual lo que le corresponde. Al respecto IHERING expresaba: “los jurisconsultos romanos esas virtuosidades de la aplicación práctica del método, no han intentado que yo sepa, ni el más tímido ensayo para trazar una teoría. No existe entre ellos ninguna explicación del objeto y misión del método, ni rasgo o palabra alguna sobre los principios que en él dominan lo que es una nueva y perfecta prueba de la antigua verdad que dice que la práctica más rigurosa y el florecimiento más hermoso de un arte no dependen del conocimiento científico de sus leyes, sino de su esencia”, sobre el punto *vid.* VON IHERING, R., “*El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*”, Comares, Granada, 1998, pág., 524.

15 KASER, M., “*En torno al método de los juristas romanos*”, Gráficas Andrés Martín, Valladolid, 1964, págs., 12-31; IGLESIAS J., “*Miniaturas histórico-jurídicas*”, *Estudios Jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, Vol. I, Asociación iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca-España, 2002, págs., 128 y 132; PUIG BRUTAU, J., “*La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*”, Bosch, 2006, pág., 95.

16 *Vid.*, CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; CASTELLANOS RUIZ, E., “*Derecho de Familia Internacional*”, *op. cit.*, págs., 326-327; DURÁN AYAGO, A., “*La protección internacional del menor desamparado: Régimen Jurídico*”, *op. cit.*, pág., 91; RIVERO H., F., “*El interés del menor*”, *op. cit.*, págs., 81-85; BORRAS RODRÍGUEZ, A., “*El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho Internacional Privado*”, *op. cit.*, pág., 923; TORRES PEREA, JOSÉ M., “*Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*”, *op. cit.*, pág., 26; SABIDO RODRÍGUEZ, M., “*Consideraciones sobre el convenio unilateral entre España y Marruecos de 1997*”, en *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, págs., 347-356, especialmente en la pág., 347; GRIEDER MACHADO, H., “*Las incapacidades y su forma de protección*” en *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Tecnos, Madrid, 2006, págs., 52-85, particularmente en las págs., 62-63.

17 *Vid.*, CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; CASTELLANOS RUIZ, E., “*Derecho de Familia Internacional*”, *op. cit.*, págs., 326-327; DURÁN AYAGO, A., “*La protección internacional del menor desamparado: Régimen Jurídico*”, *op. cit.*, pág., 91.

18 Al respecto el completo trabajo de DURÁN RUIZ, F., “*La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España e Italia. Con especial atención a los menores inmigrantes*”, Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2008, págs., 91-92

19 *Op. cit.*, págs., 81-82.

20 En Venezuela el interés del menor también es elevado a la categoría de principio como expresamente señala en su preámbulo

21 DE CASTRO, “*Derecho Civil de España*”, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1955, págs., 460-461.

22 RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág., 84

23 BORRAS RODRÍGUEZ, A, “El interés del menor como factor de Progreso y unificación del derecho Internacional Privado”, *op. cit.*, pág., 923.

24 *Vid.*, HERRANZ BALLESTEROS, M., “*El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004, pág., 47; DURÁN RUIZ, F., “*La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España e Italia. Con especial atención a los menores inmigrantes*”, *op. cit.*, pág., 98

25 Por ejemplo emplea esta fórmula el ordenamiento inglés en la *Children Act* de 1989, entre los que se enumera los deseos y sentimientos del niño que se tendrán en cuenta dependiendo de su edad y madurez, distintas necesidades básicas como son las físicas, emocionales y educativas, la estabilidad del menor centrado en que no se produzca un cambio en el entorno que le rodea, la capacidad de la persona a la que se otorga la custodia del menor para su cuidado, la satisfacción de sus necesidades, entre otras. Por su parte el ordenamiento norteamericano en la *Uniform Marriage and Divorce Act* introduce los siguientes criterios: los deseos del menor en torno a la persona con la que quiere estar (criterio de singular importancia ya que en USA esta relación afectiva, gobierna el régimen de atribución de la custodia de los hijos y el de visitas de los padres no custodios, por cuanto consideran que esas relaciones personales son esenciales, valiosas para el menor), así como también los deseos del niño en relación con el lugar de residencia, el tiempo que el menor ha estado bajo la protección del progenitor que pretende la custodia, las circunstancias del mismo, los deseos de los padres relativos a la custodia y el lugar de residencia, la salud mental y física de las partes involucradas, etc. En Australia se sigue la misma técnica a través de la *Family Law Act* de 1975. Sobre el punto, *vid.*, HERRANZ BALLESTEROS, M., “*El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*”, *op. cit.*, págs., 47-48, y por supuesto el excelente trabajo de RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs., 109-116.

26 La inconcreción de las normas abiertas y cláusulas generales y los riesgos de su imprevisibilidad y posible injusticia han dado pie a la creación de la técnica empleada por el Derecho anglosajón, como antítesis de las primeras, *vid.*, RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág., 106.

27 Que no es otra que la estructura del concepto indeterminado según la certera opinión de MARTÍN GONZÁLEZ, M., “El grado de indeterminación legal de los conceptos jurídicos”, *op. cit.*, págs 195 ss.; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*”, *op. cit.*, pág, 33.

28 El niño, como hombre que es, es ser de dos mundos entre los que fluctúa, uno individual y otro colectivo, a los cuales el Derecho debe extender su tutela, pues cuando alguno de ellos es suprimido luchará indefectiblemente en busca del espacio que le ha sido negado, originándose entonces las consabidas crisis, que más que crisis del Derecho, son crisis del hombre: cuya verdadera naturaleza se ve alterada, lesionada, o simplemente amenazada. Y es allí donde en esencia radica el triunfo del reconocimiento jurídico del menor como sujeto capaz de derecho, pese a su corta edad, haber puesto de manifiesto el cambio de consideración del hombre abstracto a la nueva consideración del hombre contemplado en las distintas fases de su vida, en un exacto valor de la naturaleza del hombre en toda su largueza, y en consecuencia abrazar, con la garantía del Derecho, que no es otra que la acción en justicia, el mundo individual y colectivo que hay en el hombre.

29 IGLESIAS REDONDO, J., “Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores”, Cedecs, Barcelona, España, 1996, pág. 66.

30 *Vid.*, NAVAS NAVARRO, “El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Madrid, 2003, pág. 707; TORRES PEREA, JOSÉ M., “Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar”, *op. cit.*, pág. 27.

31 Probablemente en ningún sistema jurídico ha preocupado más el determinar qué es el interés o bienestar del menor como en el common law, de larga tradición en esta materia. BROMLEY, citado por RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 122, dice que aunque ese principio es considerado como la piedra angular del moderno *custody law* es sorprendentemente difícil encontrar una concreción judicial de lo que se cree signifique el término *welfare*, y cita, como una de las pocas definiciones en esta materia, la del Juez LINDLEY del año 1893, que es la que se ha reproducido textualmente. Pero quizá la mejor definición moderna del significado *welfare*, continua BROMLEY, es la dada en Nueva Zelanda, en el caso *Walter vs Walter and Harrison* (1981), por el Juez HARDY BOYS, quien dice: “*welfare* es una palabra omnicompreensiva. Incluye el bienestar material, tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, como en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Sin embargo aunque debe tenerse en cuenta lo material, es cuestión secundaria. Son más importantes la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el propio desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño”

32 BEVAN, H. K., “*Child Law*”, Butterworth’s, Londres, 1988, pág. 87.

33 DÍEZ-PICAZO, L., “Principio de protección integral de los hijos (Tour pour l’enfant)”, en la *Tutela de los derechos del menor*, I Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, España, 1984, págs 127 y ss.

34 NAVAS NAVARRO, “El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada”, *op. cit.*, pág. 707.

35 TORRES PEREA, JOSÉ M., “Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar”, *op. cit.*, pág. 28.

36 Extraído del preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño.

37 En el mismo sentido lo expresa la exposición de motivos de la Ley Orgánica de Protección del Menor española cuando define a los menores de edad “como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio entorno personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control a cerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad.

38 *Op. cit.*, págs, 176-179.

39 SALAZAR, R., “Análisis de Situaciones especiales referidas a la atención de niños, niñas, y adolescentes en riesgo social: Interés superior de la persona menor de edad”, Editorial ICAES, Santiago de Chile, 2001, págs., 85-98