

¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE EL INTERÉS DEL MENOR?*

WHAT IS AND WHAT IS THE INTEREST OF THE MINOR?

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 14-49

* El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación "El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas" [ref. PID2019-109019RB-I00], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el FEDER.



María Paz
GARCÍA
RUBIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: En el presente artículo se analiza el origen del concepto del interés superior del menor y como se incorporó en el ordenamiento jurídico español, a partir de su triple dimensión. En una segunda parte se determina para qué sirve el interés superior del menor en el derecho español, desde el ámbito normativo hasta su aplicación en los tribunales.

PALABRAS CLAVE: Interés del menor; autonomía del menor; consideración primordial del menor.

ABSTRACT: *This article analyzes the origin of the concept of the best interests of the minor and how it was incorporated into the Spanish legal system, from its triple dimension. In a second part, it is determined what the best interest of the minor is in Spanish law, from the regulatory sphere to its application in court.*

KEY WORDS: *Interest of the minor; autonomy of the minor; primary consideration of the minor.*

SUMARIO.- I. PRELIMINAR. - II. ¿QUÉ ES EL INTERÉS DEL MENOR?. - I. Origen del concepto y su recepción en el ordenamiento jurídico español. - 2. La triple dimensión del interés del menor según el Comité de los derechos del niño. - 3. ¿Qué significa que la primary consideration del interés del menor?. - 4. ¿Quién debe apreciar el interés del menor?. - 5. Interés del menor v. autonomía del menor. - 6. El interés del menor lo es de un menor concreto. - III. ¿PARA QUE SIRVE EL INTERÉS DEL MENOR EN DERECHO ESPAÑOL? - I. En el Código civil español. - 2. ¿Para qué sirve en los tribunales? - A) No sirve para nada o sirve para muy poco. - B) Sirve para aplicar correctamente la norma. - C) Sirve para integrar lagunas normativas. - D) Sirve para modificar la norma escrita. - E) Sirve para no entrar en el fondo en el recurso de casación. - 3. Conclusión: el recurso del interés (superior sic) del menor o no sirve para nada, o sirve para casi todo.

I. PRELIMINAR.

Una elemental exigencia de honestidad intelectual me obliga a comenzar este trabajo con dos consideraciones preliminares, que han de ser conocidas por el lector desde un buen principio. La primera, que el título que lo rubrica es, sobre todo, una provocación, pues si yo supiera responder en las líneas que siguen a la doble pregunta que formulo en el título, sin duda sería un ser casi omnipotente, lo que indudablemente está muy lejos de la realidad de una humilde profesora universitaria española en tiempos de crisis. La segunda, que una buena parte de los contenidos que se expresan en el epígrafe II han sido ya contados en un escrito previo dedicado a homenajear a quien fue uno de mis profesores en mi Licenciatura en Derecho¹, hace ya muchos más años de los que quisiera; en la primera parte de este trabajo me he limitado a aclarar algunos de los puntos de ese escrito previo y a hacer alguna actualización que me ha parecido pertinente. La parte más original se corresponde con el epígrafe III titulado ¿Para que sirve el interés del menor en Derecho español?

II. ¿QUÉ ES EL INTERÉS DEL MENOR?

I. Origen del concepto y su recepción en el ordenamiento jurídico español.

El creciente compromiso de los ordenamientos jurídicos contemporáneos con los derechos de los niños tiene su hito fundamental en la Convención de las

¹ GARCÍA RUBIO, M^a.P.: "Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor" en AA.VV.: Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos, Fernández Rozas, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020.

• María Paz García Rubio

Catedrática de Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela. Correo electrónico: mpaz.garcia@usc.es

Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989². Sabido es que, entre otros principios fundamentales³, el texto convencional consagra la regla del *best interests of the child*⁴. En concreto, el artículo 3.1 en su versión original dispone, “in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration”.

En su versión en español el *best interests of the child* ha sido traducido, sin demasiada exactitud⁵, por la expresión “interés superior del menor”⁶, lo cual ha producido ciertos equívocos en torno a su verdadero significado; equívocos que, sobremanera, nuestro legislador se ha empeñado en incrementar al operar el traslado del contenido del citado precepto de la Convención al artículo primero de LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la Infancia y a la Adolescencia, con el fin de modificar el artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En esta última sede, precisamente bajo la rúbrica “interés superior del menor”, el reformado artículo 2.1 LOPJM establece: “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

- 2 En adelante, la Convención. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE 31 de diciembre).
- 3 SUTHERLAND, E.E., BARNES MACFARLANE, L.A.: destacan cuatro principios básicos en la Convención: el derecho del niño a estar libre de discriminación (art. 2); el mejor interés del niño como primaria consideración en la toma de decisiones que le conciernen (art. 3); el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (artículo 4) y el derecho del niño a participar en la toma de decisiones (art. 12), en AA.VV.: *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being* (ed. E.E. SUTHERLAND, L.A. BARNES MACFARLANE), Cambridge University Press, 2016, p. 4.
- 4 Aunque no se trata de un concepto nacido de la Convención de 1989. Recoge precedentes de la idea que alcanzan a los siglos XVIII y XIX, incluida la etapa codificadora, LENTI, L.: “Note critique in tema di interesse del minore”, *Riv.dir.civ.*, 2016, pp. 86-111, espec. pp. 90-91.; por su parte, SUTHERLAND, E.E.: “Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: The Challenges of Vagueness and Priorities”, en AA.VV.: *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being* (ed. E.E. SUTHERLAND, L.A. BARNES MACFARLANE), Cambridge University Press, 2016, pp. 21-50; en la p. 21, apunta que la expresión se incluyó en la Declaración de Ginebra de derechos del niño de 1924, en la Declaración de las NU sobre derechos del niño de 1959 y en la Convención de las NU para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979. Además, se trata de un concepto utilizado durante décadas en muchos ordenamientos nacionales como criterio de decisión en cuestiones de Derecho de familia, como aclara KILKELLY, U.: “The Best Interests of the Child: a Gateway to Children’s Rights”, en AA.VV.: *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being* (ed. E.E. SUTHERLAND, L.A. BARNES MACFARLANE), Cambridge University Press, 2016, p. 51.
- 5 Repárese en que en el texto reproducido *best interests* está en plural, al igual que en los arts. 9.1 y 9.3, 18.1, 20, 21; en cambio, está en singular (*best interest*) en los arts. 37 c), y 40.2.b.iii, diferencia que no existe en la versión española.
- 6 LENTI, L.: “Note critique”, cit., pp. 88 y 89, refiriéndose a la versión italiana, pero con aclaraciones perfectamente válidas para la española, recuerda que la utilización del adjetivo “superior”, atribuido al interés del menor, deriva de la versión oficial en francés de la CNUDN, en la que *best* se tradujo por *superior y primario por primordiale*.

Personalmente me parece bastante claro que esto último no lo dice la Convención, la cual tampoco contiene ningún mandato o precepto parecido a lo que dispone el artículo 2.4 de la LOPJM española, cuando establece: “En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados”.

Volveré mas adelante sobre los dos preceptos redactados en 2015, los cuales, a mi juicio, no sólo suponen una mala comprensión de lo que significa el interés del menor, sino también una llamada segura a su inaplicación, salvo que se pretenda llegar a resultados absurdos; piénsese en la hipótesis de que el interés del menor pueda llegar a chocar con el derecho a la vida de otra persona ¿de verdad ha de primar aquel sobre este?, ¿cómo habrá de valorarse este derecho a la vida a la hora de tomar la decisión? En este punto, estoy totalmente de acuerdo con EEKELAAR cuando señala que la utilización del reiterado principio puede conducir a resultados injustos para los adultos si se aplica de tal manera que ningún otro interés, excepto el del niño, sea dotado de peso específico en el caso concreto, lo cual podría suceder si el interés del niño sirve para anular todos los demás⁷; mucho me temo que esa sería la deriva si los dos preceptos internos que he reproducido fueran aplicados de manera literal.

El interés del menor, o el mejor interés del menor, o el interés del niño o la niña, o el mejor interés del niño o la niña, que de todas estas maneras podría denominarse⁸ (pero no, como he dicho, el superior interés del menor), se viene utilizando como criterio de decisión fundamental en la mayor parte de los casos de Derecho de familia en los que está implicado un menor de edad. Ejemplos que a todos se nos ocurren son los que ventilan cuestiones de determinación de la filiación, de responsabilidad parental, de residencia de los hijos menores

7 EEKELAAR, J.: *Family Law and Personal Life*, 2ª ed., Oxford University Press, 2017, p. 57; en sentido similar, para el Derecho italiano, descarta cualquier superioridad jerárquica y propone la sustitución de la idea de superioridad del interés del menor por la de centralidad, V. SCALISI: “Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto”, *Riv. dir. civ.*, vol. 64, 2018-2, pp. 405- 434, espec. p. 432. Por el contrario, FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2018, pp. 107-134, espec. p.110, afirma que la inclusión del interés del menor en el art. 3 de la Convención “revela que, en caso de conflicto entre interés del niño, por un lado y los intereses y deberes de los padres o del Estado o de la sociedad, por otro, prevalecerá el interés del niño”.

8 Si bien en español la palabra “niño” o “niña” parece tener un alcance más reducido que en otras lenguas europeas; en las dos primeras acepciones de la RAE la voz “niño” se define como “que está en la niñez” y “que tiene pocos años”, de modo que difícilmente se puede llamar niño a un adolescente de 16 o 17 años, razón por la que en nuestro Derecho se utiliza mayoritariamente la palabra “menor” para referirse al que tiene menos de 18 años; sin embargo, para algunos se trata de un vocablo que conlleva una carga peyorativa, por lo que debería evitarse.

(custodia compartida, traslado internacional de menores, entre otros), de adopción, de violencia de género, etc. Pero, además, he de añadir que la extensión omnicomprendensiva que le da la Observación General núm. 14 (2013), del Comité de los derechos del niño⁹, referida precisamente al derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, implica que el citado interés se extiende a todo tipo de acciones que conciernan a los menores¹⁰, lo cual conlleva su aplicación en todos los sectores del ordenamiento, extravasando completamente su original ubicación en sede de relaciones familiares¹¹. Todo ello nos obliga a buscar el significado más nítido posible de lo que la locución quiere expresar, salvo que queramos que quede relegada a una mera fórmula carente de contenido y de verdadero significado jurídico; en realidad, la aclaración del concepto y de su cabal sentido resulta imprescindible en nuestro Derecho, toda vez que tanto la doctrina como la jurisprudencia, a pesar de su reiterada utilización, las más de las veces parecen dar vueltas sobre una idea intuitiva, que en muchas ocasiones sirve para justificar la solución que parece “justa” en el caso concreto, en lugar de mostrar su exacto valor jurídico.

2. La triple dimensión del interés del menor según el Comité de los derechos del niño.

Para intentar comprender ajustadamente el concepto de “interés del menor” comenzaré por decir que se trata una cláusula general, un concepto multidimensional o, si se prefiere, un concepto jurídico indeterminado, lo que no significa que se trate de una noción absolutamente vaga, subjetiva y maleable, susceptible de manipulación por el operador jurídico, quien podría darle el contenido que se le antojase, como algunos parecen dar a entender¹². Muy al contrario, según ha señalado el Comité, el concepto en cuestión tiene una triple dimensión que se reconoce y explica en el párrafo núm. 6 de la Observación General núm. 14 de 2013. Para comprender el alcance de esa triple dimensión lo más oportuno es comenzar por transcribir literalmente el mencionado párrafo, que dice así:

“El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

⁹ En adelante, el Comité.

¹⁰ El párrafo 19 de la Observación General, al interpretar la fórmula “concernientes a” señala: “La obligación jurídica se aplica a todas las decisiones y medidas que afectan directa o indirectamente a los niños. Por lo tanto, la expresión ‘concernientes a’ se refiere, en primer lugar, a las medidas y decisiones relacionadas directamente con un niño, un grupo de niños o los niños en general y, en segundo lugar, a otras medidas que repercutan en un niño en particular, un grupo de niños o los niños en general, aunque la medida no vaya dirigida directamente a ello”. Sobre el alcance del término “medida” en la Observación, VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2019, p. 47.

¹¹ KILKELLY, U.: “The Best Interests”, cit., pp. 53 y 54.

¹² Vid. la relación de los autores anglosajones más críticos con el concepto, en KILKELLY, U.: “The Best Interests”, cit., p 51.

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.”

Pues bien, a pesar de que ni las normas internacionales ni las internas dan una definición legal de lo que ha de entenderse por interés del menor y de que existan numerosas voces críticas en todo el ámbito comparado que califican el concepto como demasiado vago e indeterminado¹³, hasta el punto de que se tilda directamente de mera regla de cobertura para justificar la discreción judicial¹⁴, creo que con lo apuntado en el párrafo de la Observación que se acaba de transcribir tenemos herramientas suficientes para plasmar una idea, aunque sea aproximada, de lo que es el interés del menor o, al menos, de lo que es en la Convención

13 Como MNOOKIN, considerado en la literatura inglesa el crítico por excelencia de la idea de interés del menor, según recoge SUTHERLAND, E.E., “Article 3”, cit., p. 22, autora que también muestra cómo el concepto ya fue controvertido en el proceso de elaboración de la Convención. En la doctrina italiana, de noción ambigua y confusa lo califica L. LENTI: “Note critiche”, cit., p. 86; este mismo autor lo tilda de “contenedor vacío”, “cortina de humo” o *passpartout* (pp. 105-107). En la literatura española FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Aproximación”, cit., p. 122, estima que “el interés del menor, en cuanto concepto jurídico indeterminado, se revela a priori como una noción intrínsecamente amplia, genérica, vaga, movедiza e indefinible”, añadiendo que en un segundo momento ha de ser objeto de concreción.

14 DAILEY A.C., ROSENBERG, L.A.: “The New Law of the Child”, *The Yale Law Journal*, 2018 (127), pp. 1448-1537, espec. pp. 1448 -1469.

interpretada por el Comité¹⁵ y, consiguientemente, lo que ha de ser en Derecho español¹⁶.

Apelando a la triple dimensión referida en la Observación General n.º 14 de 2013, me pregunto en primer lugar qué significa para el Derecho español que el interés del menor sea un derecho sustantivo, y más en concreto, si ello representa, en realidad, que estamos ante un verdadero derecho subjetivo con todos los caracteres que suelen ligarse en nuestra tradición jurídica a este concepto¹⁷. La cuestión ya ha sido planteada en nuestra doctrina por VARELA CASTRO, para quien la Observación General pretende hacer equivalentes los conceptos de derecho sustantivo y derecho subjetivo, con las consecuencias jurídicas que ello supone¹⁸. Este autor considera el interés del menor como un derecho de la personalidad, oponible *erga omnes*, que opera tanto en las relaciones verticales entre el menor y la Administración, como en las relaciones horizontales del menor con otros sujetos privados, señaladamente con los que conforman su grupo familiar; estima además que su condición de derecho subjetivo permite al menor exigir que su interés sea tomado en consideración y respetado y, en último término, acudir a los tribunales solicitando su protección jurídica¹⁹. Por mi parte, a pesar de reconocer lo sugerente de la idea de identificar el interés del menor como derecho sustantivo con su calificación como derecho subjetivo en el sentido técnico apuntado, la asimilación es difícil de compartir. La Observación General ni dice nada parecido ni puede decirlo²⁰, aunque solo sea porque el concepto de derecho subjetivo, con todas sus implicaciones, no es compartido por todos los ordenamientos jurídicos de los Estados que forman parte de la Convención y, por lo tanto, es muy improbable que estuviera en la mente de sus redactores. Es más, si se relee atentamente el reproducido párrafo que pretende aclarar su significado como derecho sustantivo, no creo que ni la referencia a la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica ni el hecho de que pueda ser invocado ante los tribunales, sean derechos de

15 Entiende que la triple dimensión del interés del menor, recogida en la Observación General núm. 14 ayuda a reducir su ambigüedad, SUTHERLAND, E.E.: "Article 3", cit., p. 22.

16 Según el art. 39.4 de nuestra Constitución "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". De hecho, el Preámbulo de la LOPJM se refiere expresamente a la triple dimensión del interés del menor, reconocida por el Comité.

17 En la definición clásica de CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, t. I, Reproducción de la edición original de 1949, Madrid, Tecnos, 1984, p. 573, "la situación de poder concreto concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa".

18 Según VARELA CASTRO, I.: "El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo 2016, pp. 3-61, espec. p. 22, ello implica la virtualidad de que el menor alegue su derecho a que su interés sea tenido en cuenta en el caso concreto en su beneficio y utilidad, así como a que se activen las consecuencias jurídicas derivadas de su eventual desconocimiento o violación.

19 VARELA CASTRO, I.: "El interés", cit., p. 25.

20 Destaca KILKELLY, U.: "The Best Interests", cit., p. 57, que el art. 3.1 de la CNUDN es uno de los pocos preceptos sustantivos que no utiliza la palabra "derecho" (*right*); tampoco lo articula como tal, ni recoge que el niño sea el titular del mismo; en cambio, otros artículos de la Convención, como el 6, el 9, el 12, o el 31 se refieren directamente a los derechos del niño a la vida, a mantener relaciones personales con sus padres, a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten, o al descanso y el esparcimiento.

naturaleza propiamente sustantiva²¹. Tampoco pienso que la dimensión ahora comentada pretenda que su ejercicio quede limitado a la actuación de su titular; más bien al contrario, parece un mandato dirigido a todos y en especial a los Estados que han de procurar el logro de los citados objetivos²².

El alcance del interés del menor como principio interpretativo resulta, a primera vista, más fácil de concretar. Referido a la actividad del operador jurídico, estamos ante una genuina regla de interpretación de las normas, que me atrevo a llamar *pro menor* o *pro niño* o incluso “regla de la opción más beneficiosa para el menor”²³, que obliga a optar, entre las posibles, por aquella interpretación de la norma o normas aplicables que maximice el interés del menor. La cuestión que cabe plantear aquí es si, además de esta función interpretativa *stricto sensu*, puede también cumplir una función integrativa o incluso correctora de reglas legales, hasta el punto incluso de llegar a justificar la inaplicación de alguna de ellas en el caso concreto²⁴.

Como indicio de una respuesta positiva a lo que se acaba de plantear, el TJUE considera²⁵, por ejemplo, que el interés del menor impide la aplicación estricta de una norma interna que suponga la negación del permiso de residencia a un adulto con un menor a su cargo, por el hecho de que aquel tenía antecedentes penales²⁶. Por su parte, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁷, el TEDH también excepciona la aplicación estricta de las reglas del Convenio de la Haya de 1980 en casos de secuestro internacional de menores por parte de uno de los progenitores²⁸, de suerte que en lugar de apreciar como adecuado el

- 21 De carácter más procedimental que sustantivo los califica KILKELLY, U.: “The Best Interests”, cit., p. 59.
- 22 Duda de que la Convención imponga en este punto una verdadera obligación a los Estados KILKELLY, U.: “The Best Interests”, cit., p. 58.
- 23 De *favor minoris* habla SCALISI, V.: “Il superiore interesse”, cit., p. 414. Para FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Aproximación”, cit., p. 133, se trata de una pauta que, en definitiva, exige decidir tomando como criterio lo que se reputa más beneficioso para el menor.
- 24 SCALISI, V.: “Il superiore interesse”, cit., pp. 418- 429, alude al superior interés del menor como fuente de legitimación de una nueva juridicidad no legal; muy crítico con la utilización de la cláusula del interés del menor para eludir el principio de legalidad, LENTI, L.: “Note critique”, cit., p. 88.
- 25 En el apartado III aludiré a esta función integradora en la jurisprudencia española.
- 26 STJUE 13 septiembre 2016, Asunto C165/14, Alfredo Redón Marín v. Administración del Estado, en cuyo fundamento núm. 66 se dice: “Asimismo, en lo que atañe a la eventual expulsión del Sr. Rendón Marín, es preciso, por un lado, tener en cuenta los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, en particular el derecho al respeto de la vida privada y familiar tal como se formula en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (véase, en este sentido, la STJUE 23 noviembre 2010, Asunto C145/09, Tsakouridis, apartado 52 y, por otro lado, respetar el principio de proporcionalidad. El mencionado art. 7 de la Carta debe ponerse en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño, reconocido en el art. 24, apartado 2, de la Carta (véase, en este sentido, la STJUE 23 diciembre 2009, Asunto C403/09, Deti□ek, apartados 53 y 54)”.
- 27 Aunque en su texto no aparece el interés del menor, el TEDH lo trata como un aspecto esencial del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio. Por lo demás, el Consejo de Europa ha aprobado otros cuerpos legales de importancia en la materia, como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado por España en 2015 (BOE 21 de febrero).
- 28 Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, del que son parte todos los Estados miembros de la Unión. En España el Instrumento de

inmediato retorno del menor y la interrupción de la relación con el progenitor que actuó ilícitamente, como exige la regla convencional, considera que la situación debe consolidarse cuando resulta estable y es satisfactoria para el propio menor²⁹. No obstante, conviene matizar que la situación es distinta cuando los implicados son dos Estados miembros de la Unión Europea, caso en el que el principio de confianza mutua derivado del Reglamento Bruselas II bis³⁰ obliga a los tribunales del Estado al que el niño ha sido trasladado o donde está retenido, a facilitar la devolución inmediata al Estado de residencia del niño antes el desplazamiento³¹. Aunque esto obedece, precisamente, a la premisa de que el desplazamiento ilícito es contrario al interés del menor³², el automatismo del sistema³³ hace que de algunos autores estimen que no se salvaguarda suficientemente el citado interés³⁴. Además, se denuncia que dicho sistema no se ha mostrado todo lo efectivo

ratificación se publicó en el BOE de 24 de agosto de 1987.

- 29 El *leading case* es *Neulinger y Schuruck v. Suiza*, de 6 de julio de 2010, donde el Tribunal, sobre la base del Convenio de la Haya interpretado a la luz del art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos, se pronuncia contra la decisión de los tribunales suizos que ordenaban el regreso del niño a Israel en aplicación de la citada Convención, retorno que el órgano del Consejo de Europa no consideraba suficientemente justificado en interés del niño; el niño llevaba cinco años en Suiza, tres de ellos esperando por la decisión del tribunal europeo y en ese tiempo no tuvo contacto con el padre, quien tampoco intentó ver a su hijo durante ese mismo periodo. En el Derecho interno español, es interesante el caso subyacente en la STC 16/2016, de 1 de febrero (RTC 2016, 16) y, en menor medida para lo que ahora nos ocupa, también el de la STC 196/2013, de 2 de diciembre (RTC 2013, 196)
- 30 Reglamento (CE) Núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE), Núm. 1347/2000.
- 31 Cfr. Arts. 11, 40 y 42 y Considerando núm. 17 del citado Reglamento.
- 32 STJUE 22 diciembre 2010, Asunto C-491/10, Joseba Andoni Aguirre Zagarra v. Simone Pelz, en un caso en el que el niño no había sido oído en el procedimiento seguido en España, lugar de su residencia; no se admitió que las autoridades judiciales del Estado que tiene que ordenar la devolución pudieran entrar a analizar si el Estado de residencia había cumplido con las exigencias legales del certificado del art. 42.2.a del Reglamento, función que según el Tribunal debe ser realizada por los órganos competentes del Estado miembro de origen. En su comentario a la sentencia ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído”, *La Ley. Unión Europea*, núm. 7578, 28 febrero 2011, pp. 1-7 expone los detalles fácticos del caso y cita de otras decisiones muy próximas en el tiempo sobre similar temática. Respecto a la que ahora nos ocupa el autor reconoce que “El Tribunal de Justicia podría haber hecho una interpretación en interés del menor más garantista (la menor ya tenía diez años y en los términos expresados en la sentencia había manifestado su firme deseo de no regresar a España) exigiendo la constancia de su opinión efectivamente emitida. Sin embargo, su razonamiento fue más formal y más pegado al Reglamento (...)”; no obstante, concuerda con la decisión comentada, que opta por no excepcionar el sistema del Reglamento por presunta violación de derechos fundamentales por parte de los órganos del Estado de origen, al estimar que “frente a los derechos fundamentales, todos los órganos judiciales de los Estados miembros son iguales y tienen igual capacidad y competencia para implementarlos y para tutelarlos”.
- 33 Entre otros, critica la aplicación ciega del principio de confianza mutua y del mecanismo de “última palabra” en el contexto de los casos de niños trasladados ilícitamente, por entender que el interés del menor puede formar parte de las “circunstancias excepcionales” que permiten que no se decrete la restitución inmediata, a tenor del art. 11 del Reglamento Bruselas II bis, BARTOLINI, S.: “In name of the best interests of the child: the Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases”, *Common Market Law Review*, vol. 56. núm. 1, February, 2019, pp. 91-119, espec. pp. 93 y 101. El tema fue tratado en España por RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición del reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, 2017-1, pp. 139-165, espec. pp. 143-145.
- 34 BARTOLINI, S.: “In name”, cit., pp. 113 ss., aboga por la elaboración de un concepto europeo unificado del mejor interés del menor, específico para los procedimientos de secuestro internacional. Para FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Aproximación”, cit., p. 122, “en los supuestos de sustracción internacional de menores, el interés del menor es que no sea desplazado de su residencia habitual sin las garantías suficientes de estabilidad en la nueva situación, y su realización implica su retorno inmediato y la garantía del derecho de visita”.

que se presumía, lo cual explicaría alguna de las modificaciones introducidas en el Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)³⁵.

Por lo que se refiere a su dimensión como norma de procedimiento, el texto reproducido pone de relieve que estamos ante una regla aplicable a todo proceso de toma de decisiones que puedan afectar al niño o niña y, por lo tanto, no sólo, aunque también, a los procedimientos judiciales. Implica que en cualquiera de esas decisiones la consideración del interés del menor deberá hacerse con las salvaguardas y garantías que permitan probar *ex post* cómo fue tenido en cuenta y cómo fue ponderado en su relación con otros intereses³⁶. Precisamente por ello, no cabe duda de que esta dimensión guarda una fuerte conexión con el derecho del niño a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten, contenido en el artículo 12 Convención.

He de señalar también que, a mayores de esa triple dimensión reconocida por el Comité y en alusión al Derecho interno español, el interés del menor ha sido reconocido expresamente como un “bien constitucional” en la STC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019, 99), por la que se declaró la inconstitucionalidad del art. 1.1. Ley 3/2007, 15 de marzo, sobre la mención registral del sexo, sentencia sobre la que más adelante volveré. Asimismo, varias resoluciones tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, califican directamente al interés del menor de “principio de orden público”, tal y como recoge de modo expreso también la Instrucción de 23 de octubre de 2018 sobre cambio de nombre de las personas transexuales, que también tendré ocasión de mencionar en diversas ocasiones en este mismo trabajo.

3. ¿Qué significa que la *primary consideration* del interés del menor?

Junto con el problema asociado a su vaguedad o indeterminación, otra cuestión particularmente controvertida afecta al significado exacto que haya de darse a la *primary consideration* que el interés del menor ha de tener, según la terminología original del artículo 3.1 de la Convención. Comenzaré por decir que en la versión

35 DO. L. 178, de 2 de julio de 2019. Reglamento destinado a sustituir al citado Bruselas II bis, si bien en una primera aproximación parece que las novedades se centran más en sumar garantías en el *iter* procedimental que en la supresión del mecanismo de “última palabra”. *Vid.* en especial la Sección 2 del Capítulo IV y el nuevo art. 50.

36 *Cfr.*, al respecto, los apartados 85 y ss. de la Observación General núm. 14 de 2013. Entre las salvaguardas y garantías que habrán de ser adoptadas, se citan expresamente a) el derecho del niño a expresar su propia opinión, b) la determinación de los hechos, c) la percepción del tiempo, d) los profesionales cualificados, e) la representación letrada, f) la argumentación jurídica, (concretada en la necesidad de motivación, justificación y explicación de la decisión), g) los mecanismos para examinar o revisar las decisiones y, finalmente, h) la evaluación del impacto en los derechos del niño.

original *primary consideration* no significa que el interés del menor sea superior a otros, ni que sea estrictamente preferente a los demás, ni mucho menos que haya de ser tomado en consideración de modo exclusivo y excluyente cuando se produzca un choque con otro tipo de intereses, como equivocadamente parecen dar a entender los ya antecitados artículos 2.1 y 2.4 LOPJM.

Muy al contrario, cuando los expertos en la materia se preguntan por el significado del calificativo *primary* en el artículo 3.1 de la Convención, lo hacen desde un punto de vista pragmático, esto es, poniéndolo en relación con los intereses de otras personas, singularmente los de los padres o los de otro niño o niña con los que aquel puede concurrir y llegar a colisionar. La propia Observación General núm. 14 de 2013, toma esta perspectiva y reconoce “la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación”, lo cual permite su adaptación a las circunstancias sociales, culturales, normativas, etc., que puedan afectar al menor en cuestión. Además, se añade en el mismo apartado de la Observación que “Los posibles conflictos entre el interés superior (sic) de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general “tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado.” Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior (sic) del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones.” Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño. Si no estoy equivocada, este largo párrafo que acabo de reproducir viene a decir que en caso de colisión o conflicto de intereses lo primero que ha de procurarse es el compromiso entre todos ellos, compromiso adecuado al caso concreto; en el supuesto de que dicho compromiso no sea posible, el interés del menor tiene la máxima prioridad y no puede ser meramente una de tantas cosas a tener en cuenta, por lo tanto, es evidente que el interés del menor ni es el único que ha de ser tenido en cuenta ni su consideración ha de ser, necesariamente, superior a la de otros intereses dignos de protección,

que también pueden tener la máxima prioridad³⁷ y que incluso pueden ser los de otro menor³⁸.

Sobre el peso que en caso de conflicto con otro tipo de intereses se ha de dar a los del menor en cada supuesto concreto, de nuevo es muy sugerente la tesis de EEKELAAR, uno de los más destacados especialistas en la materia. Este autor distingue en función de que la decisión que haya de ser adoptada afecte directamente al niño o niña o lo haga de manera indirecta, distinción dilemática que además conllevaría un procedimiento de toma de decisiones diferenciado³⁹. En el segundo caso quien ha de tomar la decisión deberá buscar la mejor solución posible en el asunto que tenga que ser resuelto; en el primero, el foco debe ponerse en la búsqueda de la decisión que conduzca a lo mejor para el concreto niño afectado; en ambas hipótesis se pueden tener en cuenta otros intereses, pero mientras que en aquellas que indirectamente afecten al menor el interés de este será uno más entre los que tienen que ser tomados en consideración, cuando le afecten directamente el interés del niño tiene una relevancia superior y no puede tratarse como una más entre todas las circunstancias que deben ser sopesadas. El autor inglés sitúa entre los que afectan directamente al menor casos relativos a la salud del niño o a decisiones sobre el lugar donde este debe crecer; entre los que le atañen indirectamente menciona supuestos de conflicto sobre competencia judicial internacional; finalmente, en un lugar intermedio coloca los referentes al traslado de lo menores (*relocation cases*) que, en su opinión, aunque afectan directamente a los niños son con frecuencia tratados como referidos principalmente a los adultos y solo indirectamente a los menores⁴⁰. Lo atractivo de esta propuesta no oculta que tal dicotomía no está en la Convención y aunque tiene cierto reflejo en la Observación General no parece que la intención haya sido la de dar distinto valor al interés del menor en uno y otro caso⁴¹. Con todo, la

37 Como claramente se percibe en el apartado 97 de la Observación General núm. 14 de 2013, cuando al hilo de la salvaguarda relativa a la argumentación jurídica afirma: “Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones (...)”. Sin embargo, en el propio apartado 97 hay una remisión al apartado 38, lugar donde el interés del menor tiene otro peso específico, pues según este último, “Con respecto a la adopción (art. 21), el derecho del interés superior se refuerza aún más; no es simplemente “una consideración primordial”, sino “la consideración primordial”, como destaca en nuestra literatura jurídica, VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración*, cit., p. 53.

38 Como en el caso subyacente en la STC 23/2016, de 15 de febrero (RTC 2016, 23), aunque parece que todo el razonamiento se hace basándose en el interés del menor agresor y muy poco en el del menor que ha sido víctima de la agresión.

39 EEKELAAR, J.: “The Role of the Best Interests Principle in Decision Affecting Children and Decisions about Children”, *International Journal of Children’s Rights*, 2015, núm. 23, pp. 3-26.

40 EEKELAAR, J.: “The Role”, cit., p. 6.

41 Cfr. apartados 14 a), 15 f), 19, 91.

objeción más sólida es que en muchas situaciones reales no es fácil determinar si la decisión afecta directamente al niño o niña concernidos o si lo hace de manera indirecta, como prueban las dificultades que el propio autor encuentra para ubicar algunos de los casos que plantea.

Si ahora me centro en el Derecho español y pregunto si en su seno es superior el interés del menor, tendría que reconocer que así se considera, por ejemplo, en el ya citado art. 2, párrafos 1 y 4 LOPJM. También lo dice de modo expreso la ya mencionada Instrucción DGRN 23 octubre 2018, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales⁴², en cuyo preámbulo se dice que “la protección del interés preferente del menor, (...) prima sobre todos los intereses legítimos concurrente”. Al superior interés del menor se refieren, sin ir más lejos, artículos del Código civil, como los siguientes: 160.I, 172 bis I, 173 bis 2 a y b. o 178. 4. Igualmente, lo hacen algunas sentencias, como STS 20 noviembre 2018⁴³ en un caso de atribución del uso de la vivienda familiar ganancial a la madre del menor y en el que la entrada de un tercero, pareja de la madre, es causa del supone el fin del derecho de uso al considerar el tribunal que ello supone que cesa la consideración de la vivienda como familiar⁴⁴; aunque en la citada resolución se califica al interés del menor de prevalente o prioritario, el Fdo. 2 *in fine* de esta resolución señala que “El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos” y a continuación añade “El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente”

Con todo, creo que en Derecho español el interés del menor no es, de modo genérico y abstracto, ni superior, ni prevalente, ni prioritario, ni exclusivo, como igualmente reconoce la Observación General nº 14 de 2013. Por ello considero acertadas afirmaciones como las contenidas, entre otras muchas en la STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273), donde se dice que “la protección del interés del menor deba hacerse guardando proporcionalidad con otros valores en conflicto”; también en la STC 160/2012, de 20 de septiembre (RTC 2012, 160), según la cual “el interés superior de los menores no puede llevar a entender que sea “no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales”.

La prueba de que tal superioridad es, en puridad, imposible la tenemos en la respuesta a la pregunta sobre qué sucede si concurre el interés de un menor

42 BOE 24 de octubre 2018.

43 STS 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086)

44 En general, la doctrina española se ha mostrado muy crítica con esta decisión; a título de ejemplo, CUENA CASAS, M.: “La doctrina del Tribunal Supremo sobre la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia marital con un tercero. ¿Justicia a costa de la legalidad?, *Hay Derecho*, 9 diciembre de 2018; <https://hayderecho.expansion.com/2018/12/09/la-doctrina-del-ts-sobre-la-extincion-del-derecho-de-uso-de-la-vivienda-familiar-por-convivencia-marital-con-un-tercero-justicia-a-costa-de-legalidad/>. No obstante, el criterio se ha reiterado en la STS 29 octubre 2019 (RJ 2019, 4495).

frente al interés de otro menor, porque es evidente que ninguno de los dos puede ser superior al otro, al menos en abstracto.

El interrogante planteado me permite detenerme en la STC 23/2016, de 15 de febrero (RTC 2016, 23). Procede de un recurso de amparo interpuesto por la madre en representación de su hijo, entonces menor, en relación con sendas resoluciones dictadas por un Juzgado de Menores y la Audiencia Provincial de Madrid, que habían acordado el sobreseimiento de un expediente de reforma contra un menor que había agredido al niño recurrente. La resolución extrajudicial del expediente se había producido sin oír a la víctima, quien en su momento había solicitado la reparación de los daños causados por las lesiones sufridas. El Auto recurrido en amparo consideró que se había infringido el derecho fundamental de éste, como acusación particular, a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), pero desestimó la pretensión de declaración de nulidad y retroacción de actuaciones solicitada en la apelación como consecuencia anudada a aquel reconocimiento. La representación del menor infractor aducía el carácter desproporcionado de la mentada declaración de nulidad y el hecho de que, de ser reconocida, se estaría infringiendo el principio *non bis in ídem* puesto que al menor agresor le había sido impuesta una medida educativa que ya había cumplido. Considera también el máximo intérprete de la Constitución que (FJ 4) “A fin de determinar si el órgano judicial ha realizado una ponderación constitucionalmente correcta de los derechos e intereses constitucionales en conflicto, no puede perderse de vista el marco normativo en el que surge el mismo, que es el del proceso penal de menores, en el que el principio de «interés superior del menor» modula la intensidad de los derechos que ostenta la acusación particular. De este modo, el canon de constitucionalidad no puede ser el mismo que el que resultaría aplicable en un proceso penal de adultos”. Por ello, apela a los arts. 3.1 y 40.1 de la CNUDN, que considera tienen adecuado reflejo en el sistema establecido por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y estima que el Auto recurrido aplican correctamente las reglas derivadas de esos preceptos, toma en cuenta la gravedad de los hechos y las circunstancias concurrentes⁴⁵, y pondera los intereses en conflicto a partir de las circunstancias que presentaba el caso para llegar a considerar prevalente el interés del menor expedientado”, razón por la que no se concede el amparo solicitado.

Pues bien, con independencia de que estemos o no de acuerdo con la solución del caso concreto, lo cierto es que en ningún momento se menciona el interés del menor que ha sido víctima de la agresión, de suerte que todo el razonamiento se hace con fundamento exclusivo en el interés del menor autor de la lesión. No

45 Entre las que se encontraba el tiempo transcurrido desde la fecha de los hechos, por los efectos negativos que sobre el menor sometido al proceso pudieran derivarse de la excesiva prolongación del mismo, por lo que reputa prevalente el interés de este menor que se plasma en el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

deja de ser una lástima, por cuanto la ocasión hubiera sido propicia para ponderar ambos intereses.

4. ¿Quién debe apreciar el interés del menor?

Otro de los temas que también se cuestiona el punto de vista que debe ser adoptado para decidir de acuerdo con el interés del menor y, más en concreto, si ha de ser el de los adultos encargados de tomar la decisión o el del propio menor. La asunción de la primera perspectiva (v. gr., el punto de vista que cuenta es el de la autoridad judicial, quien probablemente tendrá que decidir los casos más difíciles), es fuertemente criticada, entre otras razones, porque, con mucha probabilidad, las motivaciones que van a integrar el interés del menor no serán las del niño implicado, sino las propias de los adultos⁴⁶ quienes, en el mejor de los casos, actuarán pensando, sobre todo, en el futuro de aquel⁴⁷; se añade que esta perspectiva conlleva el riesgo de que la decisión que finalmente se adopte “en interés del menor” sea en realidad la que cohonesta con los propios criterios de moralidad social del encargado de tomarla⁴⁸, criterios que con mucha frecuencia coincidirán con los valores dominantes en la época y en el grupo social de que se trate⁴⁹; de ser así, el peligro de que se produzca una discriminación de niños y niñas o padres y madres pertenecientes a grupos minoritarios con valores diferentes a los generalmente aceptados es bastante evidente⁵⁰.

La asunción del segundo punto de vista, el del niño o niña, nos conduce a varios problemas cuya solución no es, ni mucho menos, sencilla. En este asunto, y con carácter preliminar, aunque básico, debemos preguntarnos si en verdad los niños disfrutan *tout court* de los derechos humanos, o si simplemente son unos teóricos titulares sin apenas capacidad para ejercitarlos. Al respecto, nadie discute que los niños y niñas, como personas, son titulares de derechos y, por supuesto, también de los derechos fundamentales⁵¹. La cuestión es si se admite

46 Entre la que sigue siendo mayoritaria que el niño es básicamente un adulto en formación, incompetente para tomar decisiones sobre su propia vida y necesitado de especial protección. Frente a esta, existen tesis que consideran a la infancia no solo como una etapa preparatoria de la edad adulta, sino como un periodo de la vida humana en el que el niño ha de participar de modo activo, responsable y autónomo, perspectiva que va ganando adeptos entre los juristas; así, DAILEY A.C., ROSENBERY, L.A.: “The New Law”, cit., pp. 1448-1537.

47 Entiende que las decisiones en las que se utiliza el interés del menor son propias del mañana, tienen el carácter de pronóstico y buscan la mejor solución para la vida futura del niño, LENTI, L.: “Note critique”, cit., p. 88; por su parte, VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración*, cit., p. 241, destaca el peligro de discriminación en el tratamiento de los niños, si exclusivamente se les trata como niños.

48 Como ejemplo, la resolución judicial que fue objeto de recurso de amparo en la STC 141/2000, de 29 de mayo, caso en el que la pertenencia del padre a una corriente religiosa calificada por la madre como secta, había sido decisiva para limitar de modo extraordinario los derechos de visita paternos, criterio que el Tribunal Constitucional, siguiendo la opinión del Ministerio Fiscal, no compartió.

49 Moralidad social que, también en lo que atañe a los menores, ha sido sumamente cambiante, como destaca LENTI, L.: “Note critique”, cit., pp. 86 ss.

50 SUTHERLAND, E.E.: “Article 3”, cit., p. 37.

51 Lo recuerda en fechas muy recientes, en su FJ 5, la ya citada STC 99/2019, de 18 de julio de 2019 (RTC 2019, 99), que resuelve una cuestión de constitucionalidad sobre el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo,

también que puedan ejercitar esos derechos y, en su caso, si pueden hacerlo en la misma medida que los adultos o si esto es incompatible con su condición de menores de edad, y como tales dependientes y necesitados de protección. En realidad, bien mirado, cabe extender la cuestión a todo tipo de derechos civiles o políticos, sean o no fundamentales⁵². La pregunta que planteo ahora es, pues, si los niños deben de tener y efectivamente tienen los mismos derechos que los adultos, incluyendo la posibilidad de ejercerlos⁵³ o si, por el contrario, únicamente son portadores de intereses que los adultos han de salvaguardar⁵⁴. En este punto parece poco probable que se acepte una igualación total entre los derechos de los que pueden disfrutar los adultos y aquellos que corresponderían a los niños (como ejemplos, derecho a votar o a casarse, pero también a conducir, a tomar drogas, a consumir pornografía, etc.)⁵⁵. Sin llegar a las posiciones más extremas y sin que pueda detenerme aquí en el análisis de la discutible dicotomía entre titularidad y ejercicio de los derechos⁵⁶, cabe señalar que, más allá del reconocimiento teórico que tienen en los cuerpos legales, muchos estiman que lo más adecuado es entender que las exigencias de protección y cuidado no son incompatibles con reconocer a los niños y niñas como participantes activos en el desarrollo de sus propias vidas como menores y no únicamente como adultos en fase de formación; en consecuencia, serían titulares de derechos, pero además lo serían como niños y, por lo tanto, deberían tener la posibilidad de ejercerlos también como niños⁵⁷.

reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

- 52 Cfr. STEDH de 7 de mayo de 2015, S L y J L. v. Croacia, sobre la protección del derecho de propiedad de dos niños.
- 53 La cuestión relativa a si los niños, independientemente de su capacidad natural para comprender su exacto significado, deben o no tener reconocidos los derechos en la misma medida que los adultos ha preocupado mucho en la literatura anglosajona, que ha sido, con diferencia, la que más se ha ocupado del tema y la que cuestiona el alcance de la expresión *children's rights* desde varios puntos de vista, una síntesis de los cuales puede verse en GILMORE S., GLENNON, L.: *Family Law*, 6ª ed., Oxford, 2018, pp. 433-434. En este marco, una parte importante de la doctrina inglesa estima que la perspectiva de los derechos (*children's rights*) tiene indudables ventajas sobre la que descansa en los deberes para con ellos de los adultos, o incluso sobre la del interés o bienestar del menor (*welfare principle*); no obstante, se reconoce que también plantea interrogantes teóricos y prácticos de muy difícil solución; sobre todo ello, vid. FERGUSON, L.: "Not merely rights for children but children's rights: The theory gap and the assumption of the importance of children's rights", *International Journal of Children's Rights*, 2013 (21), pp. 177-208, *passim*.
- 54 Comparto la idea de LENTI, L.: "Note crítiche", cit., p. 93, para quien en el lenguaje jurídico se ha generado una notable confusión entre derechos del menor e interés del menor, como si hubiese algún grado de intercambiabilidad recíproca; ello ha derivado en que en Italia y en otros países continentales el interés del menor ha terminado por confundirse con el principio general según el cual todo el sistema jurídico referido a los menores está influido por la prioridad de los derechos de los niños.
- 55 Aunque no falta quien lo defiende, como los representantes del llamado *child liberationism*, citados por HERRING, J.: *Family Law*, 9th. Ed., Pearson, 2019, p. 485.
- 56 Si se prefiere, entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, dualidad ya superada en otros ámbitos como en el de los derechos de las personas con discapacidad, concretamente en el art. 12 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- 57 La citada STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, (RTC 2019, 99) FJ. 3, defiende que "la limitación del ejercicio de derechos fundamentales a los menores de edad solo puede tener dos justificaciones fundamentales: la falta de madurez de la persona y la necesidad de proteger a este colectivo, tal como prescribe la propia Constitución (art. 39.3 y 4 CE) y ha subrayado la jurisprudencia constitucional".

A mi juicio, el planteamiento que se acaba de señalar implica, entre otras consecuencias directas en el Derecho positivo español, una que sólo puedo dejar apuntada: el derecho a que un menor de edad no vea negada *ex ante* su capacidad en los procedimientos que le afecten, particularmente la de comparecer en procesos judiciales que resulten necesarios para hacer efectivos sus derechos sustantivos⁵⁸, o en otro orden de asuntos, la posibilidad de acceder a la rectificación registral de su sexo, y la correlativa del nombre, que la regulación legal les niega, en este último caso tanto directamente como a través de su representante⁵⁹.

5. Interés del menor v. autonomía del menor.

Conectando con lo anterior, hemos de preguntarnos por el alcance de la autonomía del niño o niña en la toma de las decisiones que le conciernen. Se trata de un asunto capital que plantea la posible complementariedad o, por el contrario, la eventual colisión entre el criterio del mejor interés y el criterio de la voluntad del menor o, si se prefiere verlo desde la norma, la posible colisión entre el artículo 3.1 y el derecho consagrado en artículo 12 de la Convención⁶⁰.

Sin duda, el alcance de la autonomía del menor es uno de los problemas más peliagudos a los que se enfrenta la doctrina y la práctica cuando están implicadas estas personas. Entendiendo por autonomía el derecho de cada persona a decidir cómo quiere vivir su propia vida⁶¹ la visión más extendida, incluso consolidada, es la de entender que está justificada la limitación de la autonomía de las personas durante su minoría de edad si dicha limitación sirve para maximizar esa misma autonomía para cuando sean adultas⁶². Esta visión permite, por ejemplo, que los

58 Lo que hoy se les niega, v. gr. en el art. 7.1 LEC.

59 La ya mencionada STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, ha declarado la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que exige la mayoría de edad para acceder a dicha rectificación, si bien la inconstitucionalidad se declara “en la medida en que se aplica a menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad”; realizado en estos términos, concuerdo con la autora del Voto Particular discrepante en el punto en el que señala que se trata de “un fallo en el que se declara la inconstitucionalidad de la norma pero no la nulidad del precepto cuestionado, dando lugar a un pronunciamiento, a mi juicio confuso y con un efecto impreciso”. Sobre esa cuestión, si bien limitada al cambio de nombre para hacerlo corresponder con el sexo sentido y no con el que se halla inscrito en el Registro Civil. Cfr. La ya citada Instrucción de la DGRN 23 octubre 2018 de dudosa legalidad y escasa técnica jurídica.

60 Para la Observación General núm. 14 de 2013, en su párrafo 4, “El Comité ya ha señalado que “[I]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”, incluido, por tanto, el contenido en el art. 12.

61 HERRING, J.: *Family Law*, cit., p. 487. En nuestra doctrina, GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C.: “Manifestaciones de l’autonomia del menor en la normativa catalana”, *Indret*, 1/2005, señala: “En una primera aproximació sembla que els termes autonomia i menor són contradictoris. La situació jurídica de minoria de edat es caracteritza per l’absència d’autonomia” si bien añade que un análisis más detenido de la normativa civil vigente revela la aproximación entre ambos conceptos; en parecido sentido, PARRA LUCÁN, M.ª A.: “Minoría de edad”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la persona física* (dir. M.ª C. GETE-ALONSO Y CALERA, coord. J. SOLÉ RESINA), t. I, Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2013, pp. 588 ss., parte de la falta de autonomía del menor para terminar constatando su progresivo incremento.

62 Tal parece la opinión de VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración*, cit., pp. 282 y 283, cuando considera que la autonomía del menor “es instrumental, es una forma de aprendizaje”, por lo que las decisiones del

menores estén obligados a ir al colegio hasta determinada edad, aunque no lo deseen.

En este punto se suele considerar que el nivel de desarrollo psicológico, madurez y competencia del menor juega un papel fundamental; en efecto, el desarrollo progresivo del niño y su grado de madurez (o discernimiento), o si se prefiere, su capacidad natural (competencia), son tomados en cuenta tanto por parte del legislador como de la autoridad judicial para dar peso específico a la voluntad del menor. En este sentido, son paradigmáticas las normas relativas a las decisiones sobre el cuidado de la salud, ámbito en el que se suele reconocer capacidad de decidir por sí a personas menores de dieciocho años⁶³. Por otro lado, que los niños recién nacidos o muy pequeños no pueden tomar decisiones sobre asuntos de relevancia que les afecten, aunque sea directamente, es también opinión casi unánime, dada su incapacidad natural para entender y querer⁶⁴; no obstante, existe también consenso en el sentido de que ello no debe significar que, en la medida de lo posible, no se tenga en cuenta la voluntad y los deseos del niño o incluso, según alguna opinión cualificada, la que plausiblemente hubiera sido su voluntad⁶⁵, aunque se aclara que la decisión final no tiene por qué coincidir siempre con lo querido por el menor. Con todo, hay casos difíciles que también necesitan una respuesta que *a priori* resulta muy complicada; el supuesto más evidente es el del adolescente muy próximo a la edad que legalmente le permitiría tomar por sí mismo la decisión que rechaza un tratamiento médico con riesgo para su propia vida⁶⁶ o cuando el respeto de su voluntad tiene fuertes implicaciones morales.

Pero siguiendo esta línea de razonamiento, a nadie se le oculta que el proceso de maduración de una persona es lento y progresivo y que, por lo tanto, resulta bastante artificial y formalista el establecimiento de hitos temporales que puedan implicar una ruptura total entre lo que puede o no puede hacer una concreta persona antes de determinada edad, incluso cuando esa edad es la de dieciocho años, que en nuestro ordenamiento y en la mayoría de los de nuestro entorno marca la diferencia entre ser o no ser mayor de edad.

menor no pueden ir en contra de sus propios intereses o proyección futura porque se trata de una persona en fase de formación.

63 Vid. art. 6.2 Convenio de Oviedo de 4 de abril 1997, relativo a los derechos humanos y la biomedicina (BOE 20 octubre 1999) y arts. 3 c) y 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

64 En este sentido, expresamente, entre otros, LENTI, L.: "Note critiche", cit., p. 101.

65 EEKELAAR, J.: "The emergence of children's rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 6, Issue 2, Summer 1986, pp. 161-182, en uno de sus primeros trabajos sobre los derechos de los niños.

66 Como en el dramático caso que fue objeto de la STC 154/2002, de 18 de julio (RTC 2002, 154), en la que un niño de trece años, Testigo de Jehová, se negó a recibir las transfusiones sanguíneas necesarias para evitar su fallecimiento, que efectivamente se produjo.

6. El interés del menor lo es de un menor concreto.

Además de todo lo expresado en las líneas precedentes, creo que la correcta comprensión del significado del interés del menor es crucial la consideración especial del niño o niños afectados en el caso concreto. De hecho, una de las críticas más habituales cuando se comentan decisiones de los tribunales en las que aparece textualmente reflejado el interés del menor, reside en poner de relieve lo inadecuado de un planteamiento generalista que pretenda servir para todos los niños y todas las situaciones, en lugar de buscar el interés el menor “aquí y ahora”⁶⁷. En consecuencia, se subraya que el interés del menor varía de niño a niño, que es profundamente situacional y que cambia con el paso del tiempo, incluso en relación con el mismo menor⁶⁸. Ello nos lleva a cuestionar la conveniencia o no del establecimiento de criterios generales, más o menos vinculantes para el aplicador de la norma, destinados a minimizar la vaguedad o indeterminación del concepto y que pretenden servir de guía para la concreción del interés del menor en cada caso concreto, como se hace, por ejemplo, en el artículo 2 en sus párrafos 2 y 3 LOPJM. Sobre este punto también se ha pronunciado la Observación General núm. 14 (2013), entendiéndose que estas listas sirven como orientación, no pueden ser exhaustivas, han de ser flexibles y deben permitir la toma en consideración de las particulares circunstancias que rodean al niño o niña sobre el que se ha de tomar una determinada decisión⁶⁹.

III. ¿PARA QUE SIRVE EL INTERÉS DEL MENOR EN DERECHO ESPAÑOL?

En este epígrafe pretendo poner de relieve la utilidad que tanto la ley como, sobre todo, los tribunales, están obteniendo del recurso a la cláusula del “interés del menor”, refiriéndome ahora en exclusiva al ordenamiento civil español. Advierto desde ya que mi pretensión es, simplemente, dibujar la situación fáctica, es decir, para qué está sirviendo en realidad y no para qué debería servir o cómo debería ser utilizado de la forma más correcta y adecuada a los citados de la Convención y el Comité. Mencionaré de modo muy superficial el reflejo general más evidente, el del Código civil, para detenerme un poco más en el que tiene en nuestra jurisprudencia

67 Para FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Aproximación”, cit., pp. 133 y 134, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del menor afectado, y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales.

68 DAILEY A.C., ROSENBERG, L.A.: “The New Law”, cit., p. 1478, en relación al Derecho norteamericano; en el italiano y desde una perspectiva diversa, SCALISI, V.: “Il superiore interesse”, cit., p. 413, entiende que el interés del menor no es individualizable *a priori* sino *a posteriori*, sobre la base de una valoración del caso concreto, individualizada o, más propiamente, personalizada.

69 Cfr. los apartados 50 y 51 de la Observación.

I. En el Código civil español.

Puesto que este trabajo adopta casi en exclusiva la perspectiva civil del interés del menor, comenzaré mencionando para qué sirve dicho concepto en el texto legal más relevante en la materia: el Código civil español. Advierto que preceptos de similar naturaleza a los aquí mencionados, aparecen también en las leyes, compilaciones y códigos de civil propio en aquellas Comunidades Autónomas con competencias en materia de derecho civil.

Limitándome, como he dicho, al Código civil, la respuesta a la cuestión planteada es múltiple, si atendemos a la letra de los preceptos. Así, podemos mencionar que el interés del menor cumple en el Código, al menos, las siguientes funciones:

a) Es el criterio exclusivo de decisión en artículos como los siguientes: 20.2.a CC (declaración de opción por la nacionalidad española), 156 CC (atribución del ejercicio de la patria potestad), 161 (visitas de familiares y allegados a menores en situación de desamparo), 170, segundo apartado (recuperación de la patria potestad), 172.ter2 (acogimiento residencial), 178.4 (mantenimiento de la relación con la familia de origen en la adopción).

b) Es uno de los criterios de decisión en los artículos 94 CC (derecho de visitas del progenitor no custodio), 172 ter 3 in fine CC (protección de datos de los guardadores del menor acogido).

c) Se utiliza como vehículo para limitar determinados derechos en los preceptos siguientes: 149 CC (límite al derecho de elección en la alternativa del alimentante), 172, ter. 2 CC (límite al derecho a que el menor sea reintegrado en la familia de origen), 176 bis 2 CC (límite a la potestad de la Entidad Pública de suspender el régimen de visitas a la familia de origen del menor acogido), 304 CC (límite al derecho a impugnar los actos del guardador).

2. ¿Para qué sirve en los tribunales?

Probablemente por su naturaleza de cláusula general abierta, así como por la triple dimensión que posee y a la que se ha aludido más arriba, el mayor provecho de la cuestión que hemos planteado en este epígrafe está en dilucidar para qué está sirviendo el recurso al interés del menor en nuestros tribunales. Advierto que referiré la situación real, esto es, cómo se está utilizando en la jurisprudencia el recurso al interés del menor, pero no cómo debería hacerse o si se podría recurrir al interés del menor de otro modo.

La lectura de numerosas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en la materia me llevan a considerar que, en la práctica, el interés del menor está sirviendo (o no) a las funciones que a continuación se relatan.

A) No sirve para nada o sirve para muy poco.

Nuestro Tribunal Constitucional recurre con mucha frecuencia en sus decisiones al comodín “del interés del menor”. Sin embargo, me parece que en gran número de ocasiones resulta que el citado principio le sirve de más bien poco, o incluso de nada. Pondré a continuación algunos ejemplos.

La STC 156/2013, de 23 de noviembre (RTC 2013, 156), consideró legítima la orden de expulsión de una ciudadana extranjera que había cometido un delito y que era madre de una niña española de corta edad. La decisión mayoritaria aprecia la proporcionalidad de la medida y la ausencia de violación de los derechos fundamentales aludidos por la madre recurrente (los reconocidos en los arts. 19 y 18 CE). En cambio, el voto particular discrepante⁷⁰, muy duro con la mayoría, estimó que en la interpretación del artículo 57.2 LO de Extranjería⁷¹ debieron tenerse en cuenta, junto con los derechos fundamentales alegados, tanto los principios rectores de la política social recogidos en el artículo 39.1 CE como la regla del artículo 10.2 CE, que obliga a interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con los instrumentos internacionales y, en consecuencia, también de conformidad con la jurisprudencia del TEDH que considera que el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión de un ciudadano extranjero⁷². No debe extrañar que nuestra literatura académica se haya mostrado muy crítica con la decisión mayoritaria y mucho más partidaria del criterio y las razones del voto particular⁷³, más acordes con los criterios del Tribunal de Estrasburgo, e incluso del TJUE⁷⁴.

70 Formulado por los magistrados D. Fernando Valdés Dal-Ré y Dña. Adela Asúa Batarrita.

71 Norma sancionadora aplicable al caso que prevé la expulsión del territorio nacional del condenado “por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

72 El caso plantea, entre otras cuestiones interesantes, la del eventual déficit de protección que en nuestro sistema constitucional tendría el derecho al respeto de la vida familiar, reconocido en el art. 8 del CEDH, al estimar el tribunal que la vida familiar en el sentido de este precepto no se protege en nuestra Constitución por la vía del art. 18, sino por la del art. 39, y por consiguiente, su violación no puede ser motivo de recurso de amparo.

73 Así, REYES LÓPEZ, M^a J.: “Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2013, de 23 de noviembre de 2013. Límites a la aplicación del art. 57.2 LOE: el derecho a la vida familiar de los menores”, en AA.VV.: *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, (coords. L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, P. ESCRIBANO TORTAJADA), Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 153-204, espec. p. 199, quien señala: “Fue precisamente el escaso interés y la poco afortunada justificación sobre el respeto a los derechos de la menor los puntos más vulnerables que ofrece esta sentencia, y en los que se ahonda más en el voto particular”.

74 STJUE 8 marzo 2011, Asunto C 34/09, Gerardo Ruíz Zambrano y Office national d'emploi (ONEm), que afirma que el art. 20 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se opone a que se deniegue a un nacional de un Estado tercero el permiso de residencia y trabajo en un Estado miembro, cuando este asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, «en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión”. Con posterioridad también STJUE 10 mayo 2017, Asunto

Otra decisión en la que creo que el interés del menor no fue tomado en consideración de forma suficiente es la recogida en la STC 10/2014, de 27 de enero (RTC 2014, 10). Se plantea en esta ocasión un interesante supuesto de niño con una discapacidad derivada de problemas del espectro autista, a quien la Administración ordena escolarizar en un centro de educación especial, contra el criterio de sus padres, partidarios de que su hijo recibiera una educación inclusiva en un centro ordinario. Atendidas las circunstancias del caso y los informes técnicos existentes, los tribunales dan la razón a la Administración, ante lo cual los padres acuden en amparo, alegando que la decisión supone la discriminación de su hijo por razones de discapacidad, con la consiguiente violación de los arts. 14 y 27 CE; alegan también la vulneración del derecho a la integridad moral de su hijo, reconocido en el art. 15.1 CE, en relación con el 10.1 CE. Es importante señalar que tanto los padres como el Ministerio Fiscal ponen el énfasis en los derechos de las personas con discapacidad consagrados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York en 2006 y de la que España es parte desde 2008 y, muy especialmente, en la necesidad de que se realicen ajustes razonables para atender a sus necesidades y se les suministre el apoyo que precisen para ejercer sus derechos, en este caso el de ser escolarizado en un centro ordinario.

Pues bien, en la citada STC 10/2014, el Tribunal Constitucional reconoce que, de la normativa existente, empezando por la CNUDPD y siguiendo con toda la regulación interna que la desarrolla, se desprende como principio general, que la educación debe ser inclusiva; es decir se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionando los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad. Sin embargo, atendiendo a las circunstancias del caso, a los informes psicopedagógicos emitidos y al procedimiento seguido por la Administración, respetuoso a su juicio con los derechos afectados, el Tribunal estima lo siguiente: "Acreditado lo anterior por la Administración educativa, es decir que en interés del menor resulta indicada su escolarización en un centro de educación especial, no es necesario proceder a una ponderación acerca de si los ajustes que precisa pueden ser o no prestados en un centro de educación ordinario, pues dicha decisión de escolarización lleva implícito, en atención a la grave discapacidad del alumno y a la atención individualizada que requiere, que sus singulares necesidades educativas estén mejor atendidas en un centro de educación especial más que en el marco de la educación general de los centros ordinarios". Considera también el máximo intérprete de la Constitución que tampoco hubo vulneración alguna

C-133/15, Chávez-Vilchez, en cuyos razonamientos se subraya se subraya la «obligación» de las autoridades nacionales de respetar el derecho a la vida familiar interpretada a la luz del interés superior del niño, y se aportan al juez nacional criterios adicionales con los que asegurar que este principio sea efectivamente aplicado. Cf. también la ya citada STJUE 13 septiembre 2016, Asunto C165/14, Alfredo Redón Marín y Administración del Estado.

de los derechos alegados por parte de las decisiones judiciales que avalaron la decisión administrativa, con lo que no atiende al amparo solicitado.

A mi juicio esta sentencia del constitucional, además de desacertada, tiene una argumentación muy pobre, tanto desde la perspectiva de los derechos del menor, como de la de los derechos de las personas con discapacidad. Desde la primera, es indudable que toma en cuenta exclusivamente la perspectiva del adulto y que su consideración del interés del menor es prácticamente inexistente pues, más allá de mencionarlo, ni se le otorga en realidad una relevancia concreta, ni se dan razones que permitan rastrear cómo se tuvo en cuenta ese interés, tal y como se ha explicado que exige el Comité de las Naciones Unidas. Desde la segunda, no puedo estar más de acuerdo con las alegaciones del Ministerio Fiscal sobre la violación flagrante de la CNUDPD y del derecho en ella establecido a que la persona con discapacidad no sea excluida.

B) Sirve para aplicar correctamente la norma.

A diferencia de lo que acabo de señalar, también pueden encontrarse resoluciones del Tribunal Constitucional donde se constata que el interés del menor cumple correctamente la función interpretativa de la norma escrita que forma parte de su triple dimensión.

En este sentido, es de gran interés la STC 16/2016, de 1 de febrero (RTC 2016, 16)⁷⁵. Se trataba de un caso en el que la madre había venido con su hija a España desde Suiza, lugar de residencia de la pequeña, reteniéndola en nuestro país sin el consentimiento del padre. Existían entre ambos progenitores diversos y cruzados procedimientos penales y civiles, seguidos tanto en España como en Suiza; en España la mayor parte de las decisiones judiciales se tomaron en Juzgados de Violencia contra la Mujer. En el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid objeto del recurso de amparo, se estimó la solicitud formulada por el padre y, en consecuencia, se ordenó la restitución inmediata de la menor a su residencia habitual suiza, que era el domicilio paterno, al no considerar probada la existencia de un peligro para la menor en los términos del artículo 13 del Convenio de la Haya. En el citado Auto "se significa que ha quedado acreditado el hecho de la retención ilícita, dado que el padre jamás consintió el traslado de la niña en calidad de cotitular de la patria potestad, y a la que no ha vuelto a ver desde hace varios meses, hecho incuestionable cuya modificación, ha de acordarse debiendo de estarse al interés superior de la menor, interés que constituye el principio base de todo el derecho relativo a los mismos, y que se ha conformado como uno de los principios esenciales del derecho moderno de la persona y de la familia".

⁷⁵ También sobre traslado ilícito de menores, pero de inferior relevancia para lo que ahora nos ocupa es la STC 196/2013, de 2 de diciembre (RTC 2013, 196).

La madre recurre en amparo sobre la base del artículo 24 CE. Entre otras cosas alega la contravención por parte del cuestionado Auto del principio del interés superior del menor. Argumenta, entre otras cosas, que no se han tenido en cuenta las circunstancias actuales de la menor, su edad, el tiempo que lleva residiendo en España, el cuidado de su madre, arraigo, escolarización, el nacimiento de un hermano en España, que el padre lleva veinte meses sin ver a su hija y la imposibilidad que tendría la madre para ejercer sus derechos inherentes a la patria potestad y al régimen de visitas en Suiza; el Ministerio Fiscal interesa el amparo y también alude a la necesaria consideración del interés del menor.

Pues bien, la citada STC 16/2016 concluye estimando el amparo solicitado, basándose de modo muy principal en el interés del menor⁷⁶. Recuerda que según su propia jurisprudencia⁷⁷ el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a realizar un “juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida”⁷⁸. Por lo que aquí interesa, reconoce el alto Tribunal que el Auto recurrido reproduce textualmente el artículo 12 del Convenio, que otorga un valor determinado a la integración del menor en el nuevo medio como elemento de ponderación de la decisión sobre la restitución⁷⁹, a pesar de lo cual aprecia que, “confirmado el traslado ilícito y sin que

76 FJ 6) “cuando la resolución judicial controvertida afecta a un menor, la adecuación constitucional de la motivación debe evaluarse en función del principio del interés superior del menor, que «con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer 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” (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales...”, añadiendo a continuación “De esta suerte, «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”, afirmaciones que avala con cita de varias sentencias tanto del propio Tribunal Constitucional, como del TEDH.

77 STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176), FJ 6.

78 Alude el Constitucional a la STEDH (Gran Sala) 6 julio 2010, Asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza, que ya hemos citado y que requería un examen en profundidad del conjunto de la situación familiar (apartado 139; también a la STEDH (Sección Tercera) 6 diciembre 2007, Asunto Maumousseau y Washington c. Francia, apartado 74, que consideró que se puede conseguir una interpretación armónica del Convenio de La Haya de 1980 y del derecho al respeto a la vida privada y familiar, art. 8 CEDH, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes: en primer lugar, que los factores que pueden constituir una excepción al retorno inmediato del niño en aplicación de los arts. 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya, en particular cuando son invocados por una de las partes, sean realmente tenidos en cuenta por el órgano jurisdiccional requerido, de modo este órgano jurisdiccional debe adoptar una decisión suficientemente motivada sobre este punto, que permita al Tribunal verificar que estas cuestiones se han examinado de manera eficaz. En segundo lugar, estos factores deben ser evaluados a la luz del art. 8 del Convenio Europeo SSTEDH (Gran Sala) de 6 de julio de 2010, Asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza; (Gran Sala) 26 noviembre 2013, Asunto X. c. Letonia, apartado 106.

79 En concreto, el art. 12.1 del Convenio establece que “Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Art. 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor”. Por su parte, según el párrafo 2 del mismo precepto “La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado

concurran las causas excepcionales para detenerlo previstas en el artículo 13 a) y b) el interés del menor se corresponde con el retorno”, lo que a juicio del Tribunal Constitucional constituye la asunción de la valoración del interés del menor que subyace en el sistema del Convenio.

No obstante, el Tribunal Constitucional valora la excepcionalidad del caso examinado, en el que se produjo una notable dilación del procedimiento judicial; a pesar de reconocer que dicha dilación no se ha debido ni a la tardanza en su iniciación ni al comportamiento del promotor del incidente, sino a diversas vicisitudes procesales, considera que “En todo caso, este Tribunal, con la decisión que ahora adopta, se limita a constatar que la lamentable dilación del procedimiento tendente a la restitución, en las circunstancias excepcionales que presenta el caso enjuiciado, cualesquiera que fuesen las causas y los responsables de dicha demora, no puede menoscabar el interés superior de la menor impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio. Resulta obligada, por tanto, que esta valoración sea decisiva” (FJ 10). En consecuencia, realiza esta valoración y entiende que “la situación de integración de la menor, por exigencia del principio de interés superior de la misma, imponía una valoración, que ponderase el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual, incrementada con la presencia de un nuevo miembro en el contexto familiar y la escolarización desde el año 2013 de la niña en España, todo lo cual se omitió en la resolución impugnada, razón por la que se aprecia la insuficiencia de motivación del Auto, y estima el recurso de amparo por violación del artículo 24.1”.

Se esté de acuerdo o no con la respuesta del Tribunal, que de manera evidente liga la integración de la menor en el ambiente español con el tiempo transcurrido desde su ilícito traslado, tiempo que se dilató por razones en ningún caso debidas al comportamiento del padre que solicitaba el retorno, lo que me interesa destacar aquí es que en este caso el Constitucional no está utilizando el interés del menor para eludir o dejar de aplicar una regla jurídica, en este caso el artículo 12 del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, sino precisamente apela a que ese interés no ha sido respetado porque no se ha aplicado correctamente ese precepto en su párrafo segundo, al no haberse tenido suficientemente en cuenta, o al menos no haberse expresado en la resolución de manera suficiente, si la menor estaba o no integrada en su nuevo ambiente.

Otro caso en el que a mi juicio el interés del menor se utiliza como criterio argumental, precisamente para aplicar correctamente la ley, es el de la STC

los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente”. En el supuesto enjuiciado por el Tribunal Constitucional, la niña llevaba más de un año en nuestro país.

167/2013, de 7 de octubre (RTC 2013, 167). Se trataba de un supuesto donde tras la reclamación del padre de un menor de corta edad se produjo la determinación judicial de la filiación paterna y, en aplicación de la legalidad vigente, se ordenó la inversión de los apellidos del menor. El padre había sido condenado previamente por violencia de género contra la madre y esta se había opuesto a la inversión de los apellidos; sin embargo, la autoridad judicial no acordó el mantenimiento de los apellidos maternos, como excepcionalmente la ley permitía. La madre, invocando el interés del menor en mantener los apellidos que ostentaba desde el nacimiento recurre en amparo; alega la vulneración de los derechos fundamentales por parte de las resoluciones judiciales impugnadas (derecho a la igualdad, derecho a la propia imagen y derecho a la tutela judicial efectiva reconocidos en los arts. 14, 18.1 y 24 CE respectivamente) y el amparo que solicita de este Tribunal. En concreto, la madre alegó que la preferencia en el orden de los apellidos otorgaba un tratamiento prioritario del varón y discriminatorio de la mujer en cuanto a la imposición de su apellido, tratamiento que carece actualmente de justificación constitucional y de fundamento razonable y suficiente; a ello añade la existencia de una posible colisión entre el derecho a la personalidad del menor; que aún no tiene capacidad de obrar, y el derecho de la madre a impedir que prevalezca el apellido del padre; también alude a la colisión entre el interés del menor que funciona en la vida social y oficial con unos apellidos y el interés paterno en que se imponga el suyo (art. 18.1 CE).

El Tribunal Constitucional reconoce el derecho al nombre como derecho de la personalidad y lo sitúa en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1. CE). Considera respetuoso con el sistema constitucional el régimen jurídico de los apellidos existente en el momento del pleito, según el cual a falta de acuerdo de los progenitores el primer apellido será el primero paterno y el segundo el primero materno, con la posibilidad de que el hijo invierta el orden, una vez alcanzada la mayoría de edad (FJ 6). No obstante, estima que en el caso planteado debió atenderse, entre otros, al hecho de que “El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar”, por lo que “debió ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos”. Atendiendo a esta razón, así como a la relevancia que el propio legislador otorgaba ya en ese momento a la violencia de género en la determinación del orden de los apellidos, el Tribunal Constitucional atiende al amparo solicitado.

Estoy totalmente de acuerdo esta decisión, en la que el interés del menor se alega precisamente para conservar los apellidos que el niño venía sustentando, lo cual era totalmente legítimo a la luz del art. 59.3 de la LRC que expresamente lo permitía. No se trata pues de que el interés del menor haya sido utilizado para evadir la norma general que establecía determinado orden de los apellidos, sino que, de conformidad con las circunstancias concurrentes, entre las que resultaba de particular importancia el derecho fundamental a la identidad del menor, así como los antecedentes por violencia de género del padre, el interés del menor propiciaba, precisamente, la aplicación de la posibilidad de mantenimiento del orden de apellidos que el 59.3 LRC otorgaba a la autoridad judicial.

C) Sirve para integrar lagunas normativas.

En el epígrafe II.2 *in fine*, de este mismo trabajo me preguntaba si cabía plantear que, además de esta función interpretativa *stricto sensu*, el recurso a la cláusula del interés del menor pudiera también servir para cumplir una función integrativa o incluso correctora de reglas legales, hasta el punto, incluso, de llegar a justificar la inaplicación de alguna de ellas en el caso concreto. Personalmente no veo inconveniente en el primero de estos dos usos, el meramente integrativo de reglas no suficientemente completas o adecuadas para una concreta situación fáctica; también creo que puede encontrarse alguna huella jurisprudencial de en este sentido.

Así, la STS 10 mayo 2019⁸⁰, resuelve sobre el derecho a la legítima en la herencia del padre biológico por parte de un menor adoptado, cuando la sucesión se causa antes de que se hubiese consumado la adopción, momento en el que todavía no resulta aplicable el art. 178.1 CC, a cuyo tenor la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. El *ius delationis* fue adquirido por el niño antes de finalizar el proceso de adopción, y se mantiene tras este si no hubo renuncia anterior. Aunque en la argumentación de la sentencia no aparece expresado el recurso al interés del menor, en varios lugares subyace la tutela de los intereses del menor adoptado, tanto de la Administración pública (que actuó para y por el menor, sin llegar a aceptar la herencia) como de los padres adoptivos, representantes del menor, que finalmente fueron los aceptantes.

Esta función integradora del interés del menor aparece más claramente en algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que el aludido principio sirve, precisamente, para llenar de contenido la “justa causa” prevista en el art. 160.2 CC, que permite impedir las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes. Cito, por ser la más reciente, la STS 25 noviembre

80 STS 10 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2043).

2019⁸¹, en las que ese niega a un abuelo especialmente conflictivo el derecho a relacionarse con sus nietos atendiendo a que “el interés del menor tiene carácter prevalente, tal como se expresa en las sentencias citadas por la parte recurrente; a lo que cabe añadir que no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así -por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores- para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor”.

D) Sirve para modificar la norma escrita.

Sin lugar a dudas es mucho más cuestionable si el recurso al interés del menor puede servir para circunvalar, eludir o derrotar a una regla de Derecho escrita que, en el caso concreto, conduzca a un resultado contrario al interés del menor. Pienso que en esta función se ha utilizado a veces por nuestros tribunales y por algún órgano administrativo cuya misión es la de dictar actos que en algún caso pueden afectar a menores de edad. Para ilustrar tal misión de derrota del Derecho escrito voy a poner dos ejemplos, ambos ya citados en otras partes de este trabajo, que me sirven de muestra tanto para su utilización correcta, en el primer caso, como incorrecta, en el segundo.

De modo acertado creo que utiliza el interés del menor como instrumento para derribar una norma legal, la varias veces citada, STC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019, 99), por la que se aprecia la inconstitucionalidad del el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que exige la mayoría de edad para acceder a dicha rectificación. No obstante, conviene señalar que la inconstitucionalidad se declara “en la medida en que se aplica a menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad”, declaración que resulta un tanto confusa.

En cambio, creo que de modo incorrecto lo hace la también citada Instrucción DGRN 23 octubre 2018, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, en la que se establecen dos directrices que son claramente ilegales; la segunda afecta a los menores de edad y dice lo siguiente: “Los padres de los menores de edad, actuando conjuntamente, o quienes ejerzan la tutela sobre los mismos, podrán solicitar la inscripción del cambio de nombre, que será atendida en el Registro Civil, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, los representantes del menor actuando conjuntamente declaren que el mismo siente como propio el sexo correspondiente al nombre

81 STS 25 noviembre 2019 (RJ 2019, 4972). En similar supuesto de hecho, STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4631).

solicitado de forma clara e incontestable. La solicitud será también firmada por el menor, si tuviera más de doce años. Si el menor tuviera una edad inferior, deberá en todo caso ser oído por el encargado del Registro Civil, mediante una comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez". Además de su evidente incorrección técnica, se trata de una disposición que claramente viola el principio de legalidad, por más que el preámbulo de la Instrucción pretenda ampararla en el interés del menor.

E) Sirve para no entrar en el fondo en el recurso de casación.

El interés del menor ha servido de argumento a numerosas decisiones recientes del Tribunal Supremo, de modo prioritario sobre guarda y custodia compartida⁸², aunque también en otros temas relacionados con la modificación de medidas o con procedimientos de adopción, y en las que siempre aparece la coletilla relativa a la inadmisión del recurso por "carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2.4.º LEC al pretender una imposible tercera instancia, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés de los menores". Así sucede, entre otras, en la STS I marzo 2019⁸³, donde se puede leer: "Cuando se trata, pues, de valorar el interés del menor, tiene sentado la sala⁸⁴ (...), sobre guarda y custodia compartida, pero extrapolable a cualquier medida personal que afecte a menores, que el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia".

En esta línea creo que interés la cita de la STS II diciembre 2019⁸⁵, en un caso de presuntos abusos sexuales a la menor por su padre, con atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre, pero sin que se pronuncie la privación de la potestad al padre; se considera que en el caso no concurre interés casacional por "no atender (el recurso) a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, y resolver esta conforme al interés de la menor"; se estima, además, que con la atribución exclusiva del ejercicio "el interés de la menor está suficientemente protegido".

82 En materia de custodia compartida es interesante la STS 28 enero 2020 (RJ 2020, 111), aunque en un caso que más bien habría que ubicar en el de interpretación correcta de la norma. Se trataba de dilucidar, en un supuesto en el que las dos madres de la menor discutían sobre la idoneidad o no de un régimen de custodia compartida anual, cuando los domicilios de ambas estaban situados a más de 400 km de distancia, y en la que el tribunal estima, también con recurso a precedentes, que tal régimen no es conforme con el interés del menor; este criterio le sirve asimismo para dilucidar a cual de las dos madres le debe ser atribuida la custodia exclusiva.

83 Reproduzco el intento de descripción del interés del menor que hace esta sentencia, con cita de otras precedentes: "Este interés, según doctrina de la sala (SSTS 19 octubre (RJ 2017, 4485) y 25 octubre (RJ 2017, 4677)), entre otras muchas, es la suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor".

84 Con cita de STS 23 julio 2018 (RJ 2018, 2966).

85 STS II diciembre 2019 (RJ 2019, 5297).

3. Conclusión: el recurso del interés (superior sic) del menor o no sirve para nada, o sirve para casi todo.

Tengo para mi que cabría alargar el rimero de funciones que en la práctica está cumpliendo el interés del menor. Algunas muy claras y legítimas; otras no tanto. Pero me parece que las señaladas y los ejemplos incluidos nos ponen claramente de manifiesto que el mantra del "interés de menor" se viene utilizando "a la carta", con una utilidad que va desde el todo (derrotar una ley) hasta la nada (cuando se omite su consideración en el caso, incluso aunque se mencione).

Lo que debería venir a continuación es otra pregunta: ¿Para que debería servir el interés del menor? Pero esa es otra historia que ha de ser contada en otro trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído”, *La Ley. Unión Europea*, núm. 7578, 28 febrero 2011.

BARTOLINI, S.: “In name of the best interests of the child: the Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases”, *Common Market Law Review*, vol. 56. núm. 1, February, 2019.

CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, t. I, Reproducción de la edición original de 1949, Madrid, Tecnos, 1984.

CUENA CASAS, M.: “La doctrina del Tribunal Supremo sobre la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia marital con un tercero. ¿Justicia a costa de la legalidad?”, *Hay Derecho*, 9 diciembre de 2018.

DAILEY A.C., ROSENBURY, L.A.: “The New Law of the Child”, *The Yale Law Journal*, 2018 (127).

EKELAAR, J.: *Family Law and Personal Life*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2017.

- “The emergence of children’s rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 6, Issue 2, Summer 1986.

- “The Role of the Best Interests Principle in Decision Affecting Children and Decisions about Children”, *International Journal of Children’s Rights*, núm. 23, 2015.

FERGUSON, L.: “Not merely rights for children but children’s rights: The theory gap and the assumption of the importance of children’s rights”, *International Journal of Children’s Rights*, núm. 21, 2013.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2018.

GARCÍA RUBIO, M^a.P.: “Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor”, en AA.VV.: *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C.: “Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana”, *Indret*, 1/2005.

GILMORE S., GLENNON, L.: *Family Law*, 6ª ed., Oxford, 2018.

HERRING, J.: *Family Law*, 9th. Ed., Pearson, 2019.

KILKELLY, U.: "The Best Interests of the Child: a Gateway to Children's Rights", en AA.VV.: *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being* (ed. E.E. SUTHERLAND, L.A. BARNES MACFARLANE), Cambridge University Press, 2016.

LENTI, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv.dir.civ.*, 2016.

PARRA LUCÁN, M.ª A.: "Minoría de edad", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la persona física*, (dir. M.ª C. GETE-ALONSO Y CALERA, coord. J. SOLÉ RESINA), t. I, Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2013.

REYES LÓPEZ, Mª J.: "Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2013, de 23 de noviembre de 2013. Límites a la aplicación del art. 57.2 LOE: el derecho a la vida familiar de los menores", en AA.VV.: *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, (coords. L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, P. ESCRIBANO TORTAJADA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: "La refundición del reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo", *REDI*, 2017-I.

SCALISI, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", *Riv. dir. civ.*, vol. 64, 2018-2.

SUTHERLAND, E.E., BARNES MACFARLANE, L.A.: (Eds.) *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge University Press, 2016.

VARELA CASTRO, I.: "El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo 2016.

VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2019.

Legislación:

Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Jurisprudencia nacional e internacional:

STS 19 octubre 2017 (RJ 2017, 4485).

STS 25 octubre 2017 (RJ 2017, 4677).

STS 23 julio 2018 (RJ 2018, 2966).

STS 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086).

STS 10 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2043).

STS 29 octubre 2019 (RJ 2019, 4495).

STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4631).

STS 25 noviembre 2019 (RJ 2019, 4972).

STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5297).

STS 28 enero 2020 (RJ 2020, 111).

STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 29).

STC 154/2002, de 18 de julio (RTC 2002, 154).

STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176).

STC 196/2013, de 2 de diciembre (RTC 2013, 196).

STC 16/2016, de 1 de febrero (RTC 2016, 16).

STC 23/2016, de 15 de febrero (RTC 2016, 23).

STC 99/2019, de 18 de julio de 2019 (RTC 2019, 99).

STJUE de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-491/10, Joseba Andoni Aguirre Zagarra v. Simone Pelz.

STJUE de 8 de marzo de 2011, Asunto C 34/09, Gerardo Ruíz Zambrano y Office national d'emploi (ONEm).

STJUE de 13 de septiembre de 2016, Asunto C165/14, Alfredo Redón Marín y Administración del Estado.

STJUE de 10 de mayo de 2017, Asunto C-133/15, Chávez-Vílchez.

STEDH (Sección Tercera) de 6 de diciembre de 2007, Asunto Maumousseau y Washington c. Francia.

SSTEDH (Gran Sala) de 6 de julio de 2010, Asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza.

SSTEDH (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013, Asunto X. c. Letonia.

STEDH de 7 de mayo de 2015, Asunto S L y J L. v. Croacia.

