

**Doctrina constitucional y parámetros
jurisprudenciales que definen el interés
superior del menor en el derecho Civil Español**

**Constitutional doctrine and jurisprudential
parameters that define the best interests of the
minor in the Spanish Civil law**

Ángela Galván Gallegos

Profesora del Área de Derecho Civil y Procesal Civil de la Escuela Judicial de España.

Doctora y Magistrada.

angela.galvan@cgpj.es

<https://orcid.org/0000-0003-0373-1813>

Jordi Jané Guasch

Profesor del Área de Derecho Constitucional y de la Unión Europea de la Escuela Judicial de España. Profesor asociado de Derecho Constitucional en la Universitat Pompeu Fabra y en la

Universitat Rovira i Virgili.

jordi.jane@cgpj.es

<https://orcid.org/0000-0002-4635-8580>

Diplomatura de Metodología de la Investigación, del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá,
Doctor César Augusto Quinteros Correa y la Red Iberoamericana de Escuelas de Judiciales (RIAEJ)

Doctrina constitucional y parámetros jurisprudenciales que definen el interés superior del menor en el derecho Civil Español

Constitutional doctrine and jurisprudential parameters that define the best interests of the minor in the Spanish Civil law

Recibido: marzo 2023

Aprobado: octubre 2023

Resumen

En el presente artículo se analiza el principio del interés superior del menor, a partir de su paulatina incorporación y reconocimiento, tanto en los convenios y tratados internacionales, como en la legislación interna española. Partiendo de este análisis, se concluye que este principio es un concepto jurídico indeterminado y se estudian distintas sentencias recientes del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo de España, deduciendo de las mismas qué pautas concretas pueden aplicar los jueces en el ámbito civil cuando tienen que decidir sobre situaciones que afectan directa o indirectamente a un menor de edad y se aborda también un estudio específico de la aplicación controvertida de este principio en la normativa española sobre la igualdad real y efectiva de las personas trans y la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Abstract

This article analyzes the principle of the best interest of the minor, from its gradual incorporation and recognition, both in international conventions and treaties, as well as in Spanish internal legislation. From this analysis, it is concluded that this principle is an indeterminate legal concept and different recent judgments of the Constitutional Court and the Supreme Court of Spain are studied, deducing from them which specific guidelines judges can apply in the civil issues when they have to decide on situations that directly or indirectly affect a minor and a specific study of the controversial application of this principle in the Spanish laws about the equality of trans people and the guarantee of the rights of LGTBI people.

Palabras Claves

Interés superior del menor, inscripción registral del nombre y del sexo, guardia y custodia, maternidad subrogada, derechos personas trans y LGTBI.

Keywords

Best interest of the minor, registration of the sex, guard and custody, surrogate motherhood, rights of Trans and LGTBI people.

Introducción

El interés superior del menor es un principio consagrado normativamente en el ámbito internacional, europeo y español.

El ordenamiento jurídico español ha incorporado el interés superior del menor como principio vertebrador, como principio general del derecho con relevancia constitucional, que vincula a los poderes públicos, y como instrumento informador de las instituciones de protección de menores.

¿Pero qué ha de entenderse por “interés superior del menor”? Existen numerosas normas que recogen esta expresión, aunque no hay una definición legal de la misma. Toda la doctrina y jurisprudencia está de acuerdo en referirse a dicho principio como un concepto jurídico indeterminado, que además cuenta con la dificultad de ser un concepto variable en el tiempo o “líquido” (Seoane, 2022), ligado a la evolución de la sociedad y sus valores. Ello quiere decir que, para definirlo, al margen de que la legislación se afane en fijar unas reglas que sirvan de guía al juez para considerarlo y aplicarlo, no le evita el esfuerzo, y a veces la desazón, de adaptar y calibrar esas pautas generales a las circunstancias particulares de cada caso, especialmente teniendo en cuenta que dichas reglas se basan en introducir otros tantos conceptos indeterminados, lo que ha provocado siempre una cierta confusión sobre cómo deducirlo y una inseguridad a la hora de aplicarlo.

Por ello, y ante la imposibilidad de dar una definición exacta, es preciso analizar los distintos ámbitos en los que se manifiesta la necesidad de proteger a los niños y niñas, y concretar el principio general del interés superior del menor según el supuesto concreto ante el que nos encontremos.

Los criterios que finalmente ayuden a los jueces y operadores jurídicos a definir en cada caso este principio vendrán determinados por la jurisprudencia o la doctrina y no tanto por las leyes.

En el ámbito del Derecho Civil debemos acudir a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de España, acompañada por la doctrina del Tribunal Constitucional, para poder encontrar algunos parámetros que, al hilo de la resolución de los conflictos concretos, se han ido tomando en consideración a la hora de configurar la noción de interés superior del menor.

Por todo ello, en el presente artículo -a partir de la aplicación de una metodología investigadora de carácter cualitativo- se aborda el estudio de algunas de las resoluciones judiciales más relevantes y actuales, emitidas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de España, analizando los elementos que se han tomado en cuenta para determinar y configurar el interés superior del menor en cada caso concreto.

Asimismo, antes de entrar en el análisis de las resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, es oportuno realizar una breve referencia al significado de las palabras que conforman la expresión “interés superior del menor”, con la finalidad de acercarnos al sentido y alcance de tal principio.

En primer lugar, la palabra “interés” en este contexto viene referida a la idea de beneficio, provecho o conveniencia. En segundo lugar, el término “superior” se utiliza en este ámbito, no tanto en una función comparativa, sino como definidor de lo que se considera muy bueno, lo mejor o lo óptimo (función de superlativo), que además es prevalente sobre cualquier otro interés con

el que concurra o entre en colisión y que en ocasiones podrá acabar siendo la alternativa menos perjudicial para el niño. Y, en tercer lugar, el término “menor” hace referencia al menor de edad, que en la más moderna legislación y doctrina se está sustituyendo por “niño, niña y adolescente”.

En resumen, y antes de entrar en el análisis del contenido final que le han dado los tribunales y que es objeto del presente artículo, podríamos inicialmente “reformular” el interés superior de menor, afirmando que se trata de hallar lo más beneficioso o lo que más le convenga (atendiendo a sus circunstancias) al niño, niña o adolescente. Y decidido el mayor beneficio para el menor, prevalecerá siempre ese interés sobre otros intereses jurídicos incompatibles con aquel.

1. Evolución del concepto del interés superior del menor en las normas internacionales

El análisis del concepto de lo que debemos entender como “interés superior del menor” debe partir necesariamente de un breve repaso de la paulatina evolución que ha venido teniendo en los distintos convenios y tratados internacionales. Desde 1919, año en el que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) introdujo un primer acuerdo internacional en el que se establecía una tutela diferenciada a los niños, fijando la edad mínima para el trabajo en 14 años, han sido diversos los acuerdos internacionales que han ido situando a los menores en su centro de atención.

Dentro de esta evolución, merece un especial comentario la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989), dado que se trata de la primera ley internacional sobre los derechos de los menores, de carácter obligatorio para los Estados firmantes y en la que se prevé expresamente en el artículo 3.1 un concepto

de “interés superior del niño”. Dada su importancia, debe destacarse que en el año 2013 desde Naciones Unidas se aprobó la Observación número 14 a esta CDN, en la que se subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: como derecho sustantivo; como principio jurídico interpretativo y como norma de procedimiento.

Posteriormente, en el ámbito del Consejo de Europa, se aprobó el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños (1996), en el que se recogía también este concepto en su artículo 1.2, precisando que el objeto de este Convenio es el de “promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos”.

En el ámbito de la Unión Europea debe destacarse, dada su trascendencia, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), artículo 24, en el que se establece que “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones privadas, el superior interés del menor constituirá una consideración primordial”.

Finalmente, en el ámbito iberoamericano, dentro las denominadas Reglas de Brasilia (2008) sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la IV Cumbre Judicial Iberoamericana y actualizadas en el año 2018 por la XIX Asamblea de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Quito, se prevé también expresamente el concepto del interés superior del menor en su Regla 5.

2. Incorporación del concepto del interés superior del menor en la normativa interna española

Toda esta evolución internacional analizada en el apartado anterior ha tenido

su plena incorporación en el ordenamiento jurídico español a partir de la propia previsión que establece la Constitución (1978), artículo 39.4 cuando dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

En consecuencia, esta previsión constitucional supone una recepción en el derecho español de las normas internacionales de protección de los niños, referenciadas anteriormente. Existe, por tanto, un amplio marco jurídico de protección a los niños y adolescentes que vincula al conjunto de los poderes públicos, a todas las instituciones relacionadas con los menores y a los padres o tutores legales.

A partir de esta expresa remisión a los acuerdos internacionales que realiza la CE, en España se han aprobado un conjunto de leyes específicas sobre los menores, que han venido a plasmar normativamente este concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor.

Del todo, el conjunto normativo sobre menores aprobado por el legislador español merece una especial atención:

- La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En esta ley se regula expresamente el “interés superior del menor”, previendo en su artículo 2.1 que el mismo debe ser valorado y considerado como primordial “en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como en el privado”. Así se establece que este interés superior del menor “primará” sobre cualquier otro interés que pudiera concurrir y que deberán interpretarse

siempre de forma restrictiva aquellas limitaciones que afecten al interés superior del menor. A continuación, en el apartado 2 del mismo artículo se aportan también todo un conjunto de criterios generales que deben tenerse en cuenta en la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, entre los que destacan: la protección de la vida e integridad física y moral del menor; el derecho a participar “en función de su edad y madurez, en el proceso de determinación de su interés superior”, valorando y considerando sus “deseos, sentimientos y opiniones”; el desarrollo del menor en un entorno familiar adecuad, en el que se respete su “identidad, cultura, religión”, sin violencia ni discriminación por motivo alguno.

- La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Esta ley ha generado una significativa controversia durante su tramitación en diversos aspectos de su contenido. Uno de los aspectos más debatidos es el relativo a la regulación del momento y forma en el que un menor de edad tiene derecho a modificar la mención de su sexo y nombre propio en el Registro Civil.

Precisamente, tanto los defensores como los detractores de esta ley han utilizado su interpretación en relación a lo que deba considerarse la necesaria defensa del “interés superior del menor” para llegar a conclusiones totalmente dispares sobre lo que la aplicación de este principio supone en este supuesto.

Concretamente, en el artículo 43 se prevé una legitimación más amplia de los menores de edad para poder solicitar por sí mismos la rectificación de la mención registral relativa al sexo (y el subsiguiente cambio de su nombre

propio). En este sentido, la ley prevé que podrá hacer esta solicitud ante el Registro Civil cualquier menor de edad que sea mayor de dieciséis años. También podrán solicitar este cambio los menores entre catorce y dieciséis años, asistidos en este caso por sus representantes legales.

No obstante, para esta franja que comprende ya a los mayores de catorce años y menores de dieciséis, la ley prevé que, en caso de que el menor esté en desacuerdo con sus progenitores o con sus representantes legales, se proceda a nombrar a un defensor judicial, lo que implica -en la práctica- que un menor con catorce años pueda llegar a realizar el cambio en la mención registral de su sexo, aunque sus progenitores o representantes legales no estén de acuerdo con esta decisión del menor. Por último, para los menores entre doce y catorce años se establece que también pueden solicitar este cambio en la mención registral de su sexo, solicitando en estos supuestos una autorización judicial.

Estas posibilidades legales más amplias para poder realizar este cambio en la mención registral del sexo se han complementado con una previsión específica en la Ley 4 (2023), artículo 44.3 en el que se establece que:

El ejercicio del derecho a la rectificación relativa al sexo en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole.

No obstante, es importante tener en cuenta que esta nueva normativa no ha alterado la regulación y exigencias previamente

establecidas en el ámbito sanitario sobre el consentimiento informado, que se seguirá aplicando para aquellos menores que deseen someterse a una intervención quirúrgica o a un tratamiento médico relacionado con un posible cambio de sexo.

La principal controversia originada durante la tramitación parlamentaria de la citada ley se produjo en lo relativo a la franja de edad comprendida entre los catorce y los dieciséis años, dado que fueron diversos los grupos parlamentarios, entre ellos inicialmente el propio grupo socialista, que presentó la enmienda número 26, publicada en el BOCG Congreso de los Diputados Serie A Núm. 113-2, de 30 de noviembre de 2022, en la cual consideraban que la regulación aprobada no establecía las debidas garantías desde el punto de vista del interés superior del menor para la rectificación registral de la mención del sexo de quienes tienen menos de 16 años.

Contrariamente, los defensores del texto finalmente aprobado entendían que precisamente esta regulación protege de manera más adecuada el interés superior del menor, a través de las mayores facilidades que la ley les otorga para realizar por sí mismos el cambio en la mención registral de su sexo, ante un progenitor que pudiera ser transfóbico y no acompañase al menor en su decisión.

Por tanto, la Ley 4 (2023) supone un claro ejemplo de cómo la indeterminación del principio del “interés superior del menor” puede conllevar situaciones en las que, apelando al mismo, se deriven soluciones e interpretaciones legales totalmente contrapuestas. En consecuencia, se hace necesario acudir a la doctrina y a la jurisprudencia de los tribunales para encontrar las pautas jurídicas y fácticas que nos permitan deducir en cada caso el “interés superior del menor”.

3. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre el interés superior del menor

El Tribunal Constitucional de España (TC) ha tenido que pronunciarse en diferentes ocasiones sobre la aplicación del interés superior del menor. En particular, se analizan dos sentencias especialmente significativas: la primera de ellas versa sobre el aspecto polémico relativo a la rectificación registral por parte de un menor de su sexo y la segunda sentencia analizada aborda la valoración del interés superior del menor en aras a determinar el régimen de visitas por parte de un progenitor que está incurso en una causa penal por un delito contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos.

a) El interés superior del menor y la rectificación registral de su sexo

Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio de 2019. En esta sentencia, anterior a la legislación sobre las personas trans y LGTBI analizada anteriormente, el TC ya consideraba que, aplicando el principio de preservar el interés superior del menor, se pueden establecer limitaciones a las personas que todavía no son mayores de edad en orden a proceder a la rectificación registral de su sexo.

No obstante, entiende también la sentencia analizada que la propia preservación de ese interés superior del menor debería comportar que los legisladores previeran que los menores de edad “con suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad” puedan y tengan derecho a solicitar la rectificación de la mención registral de su sexo y el consiguiente cambio de su nombre propio.

De esta manera, el mismo concepto -el del interés superior del menor- sirve al TC, tanto para justificar que puedan existir limitaciones a los menores que deseen modificar la inscripción registral de su sexo, como para permitir ese cambio en la mención registral del sexo a aquellos menores de edad que han demostrado un suficiente grado de madurez y una situación estable en su transexualidad.

b) El interés superior del menor y las limitaciones al régimen de visitas del progenitor, incurso en determinadas causas penales

Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre de 2022. En esta sentencia, el TC aplica el principio del interés superior del menor para justificar la constitucionalidad del Código Civil (1889) artículo 94, párrafo cuarto, que se regula la posible prohibición del régimen de visitas respecto de aquel progenitor que esté incurso en determinados procesos penales. El TC parte de la consideración general de que “tanto la regulación del régimen de estancias, comunicaciones y visitas, exista o no acuerdo parental, como su aplicación por los órganos judiciales y por los poderes públicos, deben estar presididas por la protección del interés superior del menor” (Fundamento Jurídico 2 B), recordando en el mismo Fundamento Jurídico que:

La propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor (art. 3), contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa.

De acuerdo con esta doctrina del TC, el

concepto del interés superior del menor en estos supuestos puede actuar en dos sentidos que comportarían consecuencias absolutamente dispares:

Por un lado, se reconoce que, en aras al “interés superior del menor”, un hijo menor de edad debe tener derecho a comunicarse con cada uno de sus progenitores. En este primer sentido, el TC recuerda también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se reconocen las consecuencias negativas que puede comportar para un menor la ausencia de relación con alguno de sus progenitores, destacando la necesidad, en aras al interés superior del menor, de facilitar un contacto regular de los padres con sus hijos y que los vínculos familiares de los mismos solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales, siendo necesario para el interés del niño poder mantener las relaciones personales con su familia y poniendo de relieve, tal y como ha reflejado el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su jurisprudencia, cómo “el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él” (TEDH, 3 de mayo de 2011, *Saleck Bardi c. España*, & 52; 8 de julio de 2023, asunto *Sahin c. Alemania*, & 66, la de 2 de septiembre de 2010, asunto *Minerva c. Bulgaria*, & 82; 6 de julio de 2020, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, & 135).

No obstante, por otro lado, el TC, en el fundamento Jurídico Sexto de la sentencia 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, también considera que “el interés superior del niño opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor”, afirmando que:

Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores

afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de este.

De esta manera, el concepto del interés superior del menor servirá de parámetro a aplicar, tanto para justificar la necesidad de que el menor deba estar en contacto con cada uno de sus progenitores, como para justificar lo contrario en aquellos supuestos en los que precisamente el contacto con alguno de sus progenitores pueda resultarle perjudicial en aras también a la preservación de su interés superior. Tal y como afirma el TC en la sentencia 106/2022, de 13 de septiembre:

Cuando está en juego el interés del menor debe huirse de decisiones regladas o uniformes incluso en aquellos supuestos especialmente graves y que deberán ser tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos, en que un progenitor esté incurso en un proceso penal.

De acuerdo con esta posición mayoritaria del TC, el Código Civil (1889), artículo 94.4, permite que la autoridad judicial pueda llegar a establecer un régimen de visitas y comunicaciones a un progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atacar contra la vida, la integridad física, la libertad y la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos, siempre que considerara que ello es conforme con el interés superior del menor.

No obstante, en un voto particular suscrito por dos magistradas y un magistrado del TC a esta sentencia de 13 de septiembre de 2022, se pone de relieve como una manifestación

más del interés superior del menor debe venir conectada con la protección de las mujeres frente a la violencia, precisamente ante el alarmante aumento de casos de violencia vicaria en los que determinados padres causan daños, agresiones e incluso la muerte a sus hijos con el propósito principal de atacar a sus mujeres, que acaban siendo víctimas de la violencia de género con actos y conductas dirigidos a causar daño a la mujer a través de sus hijos menores de edad.

Para evitar que pueda llegar a producirse esta violencia vicaria, de acuerdo con la interpretación del Código Civil (1889), artículo 96.4, del que realizan los firmantes del voto particular, en ningún caso podría admitirse un régimen de visitas si el progenitor está incurso en un proceso penal como los descritos anteriormente, dado que consideran que estos supuestos deben conectarse siempre con las políticas que pretenden atajar la violencia de género, conectada también al interés superior del menor, destacando finalmente los magistrados como dato relevante que, en el período comprendido entre 2013 y octubre de 2022, 47 niños habían fallecido en España víctimas de esta violencia vicaria.

4. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España sobre el interés superior del menor

La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de España (TS) ha interpretado y aplicado el principio del interés superior del menor en los distintos ámbitos en los que especialmente puede verse afectado un menor de edad. De entre ellos, se analizan a continuación algunas sentencias y resoluciones de los años 2020 a 2023, en las que el TS ha tratado especialmente el principio del interés superior del menor aplicado a situaciones derivadas de crisis familiares y en materia de

acciones de filiación y maternidad subrogada.

a) El menor de edad en las crisis familiares

Por crisis familiar nos referimos en este contexto a los supuestos en los que hay un conflicto familiar relacionado con la ruptura de una pareja con hijos menores de edad. En estas situaciones, las controversias respecto de los menores de edad que se someten a enjuiciamiento hacen referencia principalmente al ejercicio de las funciones parentales y a las relaciones del menor con sus familiares. Buscar y encontrar el “interés superior del menor” en un mar revuelto de sentimientos y muchas veces de irracionalidades, no es fácil, sobre todo para un ajeno, como lo es el juez, sobre el que se ha depositado la responsabilidad de decidir qué es lo más beneficioso para el niño, niña o adolescente, que se sitúa como un “náufrago” en ese temporal.

Las cuestiones en este marco sobre las que se ha pronunciado el TS aplicando el principio del interés superior del menor se han referido a los siguientes temas:

- **El régimen de guarda y custodia.** A pesar de que el TS ha sentado doctrina en la que considera que en abstracto la custodia compartida es un sistema beneficioso para los menores, el principio del interés superior del menor exige en cada caso concreto identificar lo que resulta más adecuado al interés de ese menor en sus concretas circunstancias. Y, en el caso enjuiciado en la sentencia 729/2021 de 27 de octubre de 2021, en el que se da un conflicto grave entre los progenitores manifestado en una sentencia penal previa en la que se condenaba al padre por malos tratos y vejaciones injustas

hacia la madre, el TS entiende que la custodia compartida no es el sistema óptimo para los menores, porque de los hechos probados en la sentencia penal queda acreditado el desprecio del padre hacia la madre, y el tono vejatorio y humillante con que se dirigía a ella, por lo que resulta inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores y es impensable que se dé el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan a los hijos, ni el respeto y apoyo mutuo como padres, ni la comunicación a los niños en un clima de lealtad mutua, afectando, por tanto, al interés de los menores, que se ve mejor amparado con un régimen de guarda atribuido exclusivamente a la madre.

También la influencia de la actuación violenta de uno de los progenitores en el ámbito familiar a la hora de valorar por el juez el interés superior del menor y la procedencia de una guarda y custodia conjunta ha sido protagonista de una cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Sala Primera del TS en el auto 581/2023, de 11 de enero de 2023. El precepto, cuya constitucionalidad se ha sometido a consideración del TC, en el Código Civil (1889) artículo 92.7 establece, entre otros aspectos, que:

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atacar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

El TS recuerda en este auto que el interés superior del menor ha sido considerado por la jurisprudencia como interés primordial, bien constitucional y de orden público, e identificado

por el TC como norma de derecho imperativo, entendiéndose que el interés superior del niño obliga a la autoridad 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 adoptada.

En el caso que desencadena esta cuestión de inconstitucionalidad, se contempla la situación de un niño, que viene disfrutando de un régimen de custodia compartida que se ha desarrollado sin ninguna incidencia negativa y que le permite mantener vivos, directos, asiduos y estrechos vínculos con su padre y madre, gozando de unas excelentes relaciones con ellos. Sin embargo, la circunstancia de la formulación de una denuncia penal por la madre, relativa a un hecho aislado consistente en unos supuestos golpes sufridos en el antebrazo no causantes de lesiones y pendientes de enjuiciamiento, sobre los cuales el padre goza de presunción de inocencia, conforman, a tenor del artículo 92.7 del citado código, un óbice irremediable para el mantenimiento de un régimen de custodia compartida, cuando en este caso este régimen se ha reputado por el juez de primera instancia y por el tribunal de apelación, con base en el informe de un especialista, como el más beneficioso para el interés del menor.

Considera el TS que la norma cuestionada es desproporcionada, en tanto en cuanto no permite que entre en juego el principio del interés superior del menor de máximo rango constitucional, al no preverse excepciones al régimen imperativo del artículo antes citado y no ofrecer opciones resolutorias en las que se puedan ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso, evitando la retirada automática del régimen de custodia compartida por el mero hecho de existir una

denuncia penal contra el padre.

- **El régimen de comunicación con el progenitor no custodio.** El TS en la sentencia 625/2022 de 26 de septiembre, suspende un régimen restrictivo de comunicación del padre con su hija de cuatro años con base en el interés superior del menor. A la hora de motivar sobre la aplicación del interés superior del menor como principio de orden público, el Fundamento de Derecho Tercero (3.2) de esta sentencia parte de reconocer la importancia que tienen los lazos afectivos y de apego entre padres e hijos, y el beneficio que para los menores supone mantener contacto y comunicación con sus progenitores. Pero si este contacto o comunicación no es lo más favorable para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor, y se aprecia que es más beneficioso (interés superior) que el menor no tenga relación con su padre, prevalecerá lo más conveniente para el menor (interés superior) sobre el interés concurrente del padre de relacionarse con su hijo. Es decir, el interés superior del menor tiene carácter primordial, preferente y puede justificar la limitación y suspensión del régimen de comunicación entre padres e hijos (Fundamento de Derecho Tercero, 3.3).

La Sala Primera del TS analizó en el caso enjuiciado las circunstancias concurrentes en aras a determinar el interés superior de la niña de cuatro años. Los condicionantes que tomaron en consideración los magistrados fueron:

1. Los episodios reiterados de violencia de género en los que incurrió el padre, que se considera que muestran un desprecio por la persona más importante en la vida

de la menor, en una situación que aún no se encuentra superada en cuanto mantiene todavía una violencia verbal hacia la madre de la niña.

2. Las características patológicas de la personalidad del padre y las correlativas dificultades de control de los impulsos y su reticencia a los tratamientos, que no le permitirían proporcionarle a su hija los recursos emocionales, cognitivos y conductuales necesarios para afrontar, de forma flexible y adaptativa, su ejercicio parental.
3. El desinterés del padre por mantener contacto con su hija y la falta de lazos afectivos y de apego seguro entre padre e hija.
4. La falta de madurez de la niña (4 años) para asumir los contactos programados con su progenitor, enfrentarse a las carencias del padre para asumir su rol como tal y a las características de su personalidad.

Todas estas circunstancias y su valoración por el TS muestran unos parámetros que pueden dar luz a la hora de resolver supuestos similares, sin perder de vista, como recoge la sentencia, que las circunstancias no son extrapolables a otros casos (Fundamento de Derecho Cuarto, 4.4).

b) El menor de edad en las acciones de filiación y maternidad subrogada

La determinación de la filiación genera diferentes conflictos sobre los que ha tenido que pronunciarse la Sala Primera del TS. Las nuevas técnicas de reproducción asistida, la cuestión de la maternidad subrogada y los efectos de la determinación tardía de una

paternidad biológica han planteado cuestiones en las que el TS ha tenido que entrar a definir el interés superior del menor.

- **La filiación materna y la gestación subrogada.** El supuesto que analiza y resuelve la sentencia 277/2022, de 31 de marzo, de la Sala Primera del TS tiene como relato fáctico el de una mujer española, soltera de entre 45 y 46 años, que viaja a México y celebra un contrato, para formalizar la gestación sustituta o subrogada en otra mujer, que será la gestante y se compromete a entregar al niño nada más al nacer, a la mujer española. La gestación se lleva a cabo a partir de embriones creados por fertilización in vitro con material genético (óvulo y esperma) procedente de donantes anónimos. De dicho proceso nació un niño que la madre española registró en México como hijo suyo, y con el que regresó a España. El menor se integró en el núcleo familiar de la mujer española junto con los padres de esta. El problema surgió cuando la mujer española intentó inscribir en el Registro Civil español al niño como su hijo, inscripción que le fue denegada por no ser español (el niño tenía nacionalidad mexicana) y por no existir un hecho determinante, reconocido por la legislación española, de la filiación materna (parto o adopción). A través de la vía jurisdiccional se solicitó la determinación de la filiación materna por “posesión de estado” y se aducía el interés superior del menor integrado en un núcleo familiar con el que ha desarrollado lazos personales afectivos como hijo y nieto.

El TS en su sentencia de este polémico caso adoptó una postura clara y contundente

en relación con la gestación por sustitución, considerando que la misma, además de estar prohibida por la legislación española, no supone una excepción a la prohibición de venta de niños de acuerdo con lo establecido en los convenios internacionales. Para el TS, en los acuerdos sobre gestación subrogada tanto la madre gestante como el niño son tratados como objetos y ello supone un daño a los intereses superiores del menor. Entiende que son contratos prohibidos y que toda filiación determinada en país extranjero con base a los mismos atenta contra el orden público español.

Para dar solución a las situaciones de niños que han entrado en España, se encuentran integrados en un núcleo familiar estable, pero que nacieron en el extranjero como fruto de una gestación subrogada, el TS reconduce estas situaciones a través de la adopción para determinar la filiación materna. Para ello, deben observarse todos los trámites de la adopción, teniendo presente el interés superior del menor valorado en cada caso concreto.

- **La reclamación de paternidad y el orden de los apellidos.** La Sala Primera del Tribunal Supremo tiene doctrina consolidada, basada en el interés superior del menor, ante la problemática relativa a la variación del orden de los apellidos en los casos de reconocimiento tardío de la paternidad. En la sentencia 645/2020, de 30 de noviembre de 2020, el TS aplica esta doctrina a un supuesto de reclamación de la paternidad presentada por un padre respecto de su hija biológica. En ese supuesto concreto, una vez reconocida judicialmente dicha paternidad, lo que se discute es si el primer apellido de la niña, ya con 7 años y que venía determinado desde su

nacimiento por ser el primer apellido de la madre, ha de relegarse al segundo lugar, colocando como primero el apellido del progenitor cuya paternidad se ha reconocido de forma sobrevenida. El TS ha establecido, aplicando en estos casos el interés superior del menor, que la interrogante a la que debe responderse, no es tanto si existe perjuicio para

el menor por el cambio de apellidos, sino si efectivamente esa modificación sobrevenida en el orden de estos le fuere más beneficiosa. Para el TS, en este caso, si no consta ese beneficio, no existe razón para alterar el primer apellido con el que se viene identificando a la menor desde su nacimiento.

Conclusiones

El interés superior del menor ha estado presente como concepto jurídico en distintos convenios y tratados internacionales, encontrando su principal plasmación en la Convención de las Naciones Unidas (1989), sobre los Derechos del Niño, en la que se ha subrayado su triple dimensión: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo y como norma de procedimiento.

España ha ido creando un conjunto normativo sólido para preservar el interés superior del menor, destacando la regulación específica que comportó la aprobación de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (1996), en la que se prevé que el interés superior del menor primará siempre sobre cualquier otro interés que pudiera concurrir, debiéndose interpretar de manera restrictiva cualquier limitación que pueda afectar al mismo.

La Ley 4 (2023) para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI ha abierto un intenso debate sobre la plasmación del interés superior del menor en los distintos supuestos que regula. Durante los debates parlamentarios de esta ley, tanto los partidarios de esa normativa aprobada como sus detractores, se apoyaron en el concepto de la protección del “interés superior del menor” para justificar sus posiciones, lo que demuestra que es un concepto jurídico indeterminado que precisa de una concreción por parte de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia de los tribunales en cada caso en que deba plantearse su aplicación.

El TC y el TS de España (recogiendo también la jurisprudencia del TEDH) han

contribuido con sus sentencias y resoluciones a desarrollar el concepto del interés superior del menor en supuestos determinados como:

a) Los relativos a la rectificación registral del sexo, exigiendo en estos casos que el menor tenga la suficiente madurez y una situación estable en su transexualidad.

b) Las limitaciones al régimen de visitas o la regulación de la comunicación cuando un progenitor está incurso en determinadas causas penales, concretando que en estos supuestos el interés superior del menor puede actuar, tanto para justificar el régimen de visitas o la guardia y custodia compartidas, como para negar los mismos.

c) La posible alteración del orden de los apellidos de un menor tras prosperar una reclamación de paternidad, considerando en estos casos que lo que realmente debe interesar es conocer si el cambio en el orden de los apellidos beneficiará o no al menor afectado.

d) Los acuerdos sobre gestación subrogada, entendiendo que tanto la madre gestante como el niño acaban siendo tratados como “objetos”, a través de unas prácticas que se consideran lesivas para el interés superior del menor.

Los tribunales, huyendo de decisiones regladas o uniformes, han definido que el interés superior del menor obliga a realizar en cada caso un juicio de ponderación, en el que se deben identificar los bienes y derechos controvertidos, con la finalidad de calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida que finalmente se acuerde.

Referencias bibliográficas

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 18 de diciembre, 2000. Diario Oficial de la Unión Europea 364/1. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- Código Civil, 1889. Real Decreto de 24 de julio de 1889. BOE-A-1889-4763 (España). [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)
- Constitución Española (1978), 29 de diciembre. BOE-A-1978-31229(España) [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
- Constitución de Organización Internacional del Trabajo. 28 de junio de 2019. [https://www.boe.es/eli/es/ai/1919/06/28/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1919/06/28/(1))
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. 20 de noviembre, 1989. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños. 25 de enero de 1996. [https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/01/25/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/01/25/(1))
- Ley 4, 2023. Para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para garantía de los derechos de las personas LGTBI. BOE-A-2023-5366 (España). <https://www.boe.es/eli/es/l/2023/02/28/4>
- Ley Orgánica 1, 1996. De Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE-A-1996-1069 (España). <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>
- Sentencia 99/2019 (2019, 18 de julio). Tribunal Constitucional (Juan José González Rivas, M.P.) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-201911911#:~:text=%C2%ABBOE%C2%BB%20n%C3%BAm.%20192%2C%20de%2012%20de%20agosto%20de%202019%2C%20p%C3%A1ginas%2089782%20a%2089810>
- Sentencia 106/2022 (2022, 13 de septiembre). Tribunal Constitucional (Santiago Martínez-Vares García, M.P.). https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-17272#:~:text=%C2%ABBOE%C2%BB%20n%C3%BAm.%20253%2C%20de%2021%20de%20octubre%20de%202022%2C%20p%C3%A1ginas%20144525%20a%20144552
- Sentencia 176/2008 (2008, 22 de diciembre). Tribunal Constitucional (Manuel Aragón Reyes, M.P.). https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-1240#:~:text=%C2%ABBOE%C2%BB%20n%C3%BAm.%2021%2C%20de%202024%20de%20enero%20de%202009%2C%20p%C3%A1ginas%2030%20a%2041
- Sentencia 729/2021 (2021, 27 de octubre). Tribunal Supremo. Sala de lo Civil (María de los Ángeles Parra Lucán, M.P.). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9aa636f64c8913f6/20211116>
- Sentencia 581/2023 (2023, 11 de enero). Tribunal Supremo. Sala de lo Civil (Juan María Díaz Fraile, M.P.). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/324197d7aabcb199a0a8778d75e36f0d/20230428>
- Sentencia 625/2022 (2022, 26 de septiembre). Tribunal Supremo. Sala de lo Civil (José Luis Seoane Spiegelberg, M.P.). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/81e96dac73a47f1fa0a8778d75e36f0d/20221007>
- Sentencia 277/2022 (2022, 31 de marzo). Tribunal Supremo. Sala de lo Civil (Rafael Sarazá Jimena, M.P.) <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0e6219d46>

0d65731/20220405
Sentencia 645/2020 (2020, 30 de noviembre).
Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
(José Luis Seoane Spiegelberg, M.P.)
[https://www.poderjudicial.es/search/
AN/openDocument/6cb4251b566
3b209/20210127](https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6cb4251b5663b209/20210127)
Seoane Spiegelberg, J.L. (2022). El interés
del menor en su aplicación judicial.
Revista Digital Procesal Civil, 74.
[https://www.sepin.es/cronus4plus/
documento/VerDoc.asp?dist=21&refer
encia=SP%2FDOCT%2F119456&cod](https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/VerDoc.asp?dist=21&referencia=SP%2FDOCT%2F119456&cod)

=0010f61jG0H60Li0%40509Q01e1jC
08V03929Q05v01e29E0FG0Lf1iU0F
Q01f0Vc0Fb0FU01%2409P2MP0%24
J07107n1yu07a2JP1Cm0JP1T000s0Ef
1%24q1S906_1yG1iI07F17V1DI05u1
eq0mp09P1v11jR
Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia
de las Personas en Condición de
Vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial
Iberoamericana. 4 a 6 de marzo, 2008.
[https://www.acnur.org/fileadmin/
Documentos/BDL/2009/7037.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf)

Ángela Galván Gallegos

Doctora en Derecho en el año 1994. Ingresó en la carrera judicial en el año 2004 por el turno de juristas de reconocido prestigio. Durante doce años ha desarrollado su actividad en la Administración de Justicia como magistrada-jueza titular del Juzgado de Primera Instancia y Mercantil de Lugo. Desde el año 2022 su destino es el de magistrada en la Sección Civil de la Audiencia Provincial de Orense. Ha sido profesora de Derecho Civil durante quince años en la Universidad San Pablo-CEU, y desde el año 2007 hasta la actualidad es tutora de la misma materia en la UNED (Centro Asociado de Lugo); además ha colaborado en varios centros de formación como la Escuela de Práctica Jurídica de Lugo, y el Máster de

la Abogacía de la Universidad de Santiago de Compostela. Ha realizado la Diplomatura en Metodología de la Investigación en el Instituto Superior de la Magistratura de Panamá. Es autora, entre otros, del libro “La adquisición de la herencia: aceptación y repudiación”. Ha participado en varias obras colectivas sobre materia de derecho civil y derecho mercantil y ha publicado numerosos trabajos doctrinales en distintas publicaciones especializadas en Derecho Civil. Ha sido letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo en el área civil desde 2017 hasta 2019. En la actualidad es profesora de la Escuela Judicial del Área de Derecho Civil y Procesal Civil.

Jordi Jané Guasch

Profesor del Área de Derecho Constitucional y de la Unión Europea en la Escuela Judicial. Abogado, actualmente no ejerciente, colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona desde el año 1986 y en el Ilustre Colegio de Abogados de Tarragona. Ha impartido docencia durante más de 30 años como profesor asociado de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y en la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona. Ha sido Diputado en las Cortes Generales (1999-2015), habiendo formado parte de la Mesa, como vicepresidente 4º del Congreso de los Diputados (2008-2015) y fue también Presidente de la Comisión de Seguridad Vial y Prevención de Accidentes de Tráfico. En las Cortes Generales participó como ponente en la elaboración de más de 100 leyes, especialmente en los ámbitos de Justicia, Constitucional, Interior, Derecho del Tráfico y Seguridad Vial y Derecho de las Telecomunicaciones. Formó parte de la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados y fue Conseller de Interior de la

Generalitat de Catalunya entre el 22 de junio de 2015 y el 14 de julio de 2017. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona en 1986, obtuvo el Máster en Derecho Comparado en la Universidad Autónoma de Barcelona en 1991, donde realizó también los cursos de doctorado. Forma parte, como funcionario de carrera, del Cuerpo Superior de Administración de la Generalitat de Catalunya (en situación de servicios especiales). Tiene el título de Derecho Civil Catalán por la Cátedra Duran i Bas de la Universidad de Barcelona y ha realizado el Programa de Liderazgo para la Gestión Pública en IESE y la Diplomatura en Metodología de la Investigación en el Instituto Superior de la Magistratura de Panamá. Es autor de diversos trabajos colectivos y artículos doctrinales, en los ámbitos de la Administración de Justicia, Derecho Constitucional, Seguridad Vial y Derecho Parlamentario. Ha participado, especialmente en estos ámbitos, como ponente y conferenciante en más de 300 cursos, seminarios y delegaciones internacionales.