

## 1.2. Familia

# El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

## *The best interests of the child in the jurisprudence of the Supreme Court*

por

JUAN FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES  
*Doctor en Derecho*

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el interés superior del menor. Este principio ha llegado a perfilar distintos criterios interpretativos. La dificultad está en que el menor es titular de derechos y el interés se presenta como principio rector que abarca distintas situaciones familiares que los entes públicos o privados, órganos administrativos y tribunales han de concretar ante el conflicto de prevalencia del interés del menor.

**ABSTRACT:** *This work develops the jurisprudence of the Supreme Court in relation to the lower interest. This principle has come to outline different interpretative criteria. The difficulty is that the child is the holder of rights and the interest is presented as a guiding principle that covers different family situations that public or private entities, administrative bodies and tribunals have to realize before the conflict of prevalence of the child's interest.*

**PALABRAS CLAVES:** Interés del menor. Principios. Derechos. Situaciones familiares. Prevalencia.

**KEY WORDS:** *Interest of the minor. Principles. Rights. Family situations. Prevalence.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: CONSIDERACIONES GENERALES.—III. EL INTERÉS DEL MENOR EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. INTERÉS DEL MENOR COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO. 2. EL INTERÉS DEL MENOR COMO CLÁUSULA GENERAL. 3. EL INTERÉS DEL MENOR COMO DERECHOS FUNDAMENTALES SUBJETIVOS. 4. OTROS SUPUESTOS.—IV. CONCLUSIÓN.

### I. INTRODUCCIÓN

No existe un concepto de «interés superior del menor», posiblemente porque estamos ante un concepto holístico, esto es, «interpretación del todo sobre la

suma de las partes que lo componen». No obstante, su origen está en el Derecho anglosajón (*The Best Interest of the Child*) basado en el derecho objetivo para satisfacer el interés y las necesidades de su titular (Teoría del Interés), que creemos asume el legislador español desde la *Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*. Esta ley en su Preámbulo recoge como principios fundamentales «la configuración de la misma como instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más lo necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. Tales finalidades de integración familiar y de consecución, con carácter prioritario, del interés del menor, son servidos en el texto legal mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior [...]», norma que fue sustituida en parte por la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil*, que no derogó la anterior, sino tan solo la modificó; así, el artículo 2, bajo la rúbrica: Principios generales tomó el triple criterio interpretativo que el Comité de los Derechos del Niño efectuó sobre el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: 1. Sustantivo: el menor tiene derecho a que se adopten medidas de evaluación y ponderación ante una solución concreta; 2. Interpretativo: las disposiciones jurídicas han de ser interpretadas conforme al interés superior del menor; 3. Procedimiento: las limitaciones de la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva tomando en consideración el interés del niño sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en conflicto. Posteriormente se publicó la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* siendo complementada por la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de igual título*. Estas normas bajo el mandato del artículo 39 de la Constitución establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica a la familia, en especial a los niños, y conforme a los Convenios y Tratados Internacionales.

El principio de interés superior del menor ha sido estudiado desde varias disciplinas jurídicas caracterizándose entre otros aspectos por el hecho de su necesaria evolución social, que conlleva ponderar, evaluar e interpretar dicho principio para su correcta diligencia, ya que, su aplicación por entes públicos y privados, órganos administrativos y Tribunales ha dejado una casuística de criterios interpretativos que hace necesario distinguir, desde mi punto de vista: 1. El interés superior del menor como un concepto jurídico indeterminado: criterio que intenta delimitar un supuesto concreto que admite ser puntualizado en el momento de su aplicación, es decir, hay que determinar en qué consiste el interés, para su adecuada aplicación al caso concreto, en definitiva se trata de valorar y ponderar las circunstancias concretas del caso, a los efectos de que el juez, con los datos e informes aportados procedan a aplicar el principio del interés del menor a la situación concreta; 2. Un segundo criterio doctrinal que entiende el interés del niño como una cláusula general: dicha cláusula supone aplicar la prevalencia del interés del niño ante un conflicto familiar, por tanto, ante dudas en su aplicación es necesaria la articulación de criterios necesarios de interpretación del principio de interés del menor en cada una de las manifestaciones. Nos valemos en este caso de la STS de 6 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 833), que estableció en su FD 5.<sup>o</sup> 5. «La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar un resultado cualquiera en la aplicación de la misma. La concreción

de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y los convenios internacionales». Por tanto, se trata de que, ante un supuesto de colisión de normas puede, conforme a la sana crítica del juzgador determinar el interés del menor a la situación concreta; 3. Por último, la teoría que admite el interés superior del menor como un derecho fundamental subjetivo: esta teoría equipara el interés del menor a los derechos subjetivos en donde se reconoce a su titular protección y defensa, lo que conlleva encuadrar al menor dentro de los derechos de la personalidad. Así, FERRAJOLI<sup>1</sup> señala «son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponde universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status de persona*». En este sentido la STS de 11 de febrero de 2011 (TOL 2.048.040), dispuso que: «La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ellos suceda de forma prioritaria y preferente a los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses».

## II. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: CONSIDERACIONES GENERALES

El interés superior del niño tiene sus antecedentes en los textos internacionales, concretamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>2</sup>, cuyo artículo 3, párrafo 1 dispone: «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»<sup>3</sup>. Este precepto fue interpretado por el Comité de los Derechos del Niño<sup>4</sup> (en adelante Comité) que inicialmente estimó sobre los derechos del menor que su interés superior debe ser considerado primordial (art. 3-1). En su Introducción (A), añade que «la Convención sobre los Derechos del Niño nació con el objeto de respetar todos los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido no existe jerarquía de derechos, sino que todos los derechos responden al interés superior del niño». Por tanto, a fin de garantizar el interés superior del menor estos comprenden tres dimensiones. Un derecho sustutivo: el derecho del niño debe ser considerado primordial que evalúe y tenga en cuenta el sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida [...]. 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 [...]. Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concretos o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una situación de las posibles interpretaciones. Estos criterios se deben, desde mi punto de vista, a que no existe un concepto de «interés superior del menor», es decir, no estamos ante un concepto nuevo, como tampoco unitario, sino holístico<sup>5</sup>, lo que supone «la interpretación del todo sobre la suma de las partes que lo componen». Ya veremos cómo los criterios apuntados por el Comité han sido asumidos en parte por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De momento tan

solo señalamos que forma parte del Preámbulo II de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*<sup>6</sup>, que es, además, del mencionado triple aspecto interpretativo del Comité, el principio fundamental de esta materia (que el interés superior sea primario) entendido como un concepto jurídico indeterminado<sup>7</sup>.

No obstante, la Constitución de 1978, en el capítulo tercero, título primero «Los principios rectores de la política social y económica», artículo 39 consagra la protección social, económica y jurídica de la familia: artículo 39.1 la protección de la familia en sentido general; artículo 39.2 la protección de los hijos; artículo 39.3 los deberes de asistencia de los padres con los hijos; artículo 39.4 la protección de la infancia de conformidad con los acuerdos internacionales para sus derechos<sup>8</sup>. Como desarrollo legislativo destacamos la *Ley 21/1989, de 11 de noviembre, por la que se modifica determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*<sup>9</sup>, que introdujo los cambios más sustanciales en materia de protección del menor. Se sustituye el concepto de abandono y en su lugar se incorpora la institución del desamparo, agilizando los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática por parte de las entidades públicas competentes. Se introduce la adopción como elemento integrador de la familia, incorporando la institución del acogimiento familiar; asimismo, la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones administrativas y judiciales incrementando las competencias del Ministerio Fiscal. Posteriormente se dictó 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*<sup>10</sup>. Esta norma supuso, según recoge su Exposición de Motivos 2, «el ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de particular en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades [...]; por tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección». En su artículo 2, bajo la rúbrica de los Principios generales, dispone: «En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir [...].» Este precepto puesto en relación con el artículo 11.2. a) destaca como principios rectores «la supremacía del interés del menor», en este sentido CASTILLO MARTÍNEZ<sup>11</sup> destacando la Exposición de Motivos de la LO 1/1996, de 15 de enero, señala que el fundamento del interés preferente del menor consiste en promover su autonomía como sujeto. Sin embargo, esta norma fue modificada por la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*<sup>12</sup>, estableciendo en su lugar el artículo 2.1. «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». Esta norma recoge el principio *favor minoris*<sup>13</sup>, en donde no solo el menor como titular de derechos, sino ante las decisiones que le afecten; por tanto, el principio rector de toda situación familiar, administrativa y judicial, el interés del

menor debe ser el criterio prevalente para la resolución de conflictos, lo esencial como ha puesto de relieve LINACERO DE LA FUENTE<sup>14</sup>, está en relacionar dicho principio con el resto de los derechos fundamentales del niño, y aunque la valoración del interés del menor sea discrecional ello no justifica resoluciones arbitrarias. A colación de lo expuesto en la STS de 25 de abril de 2011 (STS 2666/2011) FD 3.<sup>º</sup> dispuso «La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establece los artículos 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar, las decisiones adecuadas para su protección»<sup>15</sup>.

Tomando como referente la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, se dictó la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*<sup>16</sup>, norma esta última que completa «los cambios necesarios en la legislación española en materia de la infancia y la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de sus respectivas legislaciones en la materia. Además, y de modo recíproco, esta ley incorpora algunas novedades que ya han sido introducidas por algunas normas autonómicas estos años atrás»<sup>17</sup>. En consecuencia, la leyes orgánicas 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor (LOPJM) y la 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LOMSPIA), asimismo, la Ley 26/2015, de 28 de julio, (de igual título a la anterior) constituyen el marco jurídico normativo estatal de la protección superior del menor<sup>18</sup>.

La ley no define el «interés superior el menor»<sup>19</sup>, sino destaca los aspectos que deben ser valorados ante la toma de decisiones por los Tribunales, órganos legislativos e instituciones públicas o privadas, declarando la supremacía de las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección<sup>20</sup>, por lo que, inicialmente hemos de señalar que estamos ante un concepto complejo<sup>21</sup>; pero, para un sector de la doctrina estamos ante un concepto jurídico indeterminado. Así, en opinión de RAVETLLAT BALLESTÉ<sup>22</sup> citando la STS de 27 de diciembre de 1985 (RJ 1986, 496): «La técnica del concepto jurídico indeterminado, la Ley se refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante, lo que está claro es que intenta delimitar un supuesto concreto que admite ser puntualizado en el momento de su aplicación»; DOLZ LAGO<sup>23</sup> señala que la falta de motivación de la jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, sobre el interés superior del menor regulado en el artículo 2 de la LO 8/2015, sobre un triple aspecto: derecho subjetivo (art. 2.1 y 4); principio jurídico (art. 2.2 y 3) y norma de procedimiento (art. 2.5), debe entenderse como interés público tutelado por la ley. Por su parte CLAVIJO SUNTURA<sup>24</sup> afirma que la indeterminación del interés del menor tiene un doble aspecto: en el primero, se tiene que determinar en qué consiste el interés; en el segundo, se debe precisar lo que más le conviene de acuerdo a una situación concreta; BALLESTEROS DE LOS RÍOS comentando la STS de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2340)<sup>25</sup> señala que el concepto jurídico indeterminado conlleva que el juez debe llenar de contenido efectivo de tal concepto, además de valorar los supuestos de hecho; afirma URREA SALAZAR<sup>26</sup> que el reconocimiento del interés superior del menor como principio general o cláusula general, lo que ampara estas denominaciones es un concepto jurídico indeterminado; por último,

SEIJAS QUINTANA<sup>27</sup>, en relación con el interés del menor afirma que se trata de un «concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia del juez a partir de la valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común, determinadas por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad, que tiene y que adquiere a lo largo del proceso, conforme a los datos que las partes interesadas le ofrecen».

Otro sector de la doctrina entiende que el «interés superior del menor» consiste en una cláusula general. Así, el profesor DÍEZ PICAZO<sup>28</sup> entiende «la cláusula de beneficio de los hijos supone una regla, en virtud de la cual en caso de conflicto el interés de los hijos prepondera y el interés de los padres se sacrifica y cede». Por su parte GUILARTE MARTÍN-CALERO<sup>29</sup> señala que cuando entran en conflicto los derechos del menor hay que precisar «el interés preferente y el derecho que le asiste [...] solo cuando se vulnera otro derecho que al menor incumbe podrá limitarse o excluirse su ejercicio»; TORRES PEREA<sup>30</sup> afirma que las cláusulas generales «son aquellas disposiciones legales a las que les falta precisión por referirse a supuestos de hecho muy generales o muy abstractos», concretando MIQUEL GONZÁLEZ<sup>31</sup> que, en tanto la norma jurídica esté incompleta, la cláusula general supone un medio metodológico específico dentro del Derecho legislado. Ciertamente la cláusula general puede colisionar con otra norma, en este sentido se ha de optar por una u otra, de tal manera que se aplica una de las dos, esta técnica permite trasladar a cada caso concreto la determinación del interés del menor, todo ello significa que en caso de crisis el interés del menor se evalúa para concretar el *bonus filii* en cada situación concreta. Por tanto, se puede señalar como función principal de la cláusula general la de completar el Derecho, además de desarrollarlo y adoptarlo; que, como ha puesto de relieve MIQUEL GONZÁLEZ<sup>32</sup>, «la vinculación del juez a la ley no puede ser de forma rígida, sino flexible», es decir, corregir el derecho positivo para adaptarlo al caso concreto, de este modo se evita situaciones de injusticia.

Por último destacamos la teoría que entiende el «interés superior del menor» como un derecho fundamental subjetivo. Deliberadamente lo hemos denominado así, por dos razones: en la primera tenemos los derechos fundamentales como referente de los derechos humanos<sup>33</sup>; en la segunda, los derechos fundamentales se equiparan a los derechos subjetivos<sup>34</sup>. Así, para SÁNCHEZ HERNÁNDEZ<sup>35</sup> citando el artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio, el interés del menor no es un principio general, sino principio fundamental; sin embargo VALERA CASTRO<sup>36</sup> citando a DE CASTRO Y BRAVO<sup>37</sup> define el derecho subjetivo como «la situación de poder concreto concedida a la persona [...] a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa», por tanto, supone que el menor sea titular de una actuación a la que le corresponde protección y defensa. En efecto, equiparando el interés del menor como derecho subjetivo implica el reconocimiento de que a su titular le corresponde protección y defensa, ello supone, no obstante, encuadrar el interés del menor dentro de los derechos de la personalidad<sup>38</sup>, corrobora lo expuesto GARCÍA RUBIO<sup>39</sup> citando a FERRAJOLI<sup>40</sup> cuando señala que «son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de persona: entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, y por *status* la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas o autor de los actos que son ejercicio de estos». Así que, equiparando el interés del menor como un derecho subjetivo

implica el reconocimiento de que a su titular le corresponde: protección y defensa, por tanto, de este modo queda encuadrado el interés superior del menor dentro de los derechos de la personalidad<sup>41</sup>.

### III. EL INTERÉS DEL MENOR EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### 1. EL INTERÉS DEL MENOR COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

Nuestro Código Civil cita en varios preceptos el principio de interés del menor. A título de ejemplo indicamos los siguientes artículos 20.2 a; 90.a,b; 92.4; 92.8; 94.2; 149; 154; 156; 172.4; 172.ter.2; 173.3, 2.º; 173.4; 173.bis. 2.º; 174.2; además del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. Esta última en su Preámbulo II, hace constar: «Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones». Todos los preceptos indicados aluden al interés del menor o *favor minoris*, cuyo objetivo en opinión de RIVERO HERNÁNDEZ<sup>42</sup>, no consiste en buscar lo mejor para el menor, sino en ayudarle a adquirir progresivamente su autonomía e identidad, lo que ha dificultado su conceptualización y nos ha llevado a distintas interpretaciones. Lo que caracteriza el concepto jurídico indeterminado es que la ley no da una solución directa, sino debe concretarse en cada caso. Así la STS de 11 de marzo de 2010 (TOL 1.798.264), afirmó en su FD 2.º que «es cierto que al introducir la ley de forma expresa el interés del menor como concepto jurídico indeterminado dificulta notablemente la aplicación de la norma correspondiendo al juez en su aplicación, llenar de contenido efectivo tal concepto al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias, pues como señala la doctrina sería necesario encontrar criterios, medios o procedimientos para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor en los términos indicados y paralelamente determinarlo en concreto los casos correspondientes». Sin embargo, la STS de 13 de febrero de 2015 (RJ 2015, 3763), destacó que «al apelar al interés superior del menor, no nos estamos refiriendo a algo abstracto e indeterminado, sino que hablamos de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso».

Desde mi punto de vista la indeterminación de interés del menor conlleva una valoración por parte del juez de todas las circunstancias para concretar en cada caso y en cada situación de crisis familiar el interés del menor, ello no impide la determinación de una técnica uniforme a los efectos de un concepto jurídico del interés del menor: el problema del mencionado concepto jurídico indeterminado consiste, como apuntamos más arriba, en determinar en qué consiste el interés del niño, y en precisar lo que más conviene al menor en una situación concreta<sup>43</sup>. Sin embargo, se ha desarrollado una jurisprudencia en donde el concepto jurídico indeterminado consiste en una valoración que puede ser objeto de revisión conceptual, como es el caso de la STS de 13 de junio de 2011 (STS 4911/2011), que en su FD 5.º destacó «por tanto, y teniendo en cuenta que como dice la STS 384/2005, de 23 de mayo (STS 3272/2005), la determinación del mayor beneficio del menor (*favor filii*) independiente de que los hechos que lleven a este extremo

deban mantenerse, al tratarse de una valoración (*como «concepto jurídico indeterminado» que es*) de una calificación, puede ser objeto, partiendo de ellos, de una revisión conceptual en casación». Siguiendo con esta línea la STS de 31 de enero de 2013 (STS 373/2013), en su FD 3.<sup>º</sup> señaló que «la sentencia justifica la medida entre otras cosas porque considera que el artículo 776 de la LEC es una concreción del concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor, y así puede ser, ciertamente, pero no siempre [...].».

Un caso particular en relación con nuestro tema es el desarrollado por la STS de 6 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 833). Los presupuestos facticos son los siguientes: la presente resolución ventila el supuesto de dos hombres que contraen matrimonio en España. Posteriormente deciden contratar los servicios de una madre de alquiler en California y, de dicho acuerdo nacen dos niños. Los padres proceden a solicitar la correspondiente inscripción de nacimiento en el Registro Civil del Consulado de España en Los Ángeles, en dicha solicitud se aporta los certificados de nacimiento debidamente autorizados por el Estado de California. El consulado deniega dicha inscripción con base a la prohibición en la legislación española. Contra dicha decisión se interpone recurso ante la DGRN, que por Resolución de 18 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 1735), anula la decisión consular y, en su defecto, acuerda la inscripción de nacimiento de los menores en el Registro Civil<sup>44</sup>. Ante la mencionada RDGRN de 18 de febrero de 2009, se interpone recurso por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado de Instancia, por no estar regulado en nuestra legislación la maternidad subrogada, dictando sentencia el 15 de septiembre de 2010<sup>45</sup>, que anula dicha inscripción; sentencia que, por otro lado, fue recurrida ante la Sala de Apelación de Valencia, dictando sentencia el 23 de noviembre de 2011<sup>46</sup>, que confirma la resolución de instancia; por último se recurre ante la Sala Primera del Tribunal Supremo. Paralelamente la DGRN dictó una Instrucción con fecha 5 de octubre de 2010<sup>47</sup>, que entre otros extremos, declaró que los niños nacidos en el extranjero gracias a las técnicas de gestación por sustitución, serán inscritos en el Registro Civil. En relación con la sentencia que resolvió el asunto, STS de 6 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 833), señaló en su FD 5.<sup>º</sup> 3. que: «El interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial. Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado «conceptos esencialmente controvertidos», esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio. Este carácter controvertido puede predicarse del «interés superior del menor» cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado».

Otro supuesto que, en principio, podemos clasificar como caso particular es el criterio reiterado y uniforme del Alto Tribunal en estimar la atribución de la vivienda familiar a los hijos menores de edad como una manifestación del principio superior del menor, salvo lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, por lo que traemos a colación un supuesto de modificación de medidas que, inicialmente fue otorgado el uso de la vivienda, pero con el transcurso del tiempo se solicita la modificación de dichas medidas. Así, la STS de 12 de febrero de 2014 (STS 1229/2014), estimó en su FD 2.<sup>º</sup> 5. «Si bien estos hechos podrán ser valorados “atendidas las circunstancias del caso”, junto con otras que pudieran concurrir, el mantenimiento del uso de la vivienda o su modificación deberá estar

justificado, necesariamente, en el interés más necesario de protección que, como concepto jurídico indeterminado, deberá ser objeto de un juicio de ponderación en que, al lado de las circunstancias señaladas, se contrasten directamente (plano de igualdad) las circunstancias e interés dignos de protección o consideración que presente la situación de cada cónyuge.

A reglón seguido destacamos una línea jurisprudencial basada en que el interés superior del menor no aparece definido en nuestro ordenamiento, por lo que se configura como un concepto jurídico indeterminado que la doctrina ha venido relacionando como desarrollo de la personalidad del menor, junto con otros aspectos de protección como derechos fundamentales. Así la STS de 27 de octubre de 2014 (TOL 4.538.488), en su FD 8.<sup>º</sup> señala: «En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficia, más allá de las preferencias personales de sus padres». En iguales términos las SSTS de 17 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 8478); 2 de diciembre de 2015 (STS 5220/2015); 20 de julio de 2015 (STS 3216/2015); 17 de marzo de 2015 (STS 1281/2016); 1 de febrero de 2016 (STS 338/2016); 20 de noviembre de 2016 (TOL 5.883.317). Concluimos con una resolución que entiende el concepto jurídico indeterminado como aquel que ha sido dejado por el legislador en manos del poder jurisdiccional de difícil y responsable tarea de llenarlo de contenido, STS 21 de diciembre de 2016 (STS 5532/2016)<sup>48</sup>.

## 2. EL INTERÉS DEL MENOR COMO CLÁUSULA GENERAL

Otra postura doctrinal estima que el principio de interés superior del menor consiste en una cláusula general<sup>49</sup>. En este sentido la mencionada cláusula general no solo sirve para completar el derecho, sino también para su desarrollo. Por su parte RIVERO HERNÁNDEZ<sup>50</sup> afirma que la cláusula general «consiste en precisar el significado del concepto, y luego, comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se da el valor que ha pretendido captar la norma»; ROCA TRÍAS<sup>51</sup> señala que en nuestro sistema legislativo el interés del menor se ha incluido como una cláusula general «en donde ni se enumeran cerradamente los requisitos ni se declaran ciertamente las consecuencias», es evidente, añade, que la introducción de las cláusulas generales conlleva ventajas y desventajas; las primeras permiten que el interés adopte soluciones a los criterios de la conciencia social; la segunda, supone un amplio abanico de interpretaciones posibles que conlleva desviaciones notables en una realidad social. En definitiva, se trata de aplicar una cláusula general, para neutralizar una norma imperativa. Un claro ejemplo de lo expuesto es la STS de 6 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 833), que en su FD 5.<sup>º</sup> 5. declaró: «La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor entendida en la legislación no permite al juez alcanzar un resultado cualquiera en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y convenciones internacionales».

Inicialmente la doctrina del Alto Tribunal centró el estudio y ponderación de las circunstancias de cada caso, como es el supuesto de la STS de 18 de marzo de 1987 (TOL 1.739.354), que en su FD 1.<sup>º</sup> destacó «de ahí la necesidad de que, para mejor y más justo juicio, se deba acentuar en casos como el presente, el estudio y ponderación de las circunstancias específicas de cada supuesto concreto para alcanzar de este modo la solución más razonable a un litigio generador de insostenibles inseguridades y dudas, a las que resulta obligado poner término en beneficio de todos y muy especialmente de la menor, cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución al respecto en concordancia con nuestro Derecho tradicional y actual»; en análogos términos las SSTS de 18 de marzo de 1987 (TOL 1.736.415) y 17 septiembre de 1996 (TOL 1.659.109). Sin embargo, la STS de 31 de julio de 2009 (STS 5817/2009), sentó el criterio de que en el principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, regulado en el artículo 172.4 del Código Civil, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la STC 298/1993, de 18 octubre, dichos principios o directrices que no establecen mandatos genéricos por razón de objeto, sino por razón de fin «En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos [...] Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas»<sup>52</sup>, en análogos términos la STS de 21 de febrero de 2011 (TOL 2.052.804); por el contrario, la STS de 28 de septiembre de 2009 (TOL 1.723.158), en su FD 2.<sup>º</sup> destacó que: «Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 de mayo». En efecto, las normas de orden público suponen reglas de categoría superior que requiere su exacto cumplimiento, pues su importancia en la sociedad es básico para una existencia digna, en análogos términos la STS de 25 de abril de 2011 (TOL 2.125.260).

La STS de 8 de octubre de 2009 (TOL 1.635.092), primera resolución que sepamos emplea la expresión «cláusula abierta», dice así «es cierto que en materia de guarda y custodia compartida el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican». Ciertamente, nuestro Código Civil no ofrece una lista de criterios que permita al juzgador de instancia ponderar el interés del menor, a estos efectos MARTÍNEZ DE MORENTÍN<sup>53</sup> señala cinco supuestos que han sido práctica judicial: el criterio de la edad de los hijos; el tiempo disponible de los padres; mantener juntos a los hermanos; las convicciones filosóficas o religiosas de los padres; y el lugar de residencia geográfica de los padres. Todos ellos han sido criterios determinantes que, como ha señalado el profesor GARCÍA CANTERO, se encuadra sistemáticamente dentro de los derechos de la personalidad<sup>54</sup>. La STS de 13 de febrero de 2015 (TOL 4.712.378) desarrolla en buena medida el criterio

anteriormente expuesto cuando en su FD 3.<sup>º</sup> dice: «el interés prevalente es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, 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 niño». La siguiente resolución podemos considerarla encuadrada como continuación de las anteriores. Es el caso de la STS de 10 de febrero de 2012 (TOL 2.450.933), en cuyo FD 1.<sup>º</sup> declaró que: «La patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor. Tal como se ha dicho reiteradamente en las sentencias de esta Sala, las causas de privación de la patria potestad están formuladas en forma de cláusula general en el artículo 170 del Código Civil y requieren ser aplicadas en cada caso según las circunstancias concurrentes».

### 3. EL INTERÉS DEL MENOR COMO DERECHOS FUNDAMENTALES SUBJETIVOS

Por último destacamos la doctrina que entiende el interés superior del menor como un derecho fundamental subjetivo. Esta teoría viene a establecer que después de la Convención sobre los Derechos del Niño, aceptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, existe una equiparación entre el interés del menor y los derechos fundamentales reconocidos por los Estados Parte de dicha convención, que conlleva una garantía en la que el legislador impone a los tribunales, autoridades e instituciones públicas y privadas el desarrollo y cumplimiento de los derechos de todas personas y niños<sup>55</sup>, cuyo objetivo fundamental, señala SÁNCHEZ HERNÁNDEZ<sup>56</sup> «es mejorar las condiciones de vida de los niños considerados como sujetos de derechos y obligaciones, mediante un modelo común, con mayor implicación por parte de los poderes públicos, bajo el denominador de integrar en nuestro ordenamiento la defensa del principio del interés superior del menor». Añade a este respecto VARELA CASTRO<sup>57</sup> citando a GARCÍA RUBIO<sup>58</sup> que se trata de situar el interés superior del menor dentro de los derechos de la personalidad y como derecho fundamental. Como apuntamos más arriba la tesis de FERRAJOLI<sup>59</sup> propone un concepto de derechos fundamentales como derechos subjetivos que corresponde a todos los seres humanos en cuanto están dotados de un estado de persona con capacidad de obrar. Así, la STS de 25 de abril de 2011 (TOL 2.125.260), estableció que: «La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y ello de forma prioritaria y preferente a los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los artículos 53 de la CE y 5 de la LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección»<sup>60</sup>. En iguales términos la STS de 31 de enero de 2013 (TOL 3.020.982).

En esta misma línea la STS de 18 de junio de 2015 (STS 2571/2015), declaró en su FD 2.<sup>º</sup> que: «si bien el artículo 161 tiene el mismo rango legal que las leyes autonómicas, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores [...] determina que el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo se considere como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa; así los artículos 3, 9

y 18 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, en los que se instaura como principio fundamental el interés superior del niño». En esta línea la STS de 28 de septiembre de 2016 (STS 4281/2016) estimó en su FD 2.<sup>º</sup> 1. «la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los demás implicados». En análogos términos las SSTS de 15 de enero de 2014 (SP/SENT/753429) y 12 de febrero de 2014 (SP/SENT/794381). Por último la STS de 7 de marzo de 2017 (STS 849/2017), consideró invocando los artículos 90 y 92 del Código Civil en relación con 3 de la Convención de las Naciones Unidas, el artículo 39 de la CE y el 2 de LO 1/1996, de 15 de enero, el interés del menor como un principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida. Así, el FD 3.<sup>º</sup> concretó que: «La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el artículo 39.2 de la CE».

#### 4. OTROS SUPUESTOS

En este epígrafe destacamos una serie de resoluciones del Alto Tribunal que no están encuadradas en los supuestos anteriores. Así, tenemos que el recurso de casación por interés casacional al amparo del artículo 477.3 de la LEC por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, fue doctrina de la STS de 18 de abril de 2011 (STS 8348/2011) FD 4.<sup>º</sup> 1. que destacó: «El interés casacional lo constituye no la simple diferencia entre sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales y la sentencia impugnada, sino «la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre órganos jurisdiccionales» que da lugar a una jurisprudencia contradictoria, que en virtud del principio de seguridad jurídica, el legislador trata de evitar». Su criterio fue aplicado a la misma sentencia en su FD 4.<sup>º</sup> 2. que precisó: «Es difícil fijar los términos de contradicción entre sentencias de las Audiencias Provinciales en relación con la interpretación de la que constituye «el interés del menor» en sentencias sobre guarda y custodia». Sin embargo, la STS de 10 de diciembre de 2012 (STS 8030/2012) en su FD 4.<sup>º</sup> señala que: «Las sentencias recurridas en casos que se discute la guarda y custodia compartida recuerdan la doctrina de esta Sala en el sentido que en los recursos solo se puede examinar si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección de interés del menor». En análogos términos las SSTS de 25 de marzo de 2015 (SP/SENT/808663); 12 de septiembre de 2016 (SP/SENT/869555); 19 de julio de 2017 (STS 3006/2017) y la de 16 de mayo de 2017 (STS 1902/2017).

Paralelamente a la doctrina expuesta se ha desarrollado otra que tiene su origen en la STS de 11 de marzo de 2010 (TOP 1.798.264), citando las SSTS de 8 de octubre de 2009 (*RJ* 2009, 4606 y 10 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/95598), basada en lo siguiente: «no puede admitirse como criterio para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la Sala de instancia, relativos, uno, a la que denomina «deslocalización» de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda; otro, la guarda compartida no consiste «en un premio o un castigo» al progenitor que mejor se haya comportado durante la

crisis matrimonial, sino una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor»<sup>61</sup>. En iguales términos las SSTS de 1 de octubre de 2010 (STS 4861/2010); de 25 de mayo de 2012 (STS 3793/2012); por el contrario, la STS de 26 de noviembre de 2015 (STS 4900/2015), declaró en su FD 2.<sup>º</sup> que «el concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero si extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y efectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara». En iguales términos las SSTS de 13 de mayo de 2016 (SP/SENT/854897); 26 de mayo de 2016 (STS 2304/2016); y la de 22 de septiembre de 2017 (STS 3327/2017).

Otra doctrina jurisprudencial relativa a la toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia compartida está basado sobre criterios que el propio Alto Tribunal ha establecido. Así, la STS de 16 de febrero de 2015 (SP/SENT/797334) estableció que: «la interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 (SP/SENT/ 717716) de la siguiente forma: «debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo de sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»; doctrina que se reitera en la STS de 30 de octubre de 2014 (SP/SENT/790293)». En iguales términos las SSTS de 25 de octubre de 2012 (SP/SENT/693493); 16 de febrero de 2014 (SP/SENT/784370); 14 de julio de 2015 (SP/SENT/819977); 15 de julio de 2015 (SP/SENT/820644); 17 de julio de 2015 (SP/SENT/820317); 11 de febrero de 2016 (SP/SENT/840855); 12 de septiembre de 2016 (SP/SENT/869555); 26 de enero de 2017 (SP/SENT/887720); 28 de febrero de 2017 (SP/SENT/891210).

#### IV. CONCLUSIÓN

No existe un concepto unitario del principio de interés superior del menor, tanto en sus normas de creación (Convenios y Tratados Internacionales), como

en su regulación constitucional y posterior desarrollo a través de la legislación estatal y autonómica. Todo ello nos lleva a considerar el interés superior del menor como un concepto holístico, es decir, aquella interpretación del todo sobre la suma de las partes que lo componen, más que por su aplicación generalizada: nacionalidad, crisis matrimoniales, alimentos entre parientes, patria potestad, filiación, guarda y acogimiento, adopción, tutela y guarda de hecho, sin perjuicio de otros supuestos en que el repetido interés del menor se entiende de modo implícito, como es el caso del derecho de visita.

Todo ello ha llevado a una variedad de criterios jurisprudenciales encuadrando el interés del menor como concepto jurídico indeterminado, cláusula general, o derechos fundamentales subjetivos.

#### INDICE DE SENTENCIAS

- STS de 27 de diciembre de 1985 (*RJ* 1986, 496)
- STS de 18 de marzo de 1987 (TOL 1.736.414)
- STS de 18 de marzo de 1987 (TOL 1.739.354)
- STS de 17 de septiembre de 1996 (TOL 1.659.109)
- STS de 23 de mayo de 2005 (3272/2005)
- STS de 31 de julio de 2009 (STS 2009, 5817)
- STS de 28 de septiembre de 2009 (TOL 1.723.158)
- STS de 8 de octubre de 2009 (*RJ* 2009, 4606)
- STS de 8 de octubre de 2009 (TOL 1.635.092)
- STS de 11 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2340)
- STS de 11 de marzo de 2010 (TOL 1.798.264)
- STS de 10 de mayo de 2010 (*JUR* 2010, 95598)
- STS de 1 de octubre de 2010 (STS 2010, 4861)
- STS de 21 de febrero de 2011 (TOL 2.052.804)
- STS de 18 de abril de 2011 (STS 2011, 8348)
- STS de 25 de abril de 2011 (TOL 2.125.260)
- STS de 13 de junio de 2011 (STS 2011, 4911)
- STS de 10 de febrero de 2012 (TOL 2.450.933)
- STS de 25 de mayo de 2012 (STS 2012, 3793)
- STS de 25 de octubre de 2012 (SP/SENT/693493)
- STS de 10 de diciembre de 2012 (STS 2012, 8030)
- STS de 31 de enero de 2013 (STS 2013, 373)
- STS de 31 de marzo de 2013 (TOL 3.029.982)
- STS de 29 de abril de 2013 (SP/SENT/717716)
- STS de 15 de enero de 2014 (SP/SENT/753429)
- STS de 6 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 833)
- STS de 11 de febrero de 2014 (TOL 2.048.040)
- STS de 12 de febrero de 2014 (STS 1229/2014)
- STS de 16 de octubre de 2014 (SP/SENT/784370)
- STS de 27 de octubre de 2014 (TOL 4.538.488)
- STS de 30 de octubre de 2014 (SP/SENT/790293)
- STS de 12 de diciembre de 2014 (SP/SENT/794381)
- STS de 13 de febrero de 2015 (TOL 4.712.378)
- STS de 16 de febrero de 2015 (SP/SENT/797334)
- STS de 17 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 8478)
- STS de 17 de marzo de 2015 (STS 2016, 1281)

- STS de 25 de marzo de 2015 (SP/SENT/808663)
- STS de 18 de junio de 2015 (STS 2015, 2571)
- STS de 14 de julio de 2017 (SP/SENT/819977)
- STS de 15 de julio de 2017 (SP/SENT/ 820644)
- STS de 17 de julio de 2017 (SP/SENT/820317)
- STS de 20 de julio de 2015 (STS 2015, 3216)
- STS de 15 de octubre de 2015 (STS 2015, 4159)
- STS de 26 de noviembre de 2015 (STS 2015, 4900)
- STS de 2 de diciembre de 2015 (STS 2015, 5220)
- STS de 1 de febrero de 2016 (STS 2016, 338)
- STS de 11 de febrero de 2016 (SP/SENT/840855)
- STS de 13 de mayo de 2016 (SP/SENT/854897)
- STS de 26 de mayo de 2016 (STS 2016, 2304)
- STS de 12 de septiembre de 2016 (SP/SENT/869555)
- STS de 28 de septiembre de 2016 (STS 2016, 4281)
- STS de 10 de noviembre de 2016 (TOL 5.883.317)
- STS de 21 de diciembre de 2016 (STS 2016, 5552)
- STS de 26 de enero de 2017 (SP/SENT/887720)
- STS de 28 de febrero de 2017 (SP/SENT/891210)
- STS de 7 de marzo de 2017 (STS 2017, 849)
- STS de 16 de mayo de 2017 (STS 2017, 1902)
- STS de 19 de julio de 2017 (STS 2017, 3006)
- STS de 22 de septiembre de 2017 (STS 2017, 3324)

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PORTALES, R. E. y LÓPEZ SÁNCHEZ, R. (2007). Los derechos fundamentales en la teoría garantista de Luigi Ferrajoli, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), 49-82, (Consultado el 30 de septiembre de 2017).
- ALEMÁN BRACHO, C. (2014). Política Pública y marco de protección jurídica del Menor en España, *Revista de Derecho Político UNED*, 90: 97-134.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2010). Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, *Revista española de Derecho Internacional Privado*, 10: 339-377.
- ANÓN CALVETE, K. (2015). Interés del menor, [http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Interes-menor\\_11\\_865180001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Interes-menor_11_865180001.html). 1-10 (Consultado el 10 de noviembre de 2017).
- ARANDA ÁLVAREZ, E. (2003). Sinopsis artículo 39. Título I. De los derechos y deberes fundamentales, [http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis\\_pr.jsp?art=39&tipo=2](http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=39&tipo=2), 1-7 (Consultado el 14 de octubre de 2017).
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.<sup>a</sup> (2010). Comentario a la STS de 11 de marzo de 2010, *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, 84: 1833-1849.
- BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3: 46-59.
- BATISTA FREIJEDO, J. (2005). El fundamento de los Derechos Fundamentales, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, [www.unirioja.es/dptos/dd/redur/homa.htm](http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/homa.htm), (Consultado el 15 de diciembre de 2017).

- CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2: 294-319, www.uc3m.es/cdt. (Consultado el 7 de noviembre de 2017).
- CAMPS MIRABET, N. (2007). El principio de interés del menor: marco normativo internacional y aplicación en el Derecho interno, en *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, coord. por Adoración M.<sup>a</sup> Padijal Albás y M.<sup>a</sup> Dolors Toldrá Roca, Valencia: Tirant lo Blanch (Tol1.210.131 Doctrina).
- CARDONA LLORENS, J. (2013). La evaluación y determinación del interés superior del niño, *Revista española de Derecho internacional (REDI)*, 2: 253-258.
- (2012). La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos, *Educatio Siglo XXI*, 30 (fascículo 2.º): 47-68.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. (2017). El interés del menor como Criterio Prevalente en la Mediación Familiar, *Monografías.com*, <http://www.monografias.com/trabajo30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediador-familiar.shtml>, 1-9 (Consultado el 31 de octubre de 2017).
- CLAVIJO SUNTURA, H. (2017). El interés del menor como concepto jurídico indeterminado y las técnicas de su determinación en situaciones de crisis familiares, *PortalLegal.com*, [https://portalllegal.expansión.com/pa\\_articulo.php?ref=306](https://portalllegal.expansión.com/pa_articulo.php?ref=306). (Consultado el 23 de septiembre de 2017).
- CÓMITE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013). Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1), Convención sobre los Derechos del Niño de la Naciones Unidas, [www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf). (Consultado el 25 de noviembre de 2017).
- DE MEO, R. (2010-2011). El interés del menor en la tutela jurídica de la infancia y de la adolescencia, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 343-362 (TOL3.920.824 Doctrina).
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2010). Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010), *Diario La Ley* núm. 7501, 1-6.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2011). *Ensayos Jurídicos (1953-2011)*, tomo 1.º, Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- DOLZ LAGO, M. J. (2017). Abusos sexuales a menores e interés superior del menor: tendencias jurisprudenciales a la luz de la presunción de inocencia, *Diario La Ley* núm. 8961, 1-28.
- FANLO CORTÉS, I. (2011). «Viejos» y «nuevos» derechos del niño. Un enfoque teórico, *Revista de Derecho Privado*, 20: 105-126.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, 1-24, [www.indret.com](http://www.indret.com) (Consultado el 6 de noviembre de 2017).
- FERRAJOLI, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición a cargo de ANTONIO DE CABO y GERARDO PISARELLO, Madrid: Editorial Trotta.
- GARCÍA CANTERO, G. (1982). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Finales*, dirigidos por Manuel Albaladejo García, tomo 2.º, Madrid: Editorial Ederesa.
- (2004). *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, 1.<sup>a</sup> edición, Madrid: Cuadernos Civitas.

- (2014). Anotaciones a la tutela de menores, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, coord. por Luis Díez-Picazo, tomo 1.º, 1.ª edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- GARCÍA RUBIO, M.ª P. (2013). Los Derechos de la personalidad, *Tratado de la Derecho de la persona física*, dirigido por M.ª DEL CARMEN GETE-ALONSO CALERA y coord. por JUDITH SOLÉ RESINA, tomo 2.º, 1.ª edición, Pamplona: Civitas-Thomson Reuters.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2014). *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2016). El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, coord. por Isaac Ravetllat Balleste y Vicente Cabedo Mallo, 1.ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch.
- JIMÉNEZ LINARES, M.ª J. (2000). El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimoniales, *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, coord. por Ramón Herrera Campos, tomo 2.º, 869-897, Almería: Servicios de Publicaciones.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012). La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por la vía reglamentaria, *Diario La Ley* núm. 7777, 1-12.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.ª (1999). La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *Actualidad Civil*, 4: 1573-1626.
- LIÑÁN GARCÍA, A. (2013). El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro, *Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 32: 1-62. [http://www.iustel.com/v2/revista/detalle\\_revista.asp?d\\_noticia=413459&=1](http://www.iustel.com/v2/revista/detalle_revista.asp?d_noticia=413459&=1). (Consultado el 25 de noviembre de 2017).
- LOZANO VICENTE, A. (2016). El niño como persona y su relación con los Derechos del Niño, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 11: 1-17.
- MARTÍNEZ CALVO, J. (2015). La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3: 198-206.
- MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M.ª L. (2014). *La frustración del Derecho de visita*, Madrid: Editorial Reus.
- MCCORMICK, N. (1988). Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 5: 293-306.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª (1997). Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1: 297-326.
- MORENO CRUZ, R. (2006). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 824-852.
- MUÑOZ DE BAENA, J. L. (2002-2003). Recensión a la obra de L. Ferrajoli. *Los fundamentos de los derechos fundamentales, Teoría y Realidad Constitucional*, 749-755.
- NÚÑEZ RIVERO C. y ALONSO CARVAJAL, A. (2011). La protección del menor desde un enfoque del Derecho Constitucional, *Revista de Derecho UNED*, 9: 261-294.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2009). Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada, 1-42, [www.indret.com](http://www.indret.com). (Consultada el 6 de noviembre de 2017).

- REVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término, *Educatio Siglo XXI*, 30 (fascículo 2.º): 89-108.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2007). *El interés del menor*, 2.ª edición, Madrid: Editorial Dykinson.
- ROCA TRIAS, E. (1994). El «interés del menor» como factor de progreso y统一化 del Derecho Internacional Privado. Discurso de ingreso de la Académica de número Dra. Alegría Borrás, *Revista Jurídica de Cataluña*, 93 (fascículo 4.º): 915-992.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (1999). Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión, *Actualidad Civil*, 1: 1-17.
- (2015). El nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3: 178-197.
- SEIJAS QUINTANA, J. A. (1997). Consecuencias de la separación y el divorcio: El interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas, *Actualidad Civil*, 29: 637-662.
- TORRES PEREA, J. M. DE (2009). *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, 1.ª edición, Madrid: Editorial Iustel.
- (2016). Estudios de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial, *Diario La Ley* núm. 8737, 1-22.
- URREA SALAZAR, M. J. (2014). El «interés del menor» en la jurisprudencia. Aspectos personales, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/el-interes-del-menor-en-la-jurisprudencia-aspectos-personales>. 1-3. (Consultado el 24 de noviembre de 2017).
- VARELA CASTRO, I. (2016). El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2189: 1-60, [www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj), (Consultado el 4 de diciembre de 2017).
- VELA SÁNCHEZ, A. J. (2012). De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, *Diario La Ley* núm. 7815, 1.9.

## NOTAS

<sup>1</sup> (2001): *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, edición Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 45-46.

<sup>2</sup> BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, rubricado por España el 26 de enero de 1990; y ratificado el 6 de diciembre de 1990. La Convención tiene a su vez antecedentes en la Declaración de Ginebra de 1924, sobre los Derechos del Niño, siendo este el primer texto histórico que reconoce la existencia de derechos específicos para las niñas y niños; la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, texto que, de igual modo, reconoce los derechos del niño, recogido a su vez en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10); asimismo, se incorpora el Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre ejercicios de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2015).

<sup>3</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2007): *El interés del menor*, Madrid, 49, señala que tiene particular importancia el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues se

ha establecido en todo los ordenamientos la idea de protección al menor; TORRES PEREA, J. M. de (2009): *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 21-22, citando el artículo 3.1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, señala que estamos ante «un principio general del derecho con relevancia constitucional. Que vincula a los poderes públicos (art. 53.3 CE) como instrumento de protección, interpretación y de aplicación supletoria»; CARDONA LLORENS, J. (2012): La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos, *Educación Siglo XXI*, 49, «la Convención significa que «el niño de ser considerado como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos»; CAMPS MIRABET, N. (2007): El principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el Derecho interno, *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, coord. por Adoración M.<sup>a</sup> Padial Albás y M.<sup>a</sup> Dolors Toldrà Roca, Valencia, 7, el interés superior del menor queda configurado como un principio angular de la Convención que informa la aplicación de cada una de las normas que lo conforman, basado en la prioridad como valor jurídico a los efectos de interpretar y aplicar la Convención; DE MEO, R. (2011): El interés del menor en la tutela jurídica de la infancia y de la adolescencia, *RFDUG*, 359, el interés del menor «se define en cada caso como exclusivo, superior, predominante y objeto de primaria consideración».

<sup>4</sup> Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1), en [www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14) (consultado el 25/11/17).

<sup>5</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, *op. cit.*, 4.

<sup>6</sup> BOE núm. 175, de 23 de julio.

<sup>7</sup> CASTILLO MARTÍNEZ, del Código Civil (2017): El interés del Menor como Criterio Prevalente en la Mediación Familiar, *Monografías. com*, 4-5, entiende el interés superior del menor como un concepto jurídico relativamente indeterminado; ya que, el interés está conectado con los derechos subjetivos atribuidos a su titular y que el ordenamiento jurídico protege desde un doble ámbito: normativo y doctrinal; el primero con base en los artículos 3 y 11 de la LO 1/96, el interés del menor se integra en una serie de derechos que la CE y los Tratados Internacionales recogen; el segundo, como consecuencia de lo anterior la indeterminación del interés del menor no es absoluta, pues exige ser ponderada y subsanada a través de las circunstancias específicas a resolver en cada caso concreto. *Vid.* STS de 15 de octubre de 2015 (STS 4159/2015).

<sup>8</sup> ARANDA ÁLVAREZ, E. (2003): Sinopsis artículo 39. Título 1. De los derechos y deberes fundamentales, [www.congreso.es](http://www.congreso.es), 3-4; NÚÑEZ RIVERO, C. y ALONSO CARVAJAL, A. (2011): La protección del menor desde un enfoque del Derecho Constitucional, *Revista Derecho-UNED*, 274; ALEMÁN BRACHO, C. (2014): Políticas Públicas y marco de protección jurídica del menor en España, *Revista de Derecho Política UNED*, 109.

<sup>9</sup> BOE núm. 158, de 17 de noviembre.

<sup>10</sup> BOE núm. 15, de 17 de enero.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, 2; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016): El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, 88-90, señala que ley coordina los principios generales y rectores del interés del menor.

<sup>12</sup> BOE núm. 175, de 23 de julio.

<sup>13</sup> BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. (2012): Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho Positivo español. 50.

<sup>14</sup> «La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, 1576-1577.

<sup>15</sup> *Vid.* las SSTS de 31 de enero de 2013 (TOL 3.020.982); 6 de febrero de 2014 (2014/833).

<sup>16</sup> BOE núm. 180, de 29 de julio.

<sup>17</sup> *Vid.* El Preámbulo I, de la Ley 26/2015, de 28 de julio.

<sup>18</sup> La teoría de los derechos de la infancia y de la adolescencia es de origen anglosajón, en donde se debate entre dos posturas doctrinales y contrapuestas: a) Teoría de la voluntad, iniciada por HERBERT HART (1982): *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 91-92, citado por FANLO CORTÉS, I. (2011):

Viejos y nuevos derechos del niño. Un enfoque teórico, 108; para quien «la afirmación según la cual un sujeto tiene un derecho (moral o jurídico) es cierto si este se encuentra en la condición (moral o jurídica) de poder determinar; mediante un acto de elección individual, el comportamiento de otros sujetos, interfiriendo de esta forma en su libertad; b) Teoría del interés, cuyo máximo exponente fue MACCORMICK, N. (1988): Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 294; LOZANO VICENTE, A. (2016): El niño como persona y su relación con los Derechos del Niño, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 4 y ss. basándose en que «los derechos son instrumentos para proteger y promover el bienestar individual mediante la imposición de deberes sobre otros sujetos»; por tanto, se basa en un derecho objetivo para satisfacer el interés y la necesidad de su titular. No nos cabe duda de que el legislador patrio ha optado por la teoría del interés, pero no define el «interés superior del menor».

<sup>19</sup> TORRES PEREA, *op. cit.*, 21-22, señala que todo intento definitorio del interés del menor es innecesario, impreciso e incompleto.

<sup>20</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012): El interés superior del niño: concepto y delimitación del término, 91, señala que el principio del interés superior del menor pone su acento como sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección.

<sup>21</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, *op. cit.*, 92; RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 62 y 68, destaca que estamos ante un concepto difícil. No obstante, añade, el interés es un estándar jurídico que responde valores y criterios sociales como respuesta del Derecho a conflictos personales y sociales catalogados como Derecho de persona y familia.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, 92-93 y 105.

<sup>23</sup> (2017): Abusos sexuales a menores e interés superior del menor: tendencias jurisprudenciales a luz de la presunción de inocencia, 2-5 y 24. *Vid.* CARDONA LLORENS, J. (2013): La evolución y determinación del interés superior del niño, 253-258.

<sup>24</sup> (2017): El interés del menor como concepto jurídico indeterminado y las técnicas de su determinación en situaciones de crisis familiares, 2 y ss.

<sup>25</sup> Comentario a la STS de 11 de marzo de 2010, 1842; *vid.* AÑÓN CALVETE, (2015): Interés del menor, 1-2.

<sup>26</sup> (2014): El «interés del menor» en la jurisprudencia. Aspectos personales, 1-3.

<sup>27</sup> (1997): «Consecuencias de la separación y el divorcio: El interés del menor. Alimentos. Guardia y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas», 642; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (1999): Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión, 3; señala que «el interés del menor no deja de ser un concepto indeterminado que se forma en la conciencia del juez a partir de la valoración de una serie de circunstancias que adquiere a lo largo del proceso»; JIMÉNEZ LINARES, M.<sup>a</sup> J. (2000): El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial, Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada, coord. por Ramón Herrera Campos, 876-878, señala el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, pero determinable en todos los ámbitos que le afectan; MARTÍNEZ CALVO, J. (2015): La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 200-205, estima que el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, lo que obliga al juez a valorar las circunstancias en cada caso concreto».

<sup>28</sup> (2011): *Ensayos Jurídicos (1953-2011)*, tomo 1.<sup>º</sup>, Pamplona, 1546-1547, *vid.* (2014): GARCÍA CANTERO, G. Anotaciones a la tutela de menores, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, coord. por Luis Díez-Picazo, 1.<sup>a</sup> edición, Pamplona, 1456.

<sup>29</sup> (2016): El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, *op. cit.*, 92.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, 24; del mismo autor, (2016): Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencia, 3, la define como «aquellos en los que el legislador decide incluir en el derecho positivo, en forma de norma escrita, un principio general del derecho».

<sup>31</sup> (1997): «Cláusulas generales y desarrollo judicial», 305.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, 316-317.

<sup>33</sup> BASTIDA FREIJEDO, F. J. (2005): «El fundamento de los Derechos Fundamentales», 41.

<sup>34</sup> VARELA CASTRO, I. (2016): «El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor», 22.

<sup>35</sup> (2015): «El nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», 196.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, 22.

<sup>37</sup> (1991): *Derecho Civil de España*, Madrid, 573.

<sup>38</sup> VARELA CASTRO, *op. cit.*, 22.

<sup>39</sup> (2013): Los Derechos de la personalidad, *Tratado de Derecho de la persona física*, dirigidos por M.<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera y coord. por Judith Solé Resina, tomo 2.<sup>º</sup>, 601.

<sup>40</sup> (2001): *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, edición Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 45-46; *Vid.* MORENO CRUZ, R. (2007): «El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales», 831; AGUILERA PORTALES, R. E. y LÓPEZ SÁNCHEZ, R. (2007): «Los Derechos Fundamentales en la Teoría Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli», 56; MUÑOZ DE BAENA, J.L. (2003-2004): «Recensión a la obra de Luigi Ferrajoli. *Los fundamentos de los derechos fundamentales, Teoría y Realidad Constitucional*, 10-11: 749-755.

<sup>41</sup> VARELA CASTRO, *op. cit.*, 22-26; GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, 597-598, señala que no existe un concepto de derechos de la personalidad, pero se propone como «aquel que garantiza a un sujeto el dominio sobre un sector de la propia esfera de personalidad».

<sup>42</sup> *Op. cit.*, 28.

<sup>43</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, *op. cit.*, 92 y 119; LIÑÁN GARCÍA, A. (2013): El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro, 11 y 25. *Vid.* STS de 22 de julio de 2011 (STS 4924/2011).

<sup>44</sup> *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2010): Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, 354-356; QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2009): «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», 12-17 y sigs.; FARNÓS AMORÓS, E. (2010): Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, 15 y ss.; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (1989): Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, 310-311.

<sup>45</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2010): Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primer Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010), 1-6.

<sup>46</sup> VELA SÁNCHEZ, A. (2012): De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España, 7.

<sup>47</sup> BOE número 243, de 7 de julio. *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, 356-357; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012): La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por la vía reglamentaria, 9.

<sup>48</sup> Los presupuestos facticos son los siguientes: El actor interpuso demanda en solicitud de divorcio, acordando el Juzgado de Primera Instancia por sentencia de 9 de junio de 2014, la disolución del matrimonio. Resolución que fue apelada ante la Audiencia Provincial que dictó sentencia el 11 de diciembre de 2015, estimando en parte la sentencia de instancia. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de casación por interés casacional por el actor-apelante invocando, entre otros, infracción del artículo 92 de Código Civil, e inaplicable la jurisprudencia que consagra el interés del menor como un principio básico para la adopción de la custodia compartida.

<sup>49</sup> TORRES PEREA, Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencia, 2.

<sup>50</sup> *Op. cit.*, 101-102, precisando aún más dice la cláusula general consiste en «concreción de hechos, situaciones o valoraciones que el legislador considera que redundan en el interés del menor».

<sup>51</sup> (1994): El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado, Discurso de ingreso de la Académica de número Dra. Alegría Borrás, 975; RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 102-103; TORRES PEREA, *op. cit.*, 3.

<sup>52</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 94-96, señala en relación con el interés del menor, norma de orden público, estamos ante un estatuto jurídico, con protección constitucional que ante el conflicto de intereses se hace patente la supremacía del interés del menor.

<sup>53</sup> (2014): *La frustración del Derecho de visita*, 39-40; LINÁN GARCÍA, El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro», *op. cit.*, 13.

<sup>54</sup> (2004): *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, 39.

<sup>55</sup> *Vid.* CILLERO BRUÑOL, M. (2007): El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 131 y sigs.

<sup>56</sup> (2015): El nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 179.

<sup>57</sup> (2016): El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor, 28.

<sup>58</sup> (2013): Los Derechos de la personalidad, *Tratado de Derecho de la persona física*, dirigidos por M.<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera y coord. por Judith Solé Resina, 602, señala que cuando se habla de los derechos de la personalidad se hace referencia a los derechos fundamentales.

<sup>59</sup> *Vid.* Nota a pie de página 40.

<sup>60</sup> *Vid.* STS de 11 de febrero de 2011 (TOL 2.048.040).

<sup>61</sup> *Vid.* BALLESTEROS DE LOS RIOS, *op. cit.*, 1833 y sigs.