

# PROTECCIÓN DE MENORES Y DISCAPACITADOS

## Dirección

Mónica Herranz Ballesteros  
Nayiber Febles Pozo

## Coordinación

Silvia Pereira Puigvert



Proyecto PID2020-114611RB-I00 Financiado por el MCIN/AEI «Protección del menor en las crisis familiares internacionales. (Análisis del Derecho Internacional Privado español y de la Unión Europea)» concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.



# **PROTECCIÓN DE MENORES Y DISCAPACITADOS**

# PROTECCIÓN DE MENORES Y DISCAPACITADOS

## **Dirección**

Mónica Herranz Ballesteros  
Nayiber Febles Pozo

## **Coordinación**

Sílvia Pereira Puigvert

COLEX 2023

## SUMARIO

II.2. Elección del texto jurídico aplicable: cambio de instrumento mismo lugar de residencia habitual del menor . . . . .	61
III. Supuestos prácticos a examen . . . . .	63
III.1. Medidas de protección sobre menores en supuestos de petición de divorcio: foro por conexidad procesal . . . . .	64
III.2. Petición de medidas de protección sobre menores en supuestos distintos al <i>forum divortii</i> . . . . .	67
IV. Conclusiones . . . . .	72
V. Bibliografía . . . . .	74

### **EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: UN AUTÉNTICO PRINCIPIO EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**

*Nayiber Febles Pozo*

I. Introducción . . . . .	77
II. El interés superior del menor en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño . . . . .	79
II.1. El interés superior del menor. Ideas generales . . . . .	79
II.2. Una visión tridimensional del concepto del interés superior del menor en la interpretación del Comité de los Derechos del Niño. . . . .	80
II.3. El interés superior del menor como consideración primordial . . . . .	82
III. Interés superior del menor y Derecho internacional privado. Breve apunte. . . . .	83
IV. El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea . . . . .	86
IV.1. Prevalencia del interés superior del menor. . . . .	87
IV.2. El interés superior del menor: función integradora o correctora de la norma . . . . .	89
IV.3. Interpretación extensiva del interés superior del menor . . . . .	91
V. A modo de conclusión . . . . .	93
VI. Bibliografía . . . . .	93

### **¿LAS NACIONALIZACIONES MASIVAS SON UNA BUENA MEDIDA DE PROTECCIÓN DE MENORES?**

*Lidia Moreno Blesa*

I. Consideraciones previas . . . . .	99
II. La Instrucción de 25 de octubre de 2022 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública . . . . .	103
III. La ciudadanía de la Unión . . . . .	105
IV. La determinación de la nacionalidad efectiva en los casos de nacionalidad múltiple . . . . .	107
IV.1. ¿Qué dice la jurisprudencia del TJUE en materia de nacionalidad? . . . . .	109
IV.2. ¿Cómo se resuelven los conflictos de plurinacionalidad en el Derecho internacional privado? . . . . .	111

# EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: UN AUTÉNTICO PRINCIPIO EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

**Nayiber Febles Pozo**

*Profesor Contratado Doctor (acred) de Derecho Internacional Privado  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)  
nfeblespozo@der.uned.es*

SUMARIO: I. Introducción. II. El interés superior del menor en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. II.1. El interés superior del menor. Ideas generales. II.2. Una visión tridimensional del concepto del interés superior del menor en la interpretación del Comité de los Derechos del Niño. II.3. El interés superior del menor como consideración primordial. III. Interés superior del menor y Derecho internacional privado. Breve apunte. IV. El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. IV.1. Prevalencia del interés superior del menor. IV.2. El interés superior del menor: función integradora o correctora de la norma. IV.3. Interpretación extensiva del interés superior del menor. V. A modo de conclusión. VI. Bibliografía

## I. Introducción

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>1</sup> (CDN) es la terminación de un proceso de reconocimiento y protección de los derechos del menor<sup>2</sup> durante el siglo XX. Dicho instrumento marca un hito importante en el desarrollo de sus derechos, en el que no solo se consagran normas de derechos humanos

---

El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, «Protección del menor en las crisis familiares internacionales. (Análisis del Derecho Internacional Privado español y de la Unión Europea)» concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

- 
- 1 Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25. Instrumento de Ratificación de España, BOE, n.º 313, de 31 de diciembre de 1990.
  - 2 El término «menor» engloba a los niños, niñas y adolescentes.

de carácter general, así como principios y derechos propios vinculados con los derechos de la infancia recogidos en textos más amplios como los Pactos Internacionales de los Derechos Humanos, sino también personifica un cambio de paradigma respecto a la concepción jurídica del menor como sujeto de derecho<sup>3</sup>.

Es por ello, que las disposiciones establecidas en la CDN se deben interpretar de manera sistemática y armónicamente. Cuestión que juega un papel e importancia trascendental a la luz de la realidad actual para interpretar los principios que en ella se consagran, como son: la no discriminación, el interés superior del menor, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y la participación infantil.

En las presentes líneas nos dedicaremos exclusivamente al principio del interés superior del menor. La CDN eleva el interés superior del menor al carácter de norma general, con un rol jurídico definido y proyectado más allá de los ordenamientos jurídicos o las políticas públicas. En este sentido, quien pretenda fundamentar una decisión en el interés superior del menor deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la propia Convención. De ahí que se considere un instrumento que instituye los principios y derechos básicos que deben presidir la interpretación de las normas internas e internacionales.

El interés superior del menor pretende «asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de quien, por su falta de madurez personal, no está en condiciones de exigirlos por sí mismo»<sup>4</sup>. Para algunos autores<sup>5</sup>, el interés superior del menor acoge un amplio margen de discrecionalidad por parte de las autoridades, lo que puede incidir en una debilidad de los derechos de la tutela judicial efectiva consagrados en la propia CDN.

El presente trabajo tiene como objetivo aportar a la discusión hermenéutica sobre el interés superior del menor una concepción garantista, partiendo de un esbozo inicial del interés superior del menor en la CDN, su planteamiento, su naturaleza y la interpretación de dicho principio por el Tribunal de Justicia del Unión Europea (TJUE).

---

3 Al respecto, VARGAS GÓMEZ-URRUTIA considera que «la importancia de la Convención radica en que desarrolla de forma particularizada la protección internacional de los derechos del menor (es la Carta Magna de los derechos del menor) siendo uno de los tratados internacionales con mayor número de Estados vinculados al mismo», VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: «La protección del menor en el marco del Derecho internacional», *Cursos de Verano de la UNED*, 2009, p. 8.

4 ÁNGELES PARRA LUCÁN, M. A.: «El principio del interés del menor en la jurisprudencia», en PICÓ I JUNOY, J., ABEL LLUCH, X. (dirs): *Problemática actual de los procesos de familia. especial atención a la prueba*, 2018, Bosch, Barcelona, p. 25.

5 GARCÍA-LOZANO, S. T.: «El interés superior del niño», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, p. 141.

## II. El interés superior del menor en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

### II.1. El interés superior del menor. Ideas generales

La CDN ha acentuado un creciente compromiso de los ordenamientos jurídicos contemporáneos con los derechos del menor. El art. 3.1 de la CDN establece: «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», el literal del artículo consagra el principio del interés superior del menor<sup>6</sup>. El propio artículo reconoce el derecho que se le concede al menor a que se le tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las decisiones que le afecten, con el objetivo de garantizar el disfrute pleno de todos los derechos reconocidos por la CDN<sup>7</sup>. Es por ello, que el Comité de los Derechos del Niño<sup>8</sup> (el Comité) ha reconocido la prioridad del principio, considerándolo como un criterio rector a seguir en cualquier decisión, prevaleciendo sobre cualquier interés legítimo<sup>9</sup> y que el mismo se extiende a todas las acciones que conciernen al menor<sup>10</sup>. En este sentido, es de aplicación a todos los sectores del ordenamiento jurídico, es decir, superando el ámbito de las relaciones de familia<sup>11</sup> donde se originó, de ahí que sea un concepto flexible y adaptable<sup>12</sup>.

6 Cabe destacar que no es un concepto nacido de la propia Convención, sino que existe un precedente por los siglos XVIII y XIX, LENTI, L.: «Note critiche in tema di interesse del minore», *Riv.dir.civ.*, pp. 90-91, 2016; KILKELLY, U.: «The Best Interests of the Child: a Gateway to Children's Rights», en AA. VV.: *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge University Press, 2016, p. 51.

7 El Comité de los Derechos del Niño considera que el objetivo del concepto del interés superior del menor es: «garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño», es decir, el disfrute pleno de todos los derechos. Observación general 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrf. 82, 2013.

8 Órgano designado por las Naciones Unidas para interpretar la Convención de los Derechos del Niño.

9 Observación general n.º 13, Sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párraf. 61, 2011.

10 Observación general n.º 14, *op.cit.*, párraf. 19.

11 KILKELLY, U.: *The Best Interests of the Child...*, *op.cit.*, pp. 53-54.

12 Observación general n.º 14..., *op. cit.*, párraf. 32.

El interés superior del menor es un concepto jurídicamente indeterminado<sup>13</sup> «en la medida en que siempre debe quedar un margen de discrecionalidad al operador jurídico para concretar en cada caso qué es lo que más conviene al menor»<sup>14</sup>, por lo que su contenido debe determinarse caso por caso, debe definirse de forma individual, con arreglo a las circunstancias específicas del menor y el contexto en el que se produce. Dotar de un contenido concreto el concepto del interés superior del menor es, a la vez, limitar su extensión, restringir su funcionalidad y lo más importante, impedir que se logre su verdadero objetivo: el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención.

## II.2. Una visión tridimensional del concepto del interés superior del menor en la interpretación del Comité de los Derechos del Niño

El concepto del interés superior del menor, como bien hemos apuntado antes, es considerado un concepto jurídico indeterminado, multidimensional y para el Comité tiene una triple dimensión<sup>15</sup>:

- **Un derecho sustantivo:** el derecho del menor a que su interés superior sea una consideración primordial, que se evalúe y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses a la hora de dictar una decisión sobre una cuestión debatida y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un menor, a un grupo de menores concreto o en general.
- **Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, regirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del menor siempre en el marco de la Convención.

13 DURÁN AYAGO, A.: «El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural», en CALVO CARAVACA, A. L., CASTELLANOS RUIZ, E. (eds.): *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 295-318; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: «Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n.º 3, 2012, p. 51; BALLESTEROS BARROS, Á. M.: «Restitución de menores y orden público europeo: la doctrina Bosphorus sobre protección equivalente», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n.º 1, 2022, p. 41.

14 DURÁN AYAGO, A., «Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo: XVI, 2016, pp. 415-462; MARTÍNEZ CALVO, J.: «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*, 2015, p. 201.

15 Observación general n.º 14, párraf. 6.

- **Una norma de procedimiento:** cualquier decisión que afecte a un menor en concreto, a un grupo de menores en particular o en general, deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) en el menor. La valoración y determinación del interés superior del menor requieren garantías procesales. Los Estados Parte de la CDN deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la toma de decisiones, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del menor, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del menor frente a otras consideraciones ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

Con una simple lectura de las dimensiones, podemos afirmar que nos encontramos ante una «genuina regla de interpretación de las normas en *pro* del menor»<sup>16</sup> con un marcado énfasis del interés superior del menor en su máximo esplendor, con una función correctora de las normas legales hasta el punto de su inaplicación (a esta función nos referiremos más adelante cuando tratemos la cuestión en sede jurisprudencial).

El Comité subraya que el interés superior del menor es un derecho sustantivo. En términos de la Convención, el interés superior del menor es un derecho que debe considerarse primordial, es decir, ante la ponderación de distintos intereses, prevalecerá el interés superior del menor. De la interpretación por el Comité se deduce que el interés superior del menor más que un derecho, es un principio<sup>17</sup> que puede ser invocado por los tribunales, permitiéndose en caso de su incumplimiento la exigencia de su reparación por el menor.

En cuanto a la dimensión como norma de procedimiento se pone de manifiesto que el interés superior del menor incide en todo proceso de toma de decisión que afecte al menor, e incluso, a los procedimientos judiciales; o sea, que el interés superior del menor además de un principio y un derecho es también una regla de procedimiento. Todo ello, con las debidas garantías procesales, obligándose a quien debe decretar cualquier decisión que afecte a un menor, a comprobar *ex post* cómo fue tenido en cuenta y cómo fue ponderado<sup>18</sup> el interés superior del menor en relación con otros intereses. Las garantías procesales deben tener en cuenta los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, así como a participar en el proceso de acuerdo con la norma vigente<sup>19</sup>.

16 GARCÍA RUBIO, M. P.: ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 13, 2020, p. 22.

17 GARCÍA-LOZANO, S. T.: *El interés superior del niño...*, *op.cit.*, p. 133.

18 SEDANO TAPIA, J.: *Contextualizando los derechos de los niños y su interés superior*, Universitat Politècnica de València, 2020, p. 18.

19 En el ámbito interno para dotar de contenido al concepto del interés superior se modifica

### II.3. El interés superior del menor como consideración primordial

La CDN impone una fuerte obligación jurídica a los Estados de atender, entre otros deberes, como consideración primordial<sup>20</sup>, el interés superior del menor y, por tanto, debe valorarse en todo momento. Es una consideración calificada como primordial, teniendo en cuenta que el interés del menor prima sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, teniéndose que resolver caso por caso, sopesándose los intereses de todas las partes y prevaleciendo el interés superior del menor<sup>21</sup>. Además, señala el Comité que: «teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño»<sup>22</sup>, es decir, el interés superior del menor no puede apreciarse en una relación horizontal con el resto de los intereses o consideraciones a tratar, estando justificado por la especial situación de los menores (condición jurídica, dependencia, etc.). En efecto, la única consideración corresponde a que el interés superior del menor debe ser un elemento determinante en la toma de cualquier decisión que afecte al menor.

En el ámbito doctrinal existen dos corrientes al respecto, por una parte, nos encontramos quienes consideran que el principio del interés superior del menor en su uso reiterado puede conducir a resultados no adecuados para el resto de las personas mayores si se hace prevalecer el interés superior del menor en el caso concreto sobre los demás<sup>23</sup> y; por otro lado, nos encon-

---

el artículo segundo de la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, a través del artículo primero, número dos, de la LO 8/2015, del 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la cual en su art. 2.5 establece: «Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular (...)».

- 20 En sintonía con la CDN, el art. 24, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece: «en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial».
- 21 FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: «Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 151, 2018, p. 109; BERNARDO SAN JOSÉ, A.: «Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 2, 2020, p. 1257.
- 22 Observación General n.º 14, *op. cit.*, párraf. 39.
- 23 EEKELAA, J.: *Family Law and Personal Life*, 2.ª Ed., Oxford University Press, 2017, p. 57; SCALISI, V.: «Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto», *Riv. dir. civ.*, vol. 64, 2018-2, p. 432; GARCÍA RUBIO, M. P.: Qué es y para qué sirve el interés superior del menor..., *op.cit.*, p. 18.

tramos con un sector de la doctrina férreo en reconocer una condición primordial del interés superior del menor y su prevalencia respecto al resto de intereses en juegos<sup>24</sup>. Ante la dualidad de criterios es creciente el número de resoluciones judiciales en las que se afirma que, si bien el interés superior del menor debe ser ponderado con el resto intereses presentes, tendrá mayor rango y por tanto prevalecerá<sup>25</sup>.

### III. Interés superior del menor y Derecho internacional privado. Breve apunte

En el ámbito internacional así como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el Derecho ha contribuido a una mayor certeza y seguridad en cuanto al reconocimiento del principio del interés superior del menor. En el Derecho internacional privado (DIPr.) la doctrina considera que el concepto del interés superior del menor permite la «adopción de medidas flexibles y disposiciones materialmente orientadas»<sup>26</sup>. Mientras que en el ordenamiento jurídico español se han dado pasos para su concreción, en nuestra disciplina continúa siendo un concepto predominantemente indeterminado, genérico, vago, que escapa de una definición general y abstracta<sup>27</sup>. Motivo por el cual, para su aplicación debe tenerse en cuenta las circunstancias específicas en cada caso concreto<sup>28</sup>, de ahí su flexibilidad en cuanto a su concreción, correspondiéndole

24 FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: «Aproximación al interés superior del menor...*op.cit.*, p. 117, 127. En este sentido, el interés superior del menor comprende, por un lado, su derecho a relacionarse con su familia y, por otro, su derecho a relacionarse en un entorno sano, estando presente en la mayoría de los instrumentos internacionales y comunitarios del Derecho de familia que afecte a los derechos del menor, GARCÍA RUBIO, M. P.: «Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor», en AA. VV.: *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas, Madrid, 2020, p. 1077, POBJOY, J. M.: «The best interests of the child principle as an independent source of international protection», *International Comparative Law Quarterly*, vol. 64, n.º 2, 2015, p. 331; GUZMÁN ZAPATER, M.: «La filiación internacional a examen por el tribunal supremo. A propósito de las sentencias TS 223 y 224 de 17 de abril de 2018», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 2, 2019, p. 633.

25 El Tribunal Constitucional español señala que «la adecuación constitucional de la motivación de la resolución objeto de amparo ha de ser valorada en función del principio del interés superior del menor. Así, dicho interés ha de presidir la decisión a tomar por los jueces, debiendo ponderarlo con el interés de los progenitores, ya que, si bien éste es de menor rango, no ha de ser menospreciado», STC de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), FJ 4to; véase también, STSJ Canarias de 30 de junio de 2016, n.º 313, FJ 5to, entre otras.

26 FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: Aproximación al interés superior del menor..., *op.cit.*, 121.

27 CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, 17.ª Edic., 2017, p. 534

28 Al respecto HERRANZ BALLESTERO, considera que en la interpretación del principio debe tenerse en cuenta «las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica» HERRANZ BALLESTERO, M.: *El interés del menor en los Convenios de la*

a los jueces delimitar su alcance<sup>29</sup>. Al respecto, CARRILLO POZO considera que «aunque se reconoce que el interés superior del menor se encuentra en todos los sectores de la disciplina, se considera que como guía de interpretación da más juego en el seno de los ordenamientos nacionales —en el nivel del Derecho civil básicamente— ante la inflexibilidad de la ley aplicable y el vago criterio sobre la competencia basado en la existencia de vínculos más estrechos»<sup>30</sup>.

---

*Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 53; GLUHAIA, D.: «Residencia habitual del menor y tribunales competentes para modificar una resolución judicial sobre derecho de visita. Aplicación jurisprudencial de los artículos 8 y 9 del Reglamento (CE) 2201/2003», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 1, 2019, p. 753.

- 29 El órgano jurisdiccional juega un papel importante en la valoración del interés superior del menor, así lo refleja la jurisprudencia del TJUE, «la exigencia de que la remisión responda al interés superior del menor implica que el órgano jurisdiccional competente se cerciore, a la vista de las circunstancias concretas del asunto, de que la remisión que valora efectuar al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro no pueda incidir negativamente sobre la situación del menor afectado», por tanto, «para poder estimar que tal remisión responde al interés superior del menor, el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro debe cerciorarse, en particular, de que dicha remisión no pueda incidir negativamente en la situación del menor». STJUE de 27 de octubre de 2016, asunto C-428/15 (*Child and Family Agency y J. D.*), párraf. 58 y 61; PÉREZ VERA, E.: «El derecho de protección de los menores», AA. VV.: *Comentarios a la Constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 1309.
- 30 CARRILLO POZO, L. F.: «El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate», *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 14, 2021, p. 20. En el ámbito de la competencia judicial internacional, las normas de competencia en materia de responsabilidad parental, en el Reglamento Bruselas II ter, hacen referencia al interés superior del menor en los arts. 10, 12, 13, 15, 25, 27, 39, 56, 66, 68, en el «Considerando 19 en el que no solo se especifica que las normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental se conciben en función del interés superior del menor y deben aplicarse de acuerdo con este, sino que acentúa que el mismo debe ser interpretado a la luz del art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión y de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el Considerando 20 hace referencias a la salvaguardia del interés superior del menor y en el Considerando 84 a su consideración primordial» GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 106-107, así como en reiterada jurisprudencia del TJUE, entre otras, STJUE de 8 de junio de 2017, asunto C 111/17 PPU (*OL y PQ*), párraf 40, 50, 66-68; STJUE de 27 de octubre de 2016, asunto C-428/15 (*Child and Family Agency y J. D.*), párraf. 39-45, 61 y 63; STJUE de 5 de octubre de 2010, asunto C400/10 PPU (*J. McB. y L. E.*), párraf. 60; STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C403/09 PPU (*Jasna Detiček y Maurizio Sgueglia*), párraf. 35, 53-55. El criterio de proximidad en el que se fundamentan las normas de competencia en materia de protección de menores, HERRANZ BALLESTERO, M.: *El interés del menor...op.cit.*, p. 59; FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, E. «Importancia del concepto de residencia habitual del menor para delimitar la competencia de los Tribunales en los supuestos de sustracción internacional de menores. Estudios sobre Jurisprudencia Europea», en RUDA GONZÁLEZ, A., JEREZ DELGADO, C (direts): *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Derecho civil y Derecho procesal civil*, Sepín, vol. I, 2020. En el ámbito de la ley aplicable, se considera la ley de la residencia habitual del menor la de mayor proximidad, es decir, la más vinculada con el menor y a sus circunstancias personales y sociales, todo ello, en favor del interés superior del menor. RODRIGUEZ BENOT, A.: «El criterio de conexión

No obstante, el principio del interés superior del menor en el DIPr. juega un papel notablemente valioso, teniendo en cuenta la interacción de la disciplina con los derechos humanos. La protección de los derechos humanos —en particular los derechos del menor— inciden incuestionablemente en el funcionamiento de las normas de DIPr.<sup>31</sup>. Otras de las razones que justifican la relevancia del interés superior del menor en el DIPr es la propia uniformidad de las normas *iusprivatistas* internacional en materia de menores que facilitan la aplicación del tan aclamado principio<sup>32</sup>, así como la extensión en el uso de la autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas objeto de DIPr.

La interacción de las normas de DIPr., dentro del espacio judicial europeo, y las libertades fundamentales, hacen posible el criterio de la autonomía de la voluntad entre las partes de una relación jurídica, las cuales pueden elegir libremente el ordenamiento jurídico que mejor satisfaga sus intereses, pero la autonomía de la voluntad se ve restringida en aquellos casos en los que conculca con el interés superior del menor. En este sentido, la Unión Europea reafirma su posición inquebrantable respecto a la protección de los menores en armonía con los instrumentos europeos en materia de Derecho de familia, el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>33</sup> y también con las obligaciones de los Estados miembros, en *pro* del interés superior del menor, adquiridas al ratificar la CDN.

La tutela del interés superior del menor en el espacio judicial europeo se evidencia en la evolución del sistema de Bruselas II, las normas fundamentales de DIPr. de la Unión en materia de familia; esto es, el Reglamento 1347/2000 (Bruselas II), el Reglamento 2201/2003 (RBII *bis*) y el actual Reglamento 2019/1111 (RBII *ter*). Es loable en dichos instrumentos la apuesta por la protección del menor<sup>34</sup>.

---

para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1, 2010, pp. 186-202.

- 31 KINSCH, P.: «Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad — Private International Law and European Human Rights Law», en AA. VV.: *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International, La Haya, 2010, p. 244.
- 32 CARPANETO, L.: «Impact of the best interests of the child on the brussels ii ter regulation», en BERGAMINI, E, RAGNI, CH (dirs): *Fundamental Rights and Best interest of the child in transnational families*, Cambridge University Press, 2019, p. 266.
- 33 Establece que: «1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».
- 34 BERNARDO SAN JOSÉ, A.: Las normas de competencia internacional..., *op. cit.*, pp. 1261, 1283-1284; KRUGER, T, SAMYN, L.: «Brussels II bis: Successes and Suggested Improve-

## IV. El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En lo concerniente a la concepción del concepto del interés superior del menor y su interpretación, aunque disímil entre los propios tribunales, ha jugado un rol importante la jurisprudencia y la doctrina, esta última ha considerado que el principio del interés superior del menor es también una forma de acceder a la tutela judicial efectiva<sup>35</sup> en defensa de sus derechos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el interés superior del menor. Dicho principio despliega ciertas funciones que inciden no solo en su correcta aplicación sino también como corrector de las normas legales. Al respecto, nos centraremos en analizar la función e interpretación del principio del interés superior del menor en la jurisprudencia del TJUE.

---

ments», *Journal of Private International Law*, 2006, p. 146, HERRANZ BALLESTEROS, M.: «El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, n.º 2, 2021, pp. 229-260; BORRÁS, A.: «Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter...», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 38, 2019, pp. 1-5; DUTTA, A, SCHULZ, A.: «First Cornerstones of the EU Rules on Cross-border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIa Regulation From C to Health Service Executive», *Journal of Private International Law*, 2015, p. 7; HONORATI, C.: «La proposta di revisione del Regolamento Bruxelles II bis: più tutela per i minori e più efficacia nell'esecuzione delle sentenze», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, pp. 2-55; Rodríguez Pineau, E.: «La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de Nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo», *Revista española de Derecho Internacional*, 2017, vol. 69, pp. 139-165; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: «La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111», en AA. VV.: *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas, Madrid, 2020, pp. 383-398; CARRILLO POZO, L. F.: El Reglamento Bruselas II ter...op.cit, pp. 22-29.

- 35 VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: «El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos», *BMJ*, año LXXIII, n.º 2.221, 2019, pp. 8-68; GARCÍA RUBIO, M. P.: Aproximación al significado...op.cit, pp. 1175 a 1090; MERCHAN MURILLO, A.: «El interés superior del menor como cuestión de fondo», *Cuaderno de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, 2020, pp. 635-644; ANDRÉS PÉREZ MARTÍN, L.: «El interés superior de los niños y las niñas, de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 sección decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 2, 2020, p. 1120.

## IV.1. Prevalencia del interés superior del menor

El TJUE en reiteradas ocasiones ha reconocido que en todo proceso en el que esté vinculado un menor de edad la investigación debe regirse por el interés superior del menor, así se confirma en la STJUE de 14 de enero de 2021, asunto C-441/19, (*TQ contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*) que resuelve una petición de decisión prejudicial sobre los criterios para acordar el retorno de un menor no acompañado y que se resume de la siguiente manera.

Un menor guineano no acompañado de 15 años presentó en los Países Bajos una solicitud de permiso de residencia por tiempo determinado en virtud de la Directiva 2008/115. El menor viajó a Países Bajos tras fallecer su único familiar conocido. Mientras se tramitaba el permiso de residencia, fue víctima de trata de seres humanos y de explotación sexual. Un tribunal de primera instancia neerlandés estimó que el menor no tenía derecho a obtener el estatuto de refugiado ni protección subsidiaria, lo que equivale a una decisión de retorno por lo que debía abandonar el país. La sentencia fue recurrida por el menor, alegando que no sabe dónde residen sus padres, que a su regreso no podría reconocerlos, que no conoce ningún otro miembro de la familia y que ni siquiera sabe que existen.

El art. 10.1 de la Directiva 2008/115 establece que «antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño», es decir, debe realizarse una investigación sobre la existencia de una acogida adecuada en el país de origen, pero la legislación neerlandesa solo prevé dicha investigación para los menores de 15 años. Ante la situación, el Tribunal de Segunda Instancia plantea una cuestión prejudicial al TJUE sobre la conformidad con el Derecho de la Unión de la distinción que efectúa el derecho neerlandés respecto de los menores no acompañados que tienen menos de 15 años y aquellos que tienen 15 años o más.

Al respecto el TJUE declara que, cuando un Estado miembro pretenda dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado en virtud de la citada Directiva, debe asegurarse previamente de que exista una acogida adecuada en el Estado de retorno<sup>36</sup>; de lo contrario, el menor no puede ser objeto de una decisión de retorno. El menor de edad se encontraría en una situación de gran incertidumbre en cuanto a su estatuto

36 El objetivo de la Directiva es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación, respetando plenamente los derechos fundamentales y la dignidad de las personas afectadas, STJUE de 14 de mayo de 2020, asuntos acumulados C-924/19 PPU y C-925/19 PPU (*FMS y otros contra Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság y Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*), párraf. 121.

jurídico, su futuro, sus relaciones familiares respecto a la familia de acogida, su escolarización. Todo ello, sería contrario a las exigencias del interés superior del menor<sup>37</sup>.

Considera el TJUE que la edad del menor es solo un factor, entre otros, para comprobar la existencia de una acogida adecuada en el Estado de retorno y determinar si el interés superior del menor debe llevar a que no se adopte una decisión de retorno, es decir, ningún Estado miembro puede distinguir entre los menores no acompañados únicamente en función de la edad para comprobar la existencia de su acogida. Por todo ello, el TJUE concluye que, antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, un Estado miembro debe cerciorarse que se encuentra disponible una acogida adecuada para el menor en el Estado de retorno, independientemente de su edad. En otras palabras, el interés superior del menor garantiza el derecho que tiene el menor a que, antes de adoptarse cualquier decisión, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos.

En otra ocasión, el TJUE también se tuvo que pronunciar, esta vez en el marco de un litigio en el que se le negó la entrada al Reino Unido de un menor de nacionalidad argelina acogido bajo el régimen de la *Kafala* por nacionales de Estados miembros<sup>38</sup>, alegándose por el responsable de los permisos de entrada, que la tutela en régimen de *kafala* argelina no está reconocido como adopción a los efectos del Derecho del Reino Unido y que no se había formulado solicitud de adopción internacional. Recurrida la decisión ante el Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo, el mismo decide plantear, entre otras, la siguiente cuestión prejudicial al TJUE, el concepto de descendiente directo regulado por el art. 2.2 de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que incluye a una menor que se encuentra bajo la tutela legal permanente de un ciudadano o ciudadanos de la Unión con arreglo a la institución de la *kafala* argelina.

Al respecto, el TJUE sostiene que, el concepto de «descendiente directo» debe interpretarse en el sentido de que no incluye una menor que se encuentra bajo la tutela de un ciudadano con arreglo a una institución de la *kafala*<sup>39</sup>. Sin embargo, sostiene el tribunal que «incumbe a las autoridades nacionales competentes, al poner en práctica la obligación de facilitar la entrada y residencia de los demás miembros de la familia, proceder a una apreciación equilibrada y razonable del conjunto de circunstancias actuales y pertinentes del asunto, teniendo en cuenta todos los intereses en juego y en especial el

---

37 STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-249/13, (*Khaled Boudjlida / Préfet des Pyrénées-Atlantiques*), párraf. 48; STJUE de 8 de mayo de 2018, asunto C-82/16, (*K. A. y otros contra Belgische Staat*), párraf. 102.

38 STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-129/18, (*SM y Entry Clearance Officer, UK Visa Section*).

39 *Ibidem*, párraf. 71 y 73.

interés superior de los menores afectados»<sup>40</sup>. Dicha apreciación debe tener en cuenta, «la edad desde la que los menores se hallen en régimen de *kafala* argelina, la existencia de vida en común de los menores con sus tutores desde el inicio de dicho régimen, el grado de las relaciones afectivas que se hayan entablado entre los menores y sus tutores y el nivel de dependencia de los menores respecto de sus tutores en la medida en que estos asumen su patria potestad y guardia legal y económica»<sup>41</sup>. Una vez apreciado dichos extremos, concluye el tribunal que si se «demuestra que la menor y su tutor llevaran una vida familiar efectiva y que la menor depende de su tutor, las exigencias vinculadas al Derecho fundamental al respeto de la vida familiar, junto con la obligación de tener en cuenta el interés superior del menor, en principio requerirán que se otorgue a esta el derecho de entrada y residencia como «otro miembro de la familia» de un ciudadano de la Unión (...)»<sup>42</sup>.

## IV.2. El interés superior del menor: función integradora o correctora de la norma

El interés superior del menor tiene una función integradora o correctora de las normas. En este sentido juegan un rol esencial los Derechos fundamentales, en particular «el derecho al respeto de la vida privada y familiar tal como se formula en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»<sup>43</sup> y, por otro, el respeto al principio de proporcionalidad. El mencionado art. 7 de la Carta debe ponerse en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño»<sup>44</sup>. En este sentido, el TJUE considera que el interés superior del menor impide la aplicación de una norma interna cuando suponga la negación de un permiso de residencia a un adulto con un menor a su cargo, STJUE de 13 de septiembre de 2016, asunto C-165/14 (*Alfredo Rendón Marín y Administración del Estado*) y que resumimos a continuación.

Un nacional colombiano padre de dos hijos menores de edad nacidos en Málaga, los dos hijos tienen distintas nacionalidades, uno es nacional español y el otro nacional polaco, con residencia en España. Se desconoce el domicilio de la madre de nacionalidad polaca. Ante el Juzgado de Primera Instancia de Málaga en el 2009, el padre obtuvo la guarda y custodia de ambos menores, encontrándose ambos adecuadamente escolarizados y

40 *Ibidem*, párraf. 68.

41 *Ibidem*, párraf. 69.

42 *Ibidem*, párraf. 78.

43 STJUE de 13 de septiembre de 2016, asunto C-165/14 (*Alfredo Rendón Marín y Administración del Estado*), párraf. 66; STJUE 23 noviembre 2010, asunto C145/09, (*Land Baden-Württemberg y Panagiotis Tsakouridis*), párraf. 52.

44 STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-403/09 PPU, (*Jasna Detiček y Maurizio Sgueglia*), párrafs. 53 y 54.

atendidos. El padre es condenado a una pena de nueve meses de prisión, obteniendo una suspensión provisional de dos años de la pena. En el año 2010 presenta ante el Director General de Inmigración del Ministerio de Trabajo e Inmigración una solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, la cual fue denegada, alegándose como causa principal la existencia de antecedentes penales en virtud del art. 31.5 de la Ley 4/2000<sup>45</sup>. La resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional, en el recurso se alegó la interpretación errónea de la jurisprudencia del TJUE<sup>46</sup>, cuya doctrina debería haber llevado la concesión de la autorización de residencia solicitada y, por otro lado, la vulneración del artículo 31 apartados 3 y 7, de la Ley 4/2000<sup>47</sup>, siendo rechazado el recurso.

Ante las circunstancias, el padre decide presentar un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual decide suspender el procedimiento y plantear la siguiente cuestión prejudicial: «¿es compatible con el artículo 20 [TFUE], interpretado a la luz de las sentencias de 19 de octubre de 2004[*Zhu y Chen* (C-200/02, EU:C:2004:639),] y [de] 8 de marzo de 2011[*Ruiz Zambrano* (C-34/09, EU:C:2011:124)], una legislación nacional que excluye la posibilidad de otorgar permiso de residencia a un progenitor de un ciudadano de la Unión Europea, menor de edad y dependiente de aquél, por tener antecedentes penales en el país donde formula la solicitud, aunque ello lleve aparejada la salida forzosa del territorio de la Unión del menor al tener que acompañar al progenitor?».

El TJUE reconoce que en virtud del art. 20 TFUE los Estados miembros pueden invocar una excepción relacionada con el mantenimiento del Orden Público<sup>48</sup> y la salvaguardia de la seguridad pública<sup>49</sup>, pero que ambos conceptos deben ser objeto de una interpretación estricta, de manera que el alcance no pueda ser determinado unilateralmente por los Estados miembros sin el control de las instituciones de la Unión. Por tanto, en el caso objeto de litigio, no existe motivo alguno para considerar que se vulnera el Orden Público y se

45 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

46 Entre otras, STJUE de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02 (*Kunqian Catherine Zhu, y Man Lavette Chen y Secretary of State for the Home Department*); STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09 (*Gerardo Ruiz Zambrano y Office national de l'emploi (ONEm)*).

47 STJUE de 13 de septiembre de 2016...*op.cit.*, párraf. 20.

48 Considerado este como una perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. *Ibidem*, párraf. 83

49 Comprende tanto la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior y que, en consecuencia, pueden afectar a la seguridad pública el hecho de poner en peligro el funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, al igual que el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos o, incluso, la amenaza a intereses militares. *Idem*.

pone en peligro la seguridad pública únicamente por las infracciones penales cometidas por el padre. El Estado español debió tener en cuenta en su decisión, a la hora de apreciar la situación del padre (antecedentes penales), el respeto a la vida privada y familiar, teniendo en cuenta como obligación el interés superior del menor, los Derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad<sup>50</sup>.

Considera el TJUE que la normativa de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a las exigencias de la normativa española de exigir la denegación de la autorización de residencia de un ciudadano de terceros países, progenitor de dos menores de edad, de los que tiene la guarda exclusiva, debido a que el progenitor tiene antecedentes penales, cuando la denegación tenga como consecuencias el abandono de los hijos del territorio de la Unión Europea. En conclusión, la normativa española es contraria a las exigencias de la normativa de la Unión.

### IV.3. Interpretación extensiva del interés superior del menor

El principio del interés superior del menor no solo está presente cuando se adopte una decisión cuyo destinatario, exclusivamente, sea un menor; todo lo contrario, también se extiende a terceras personas con las cuales tenga un cierto grado de vinculación. Así lo reconoce el TJUE en la sentencia del 11 de marzo de 2021, asunto C 112/20 (*M. A. y État belge*). El objeto del litigio versó sobre una orden de abandono del territorio belga y la prohibición de entrada al progenitor de una menor de nacionalidad belga, la cual fue recurrida y desestimada.

Ante la situación, el recurrente interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo alegando que, el Consejo del Contencioso de Extranjería, «consideró erróneamente sus alegaciones basadas en la infracción del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que carecía de interés porque el recurrente no precisaba que actuaba en nombre de su hija menor de edad»<sup>51</sup>. Además, que la hija no es destinataria de los actos impugnados, careciendo de la legitimidad activa y que para continuar la vida familiar es preciso que la misma abandone el territorio de la Unión y, consecuentemente, se vería privada del disfrute de los derechos que le concede el estatuto de la ciudadanía europea. En resumen, el órgano jurisdiccional en primera instancia no consideró el interés superior del menor, teniendo en cuenta que la decisión administrativa no se refiere expresamente a la menor sino a su padre.

50 STJUE de 13 de septiembre de 2016...*op.cit.*, párraf. 85.

51 STJUE del 11 de marzo de 2021, asunto C 112/20 (*M. A. y État belge*), párraf. 15.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo considera que «la obligación del recurrente de impugnar la legalidad de esa decisión en nombre de su hija, para que se tenga en cuenta el interés de esta, pertenece al ámbito de la legitimación activa, que no concierne a la interpretación del Derecho de la Unión». Ante las circunstancias, decide presentar la siguiente cuestión prejudicial al TJUE: «si el art. 5 de la Directiva 2008/115, en relación con el artículo 13 de esta Directiva y con los art. 24 y 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a tener debidamente en cuenta el interés superior del niño antes de adoptar una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada, aun cuando el destinatario de esa decisión no sea un menor, sino su padre»<sup>52</sup>.

El TJUE considera que, aunque el otro progenitor sea nacional de la Unión y sea capaz de estar de acuerdo en asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor, es un elemento pertinente, pero no suficiente como para asumir que no exista una relación de dependencia entre el menor y el padre (nacional de un tercer Estado). Al respecto, reconoce que para adoptarse tal decisión (expulsión del padre del territorio belga), según reiterada jurisprudencia<sup>53</sup>, debe considerarse el interés superior del menor, las circunstancias del caso en concreto y, en particular, la edad, el desarrollo físico y emocional del menor, la intensidad de las relaciones del menor con sus progenitores y el riesgo que entrañaría en el equilibrio del menor la separación de su progenitor nacional de un tercer Estado, siendo competente el juez nacional para apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al TJUE<sup>54</sup>.

El TJUE reconoce que el art. 5 a) de la Directiva 2008/115 obliga a los Estados miembros a tener debidamente en cuenta el interés superior del menor, por lo que no cabe interpretarlo de manera que solo deba tenerse en cuenta cuando la decisión solo se adopte respecto de un menor, excluyéndose cuando dicha medida sea adoptada contra sus progenitores<sup>55</sup>. Respecto al art. 24 de la Carta, es una disposición redactada en sentido amplio, aplicándose también a una decisión de retorno, como la del objeto de sentencia, aunque no esté implicado el menor, pero implica consecuencias para él. Concluye el TJUE que «los Estados miembros están obligados a tener en cuenta el interés superior del menor al adoptar una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada, aun cuando el destinatario de esta decisión no sea un menor»<sup>56</sup>, sino su padre.

---

52 *Ibidem*, párraf. 19.

53 STJUE de 10 de mayo de 2017, asunto C 133/15 (*Chávez-Vilchez y otros*), párraf. 70 y 71.

54 STJUE del 11 de marzo de 2021, *op.cit.*, párraf. 28.

55 STJUE de 8 de mayo de 2018, asunto C 82/16 (*K. A. y otros*), párraf. 107

56 STJUE del 11 de marzo de 2021, asunto C 112/20 (*M. A. y État belge*).

## V. A modo de conclusión

El interés superior del menor es un principio inquebrantable en la jurisprudencia del TJUE. La tutela de dicho principio no es tarea fácil. Sin embargo, debemos admitir que se han dado pasos significativos en la consecución de tal objetivo y que se pueden concretar en las tres dimensiones del principio a las que nos hemos referido en el presente trabajo: sustantiva, interpretativa y procesal.

Respecto a la dimensión sustantiva, queda demostrado en la jurisprudencia del TJUE al reiterar la necesidad de llevar a cabo una evaluación minuciosa caso por caso de la situación del menor a la luz del principio del interés superior antes de adoptarse cualquier decisión; todo ello, con el objetivo de que la decisión sea la más beneficiosa para el menor.

En cuanto a la dimensión interpretativa del principio, se evidencia en los procedimientos establecidos en los extintos RBII, RBII *bis* y el actual RBII *ter*, en este último mucho más reforzado teniendo en cuenta la acción activa de la Unión en el ámbito de la protección de menores.

Respecto a la dimensión procesal, el nuevo RBII *ter* es el reflejo de la preeminencia y alcance de dicha demisión en el ámbito comunitario. El Reglamento conserva, como regla básica de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, la residencia habitual del menor, lo que constituye una genuina cristalización del DIPr en sede de conflicto de jurisdicción. Y, por tanto, prima el criterio de proximidad para salvaguardar el principio del interés superior del menor —la residencia habitual también está presente como principal conexión en el ámbito de la ley aplicable en el Derecho de familia europeo— lo que constituye una verdadera regla en la búsqueda del equilibrio entre las cuestiones procesales y el interés superior del menor en beneficio de una mayor previsibilidad y certeza. No obstante, no debemos olvidar que el Reglamento admite en algunas ocasiones el conocimiento de la causa por otro tribunal que se encuentre mejor situado.

Los instrumentos comunitarios en materia de Derecho de familia son un fiel reflejo de las instituciones europeas respecto a la protección del interés superior del menor. El gran desafío es lograr una mayor coherencia dentro del espacio judicial europeo para una consecuente concreción del principio y, para ello, es imprescindible la labor que desarrolla el TJUE.

## VI. Bibliografía

**ANDRÉS PÉREZ MARTÍN, L.:** «El interés superior de los niños y las niñas, de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 sección decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 2, 2020.

- ÁNGELES PARRA LUCÁN, M. A.:** «El principio del interés del menor en la jurisprudencia», en PICÓ I JUNOY, J., ABEL LLUCH, X. (dirs): *Problemática actual de los procesos de familia. especial atención a la prueba*, Bosch, Barcelona, 2018.
- BALLESTEROS BARROS, Á. M.:** «Restitución de menores y orden público europeo: la doctrina Bosphorus sobre protección equivalente», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n.º 1, 2022.
- BERNARDO SAN JOSÉ, A.:** «Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del consejo de 25 de junio de 2019», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 2, 2020.
- BORRÁS, A.:** «Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter...», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 38, 2019.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.:** *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, 17.ª Edic, 2017.
- CARPANETO, L.:** «Impact of the best interests of the child on the brussels ii ter regulation», en BERGAMINI, E, RAGNI, CH. (dirs.): *Fundamental Rights and Best interest of the child in transnational families*, Cambridge University Press, 2019.
- CARRILLO POZO, L. F.:** «El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate», *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 14, 2021.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.:** «Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n.º 3, 2012.
- DURÁN AYAGO, A.:** «El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural», en CALVO CARAVACA, A. L., CASTELLANOS RUIZ, E. (eds.): *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004.
- «Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo: XVI, 2016.
- DUTTA, A. y SCHULZ, A.:** «First Cornerstones of the EU Rules on Cross-border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIa Regulation From C to Health Service Executive», *Journal of Private International Law*, 2015.
- EEKELAA, J.:** *Family Law and Personal Life*, 2da. Ed., Oxford University Press, 2017.

- FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, E.:** «Importancia del concepto de residencia habitual del menor para delimitar la competencia de los Tribunales en los supuestos de sustracción internacional de menores. Estudios sobre Jurisprudencia Europea», en RUDA GONZÁLEZ, A., JEREZ DELGADO, C. (dirs): *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Derecho civil y Derecho procesal civil*, Sepín, vol. I, 2020.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A.:** «Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 151, 2018.
- GARCÍA-LOZANO, S. T.:** «El interés superior del niño», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016.
- GARCÍA RUBIO, M. P.:** «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 13, 2020.
- «Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor», en AA.VV.: *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas, Madrid, 2020.
- GLUHAI, D.:** «Residencia habitual del menor y tribunales competentes para modificar una resolución judicial sobre derecho de visita. Aplicación jurisprudencial de los artículos 8 y 9 del Reglamento (CE) 2201/2003», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 1, 2019.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C.:** «La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111», en AA. VV.: *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas, Madrid, 2020.
- GONZÁLEZ MARIMÓN, M.:** *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GUZMÁN ZAPATER, M.:** «La filiación internacional a examen por el tribunal supremo. A propósito de las sentencias TS 223 y 224 de 17 de abril de 2018», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 2, 2019.
- HERRANZ BALLESTEROS, M.:** «El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, n.º 2, 2021.
- *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

- HONORATI, C.:** «La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II bis: più tutela per iminori e più efficacia nell'esecuzione delle sentenze», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017.
- KILKELLY, U.:** «The Best Interests of the Child: a Gateway to Children's Rights», en AA. VV.: *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge University Press, 2016.
- KINSCH, P.:** «Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad — Private International Law and European Human Rights Law», en AA. VV.: *Convergence and Divergence in Private International Law-Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International, La Haya, 2010.
- KRUGER, T y SAMYN, L.:** «Brussels II bis: Successes and Suggested Improvements», *Journal of Private International Law*, 2006.
- MARTÍNEZ CALVO, J.:** «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*, 2015.
- MERCHAN MURILLO, A.:** «El interés superior del menor como cuestión de fondo», *Cuaderno de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, 2020.
- PÉREZ VERA, E.:** «El derecho de protección de los menores», AA. VV.: *Comentarios a la Constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.
- POBJOY, J. M.:** «The best interests of the child principle as an independent source of international protection», *International Comparative Law Quarterly*, vol. 64, n.º 2, 2015, p. 331.
- RODRIGUEZ BENOT, A.:** «El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.2, n.º 1, 2010.
- RODRIGUEZ PINEAU, E.:** «La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de Nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo», *Revista española de Derecho Internacional*, 2017.
- SCALISI, V.:** «Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto», *Riv. dir. civ.*, vol. 64, 2018-2.
- SEDANO TAPIA, J.:** *Contextualizando los derechos de los niños y su interés superior*, Universitat Politècnica de València, 2020.

**VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.:** «La protección del menor en el marco del Derecho internacional», *Cursos de Verano de la UNED*, 2009, p. 8.

**VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.:** «El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXXIII, n.º 2.221, 2019.