

## **EL ACCESO DE LOS MENORES A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL S. XXI**

Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ<sup>1</sup>

### **I. La accesibilidad al sistema de justicia constitucional en España. Especial atención a los menores de edad**

#### **A. Algunas ideas generales sobre la accesibilidad al sistema de justicia constitucional español**

Si asumimos que la condición de vulnerabilidad se relaciona con la situación de desventaja en la que se encuentra un individuo o un grupo respecto del resto de la sociedad<sup>2</sup>, podemos reconocer que las características tradicionalmente asociadas a situaciones de discriminación pueden vincularse, con cierta facilidad, a esas condiciones desventajosas. Entre ellas, y según el listado contenido en el art. 14 de la Constitución española (CE), podemos identificar la edad, que juega como factor de discriminación, y por tanto también como desventaja potencialmente generadora de vulnerabilidad, tanto si categoriza a la persona dentro del colectivo de los ancianos, como si la sitúa entre los menores de edad, es decir, entre los niños, niñas y adolescentes que no han alcanzado los 18 años de la mayoría de edad (art. 12 CE).

Las personas que, por razón de su menor edad, están en situación de vulnerabilidad, pueden encontrar dificultades de muy diverso orden, pero principalmente encuentran obstáculos relacionados con su falta de autonomía para la gestión de sus propios intereses, con la dificultad de acceso a determinados bienes y servicios, y con la ausencia de capacidad plena para disfrutar de sus derechos fundamentales, como podría hacerlo un mayor de edad. En relación con este último punto, ejemplo paradigmático de las dificultades vinculadas al pleno ejercicio de los derechos, es el que se identifica con las barreras de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE)<sup>3</sup>, incluso si nos referimos a la jurisdicción

<sup>1</sup> Référéndaire au Tribunal constitutionnel espagnol Maître de conférences en droit constitutionnel à l'Université Carlos III de Madrid.

<sup>2</sup> Tomado de J.M. ROCA MARTINEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de las personas y grupos vulnerables en los órdenes civil y laboral», en M.A. PRESNO LINERA, *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*. Procura nº 3. Oviedo Procuradora General del Principado de Asturias. UNIOVI, Área de Derecho Constitucional, 2013, pp. 299-353.

<sup>3</sup> Para profundizar en esta cuestión en concreto, véase I. Gómez Fernández, «Enfocar el derecho a la justicia desde la noción de vulnerabilidad», en A. Saiz Arnaiz, *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Garantía de los Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 317-350.

constitucional que es, a fin de cuentas y dentro del sistema constitucional español, la última garantía de la protección tanto de los derechos procesales, como de los derechos sustantivos.

Si la subsidiaridad de la jurisdicción constitucional es nota característica del modelo, lo es también la pluralidad de procesos constitucionales, residenciados ante el Tribunal Constitucional, a través de los cuales es posible garantizar la fidelidad al desarrollo e interpretación del Título I de la Constitución por parte de los distintos poderes públicos. No obstante, la pluralidad de fórmulas procesales no hace necesariamente más accesible la jurisdicción constitucional para los ciudadanos en general, ni para los sujetos en una especial situación de vulnerabilidad, en particular. Esa posibilidad de acceso amplio depende de cómo se diseñe la legitimación procesal para incoar, por lo que ahora nos interesa, los procedimientos de control de constitucionalidad de las normas con rango de ley –control previo de tratados y Estatutos de Autonomía (arts. 78 y 79 LOTC), recurso de inconstitucionalidad [art. 161.1.a) CE y art. 31 y ss. LOTC] y cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE y arts. 35 y ss. LOTC)- y el recurso de amparo como procedimiento específico en defensa y garantía de los derechos fundamentales [art. 53.2 y 161.1.b) CE]. Este último admitiría alegar como parámetro de enjuiciamiento ante el Tribunal Constitucional los arts. 14 a 29 y 30.2 CE (art. 53.2 CE), mientras que el control de constitucionalidad abre el parámetro de control a la totalidad del Título I (especialmente arts. 14 a 52 CE).

De entre todos los mecanismos citados, sólo el recurso de amparo admite la interposición por los ciudadanos y ciudadanas individualmente considerados, tal y como se deduce del art. 162.1 b) CE, que dispensa legitimación para su interposición « a toda persona que invoque un interés legítimo, así como al defensor del pueblo y al ministerio fiscal ». Por lo tanto, el recurso de amparo es la vía de acceso directo de las personas sujetas a la jurisdicción de los poderes del Estado español, a la jurisdicción constitucional, siempre y cuando los legitimados potenciales cumplan las condiciones procesales que establecen los arts. 42 a 44, 46, 49 y 50 LOTC, y que el Tribunal aprecie que el asunto planteado reviste especial trascendencia constitucional. En cambio, el control abstracto de inconstitucionalidad a través del recurso previo y del recurso sucesivo de inconstitucionalidad se reserva a legitimados institucionales [162.1 CE arts. 32, 78 y 79 LOTC], no siendo posible para el ciudadano instar directamente el control de constitucionalidad de la ley. Por lo que hace al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, esta es una facultad exclusiva del juez del procedimiento a quo (art. 35.2 LOTC). Por tanto, en términos generales, el acceso de personas en situación de vulnerabilidad a la jurisdicción constitucional, a través del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad queda esencialmente mediatizado por la comprensión que tenga el órgano judicial del problema que plantean las partes.

En suma, el acceso de las personas en situación de vulnerabilidad a la jurisdicción constitucional en España, se articula: i) de modo directo por la vía procesal del recurso de amparo, una vez se han agotado los recursos previos en la jurisdicción ordinaria y siempre que el Tribunal aprecie la concurrencia de especial trascendencia constitucional. Lo que sucede en un bajo porcentaje de supuestos; ii) de modo indirecto a través del Defensor del pueblo, que puede incoar recurso de inconstitucionalidad

contra normas estatales o autonómicas con rango de ley, y hacer suyas las demandas de personas o grupos que recurran a él a través del mecanismo de quejas que prevé la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo; iii) y de modo también indirecto, a través del órgano judicial del procedimiento a quo que bien hace suya una duda de parte, bien pone de relieve una duda propia respecto de la norma aplicable para resolver el procedimiento.

Ahora bien, que el acceso directo quede limitado en los términos expuestos, no significa que los temas referidos al disfrute de derechos de las personas en situación de vulnerabilidad no lleguen a la jurisdicción constitucional. Los temas llegan a conocimiento del Tribunal Constitucional por cualquiera de las vías expuestas y, en ocasiones, también por las que ofrecen los mecanismos de resolución de conflictos competenciales [art. 161.1.c) CE] si se trata, por ejemplo, de discutir quien tiene competencias sobre determinadas políticas públicas vinculadas al desarrollo del mandato del art. 9.2 CE. También el control abstracto, activado por los legitimados institucionales previamente referidos permite llevar los temas de exclusión, de desigualdad y de vulnerabilidad a los pronunciamientos del Tribunal. Pero el examen que aquí se aborda no se refiere a esto, sino a las probabilidades que tiene un ciudadano en situación de vulnerabilidad de llevar su problema ante el Tribunal Constitucional.

## B. Los menores como titulares de derechos fundamentales

Los menores de edad carecen de capacidad procesal plena, lo que mediatiza sus facultades de acceso a la jurisdicción. Esa carencia, no obstante, no limita su condición de titulares de derechos fundamentales, salvo alguna excepción puntual relacionada con el ejercicio de los derechos de participación política<sup>4</sup>. La Constitución española no establece una restricción específica de la titularidad de derechos de los menores de edad<sup>5</sup>. Y el Tribunal Constitucional, ha reconocido abiertamente que los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, de modo que el ejercicio de tales derechos y la facultad de disponer sobre ellos no se abandonan por la mera sujeción de los menores a la autoridad parental (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5), aunque esa sujeción suponga que quienes tienen atribuida la guarda y custodia de los menores, o su patria potestad, pueden incidir sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales, pudiendo modularse esa incidencia en función de la madurez del niño o la niña (FJ 5, STC 141/2000, de 29 de mayo), cuestión que vincula, entre otras cosas, a su mayor o menor edad y grado de independencia y autonomía.

<sup>4</sup> En la legislación de desarrollo de los derechos fundaméntales, sólo el art. 2.1 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG) establece una exclusión implícita, al determinar que el derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad.

<sup>5</sup> Sobre el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por parte de los menores véase B. ALAEZ CORRAL, «El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 21, 2013, p. 37-78.

Si el art. 39 CE<sup>6</sup>, reconoce a los menores como titulares de los derechos contenidos en la Constitución, no se conforma con ello, y reenvía para la interpretación y aplicación de tales derechos (art. 39.4 CE) a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que entró en vigor para España el 5 de enero de 1991. Este tratado internacional será inspiración directa para la modificación, en el año 2015, de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LOMSPÍA) y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LMSPIA). Ambas modifican la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), entre otras muchas normas, incorporando contenidos derivados tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos facultativos, como de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006<sup>7</sup>, y de los pronunciamientos de los respectivos Comités de Naciones Unidas encargados de seguir y asegurar el cumplimiento de este corpus iuris. El Capítulo II de la LOPJM se reserva a la regulación de sus derechos, con referencias constantes y directas a la CDN. Con estos mimbres normativos, y la legislación autonómica correspondiente en materia de protección de la infancia, la jurisprudencia constitucional ha ido conformando los límites vinculados a la edad en el ejercicio de derechos por parte de los niños y las niñas a lo largo de cuarenta años de jurisprudencia sumamente interesante, aunque no particularmente copiosa.

Sin espacio para detenernos en tal desarrollo jurisprudencial, si vale la pena apuntar que la mayor parte de las sentencias que se han venido ocupando de cuestiones relacionadas con los derechos de los menores de edad, han sido sentencias resolutorias de recursos de amparo.

Y un segundo apunte fundamental se refiere a que, si bien los niños, niñas y adolescentes, como se deduce del escenario que ha venido describiéndose, son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), y de todo el haz de facultades que se asocian a este, sin embargo no tienen reconocida la capacidad procesal necesaria para actuar en un procedimiento judicial y eso, en la práctica, puede convertirse en una barrera de acceso al sistema de garantías e, indirectamente, en un límite al pleno goce de los derechos que les están constitucionalmente reconocidos, y respecto de los que el Tribunal asume su plena titularidad<sup>8</sup>. Y esto último, porque la falta de capacidad procesal de los menores no emancipados suele ser suplida por quien ostente su representación legal, lo que, en la mayoría de los casos, se asocia a quien ostenta la tutela sobre el menor, esto es, sus progenitores, sus tutores o sus guardadores de hecho (en este sentido STC 221/2002) o, en caso de declaración de

6 Aunque este es el precepto de referencia para hablar de los derechos de la infancia, pueden citarse asimismo el art. 48 CE, que se refiere a que «los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural», así como las menciones indirectas contenidas en los arts. 14 CE, que prohíbe la discriminación por razón de edad; 20.4 CE que prevé la protección de la juventud y la infancia como límite al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión, de información, de cátedra y de creación literaria, artística, científica y técnica; y . 27.3 CE, que reconoce el derecho de los padres sobre los hijos a elegir para ellos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con las convicciones paternas y maternas, debiendo garantizar los poderes públicos el ejercicio de este derecho.

7 Respecto de las aportaciones de estas leyes al sistema español de protección de la infancia A.I. BERROCAL LANZAROT; C. CALLEJO RODRIGUEZ, *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*, Las Rozas, Madrid, La Ley- Wolters Kluwer, 2017.

8 M. SERRANO MASIP, «Protección jurisdiccional de menores en situación de riesgo y desamparo. Iniciativas del Consejo de Europa y de la Unión Europea en orden a una justicia adaptada a los menores», en *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 159-179.

desamparo, las administraciones públicas (véase STC 260/1994), u organizaciones del tercer sector que tengan atribuida su tutela o su guarda (art. 7.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Siendo así, identificar claramente donde termina la voluntad del menor para llevar la defensa de sus derechos e intereses ante la jurisdicción, constitucional o no, y donde empieza la de quien le representa, supliendo su falta de capacidad procesal, es muy complicado.

En los supuestos en que el menor es suficientemente maduro como para expresar su propio parecer, si los intereses del niño o la niña no coinciden con los de sus padres, tutores o guardadores, el art. 8 LECiv prevé el nombramiento de un defensor judicial que represente en juicio los intereses del menor. También formula la misma previsión el art. 10.2.e) LOPJM, el art. 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), el art. 193 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para el procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado. En suma, salvo que exista contradicción de intereses, y el niño o la niña sean lo suficientemente maduros como para ponerlo de manifiesto ante la autoridad competente para que les sea nombrado un defensor judicial, no será posible discriminar si los intereses llevados ante la jurisdicción son propios de los menores o de quienes les representan.

Estas limitaciones fácticas de acceso a la jurisdicción son, a su vez, límites intrínsecos de acceso a la jurisdicción constitucional, que siendo subsidiaria en el caso de la protección de los derechos fundamentales por la vía del amparo constitucional exige un adecuado agotamiento de la vía judicial previa, y por tanto un adecuado acceso precedente a la jurisdicción ordinaria.

## **II. Veinte años de acceso de los menores a la jurisdicción constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad**

El análisis del grado de accesibilidad que presenta la cuestión de inconstitucionalidad en España, para los menores de edad, exige trasladar todas las reflexiones anteriores al examen de los casos resueltos en los últimos 20 años<sup>9</sup>, lo que nos permitirá alcanzar algunas conclusiones que se sintetizan en el apartado 3 de este trabajo. Se han seleccionado para su examen 54 pronunciamientos, 46 de ellos sentencias y 8 autos de inadmisión a trámite por ser las cuestiones notoriamente infundadas<sup>10</sup>. A pesar de que esta selección incluye un número relativamente amplio de resoluciones, lo cierto es que la misma incorpora algunos que tienen que ver sólo indirectamente con los derechos de los menores, porque son planteados desde la perspectiva de las personas adultas que con ellos se

<sup>9</sup> Cuando hablamos de casos resueltos hemos de pensar tanto en los que han terminado con sentencias de fondo, como en los que han sido inadmitidos a trámite mediante auto motivado. No puede obviarse que algunos autos de inadmisión a trámite de cuestiones de inconstitucionalidad contienen doctrina sobre el fondo de las cuestiones planteadas. Si una cuestión se inadmite por hallarse manifiestamente mal fundada o ser notoriamente infundada (art. 37.1 LOTC), el Tribunal expone las razones por las cuales es notorio el ajuste constitucional de la norma con rango legal cuestionada, lo que da una respuesta de fondo al órgano judicial, aunque sea a través de un pronunciamiento que formalmente es de inadmisión. Los efectos de las sentencias desestimatorias de las cuestiones de inconstitucionalidad y de los Autos de inadmisión de las cuestiones por ser las cuestiones notoriamente infundadas son idénticos, a los efectos de la construcción de la doctrina constitucional, y de la solución del caso concreto.

<sup>10</sup> La mayor parte de ellos son fallos de inadmisión (44%, o 24 en cifras absolutas), seguidos de los fallos desestimatorios (40%, siendo 22 sentencias en cifras absolutas). Tan solo se han estimado el 16% de las dudas de inconstitucionalidad planteadas, en 8 sentencias totalmente estimatorias y 1 parcialmente estimatoria.

relacionan, y cuyos intereses y los de los menores pueden ser tenidos por confluyentes. Son muy pocos los asuntos en que, el objeto principal de la duda de constitucionalidad planteada, tiene que ver con el pleno disfrute de los derechos de los menores implicados en el procedimiento a quo. En la mayoría de los supuestos los niños, niñas y adolescentes son presentados como sujetos pasivos sobre los que se ejercen los derechos de sus progenitores, sin perjuicio de que ese disfrute también pueda beneficiar el pleno desarrollo del interés superior del menor. Así, podrían clasificarse los pronunciamientos seleccionados en dos grupos en virtud de si el eje argumentativo de la decisión del Tribunal son los derechos de los menores, o son los derechos de terceras personas que tienen proyección sobre el estatuto jurídico de menores de edad.

## A. Los derechos de los menores

El primer grupo de resoluciones, con apenas 12 pronunciamientos (22% de los asuntos analizados), aglutina los autos y sentencias en que se hace referencia a los derechos de los menores de edad de forma específica, aunque en algunos supuestos es la condición de hijo o hija, y no la condición de edad, la que resulta determinante en la resolución. Este grupo se presenta, a su vez con una triple categorización: la de las sentencias que se refieren a los derechos de los menores de forma clara y específica (el 3,7% sobre el total analizado); la de los pronunciamientos relativos a la condición de hijo o hija que, en este caso, afectan a menores de edad (también el 3,7%); y la de las resoluciones vinculadas al estatuto específico de los menores infractores (14,8% sobre el total).

i) Las SSTC 64/2019, de 9 de mayo y 99/2019, de 18 de julio son, sin ningún género de duda, las más interesantes de toda la serie analizada, porque las dos superan la perspectiva adultocéntrica habitual, poniendo los derechos de los menores en el foco del razonamiento que resuelve la cuestión, del mismo modo que los órganos judiciales *a quo* que elevaron dichas cuestiones también colocaron al menor en el eje central del razonamiento.

La STC 64/2019, de 9 de mayo, resuelve en sentido desestimatorio una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Primera Instancia de la Jurisdicción Civil. La duda de constitucionalidad surge de oficio, en el marco un conflicto entre dos progenitores en proceso de divorcio, y respecto de la gestión del tratamiento psicológico de una de sus hijas. Al no llegar a un acuerdo sobre este punto instan un procedimiento de jurisdicción voluntaria que, en aplicación del art. 9 LOPJM prevé un trámite de audiencia obligatoria del órgano judicial a la menor. En ese trámite, previsto en el art. 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (LJV), al no estar presentes los padres, ni sus representantes legales, se exigirá el levantamiento y traslado de un acta detallada de la exploración, que se incorpore al expediente. El órgano judicial tiene dudas sobre si esta documentación, obligatoria y detallada del trámite, podría llegar a vulnerar el derecho a la intimidad de la menor (art.18.1 CE), y por tanto plantea la cuestión en relación con el citado art. 18.2.4 LJV. El Tribunal renuncia a analizar los límites del derecho a la intimidad como un contrapunto al derecho a la tutela judicial efectiva de los progenitores, y da la vuelta al razonamiento del órgano judicial, para

valorar si la invasión del derecho a la intimidad, que obviamente se da, se justifica desde el ejercicio, por parte de la menor, de sus propios derechos procesales de intervención en juicio, entre los que se encuentra el derecho a ser oída (art. 9 LOPJM) y a que sus intereses sean tenidos en cuenta a la hora de tomar una decisión que le afecte (art. 2 LOPJM). El FJ 4 de la sentencia pone el interés superior del menor en el centro de la argumentación, afirmándose categóricamente que el derecho del menor a ser oído y escuchado forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5).

Este planteamiento argumental de origen exige al Tribunal un desarrollo metodológico que suele permanecer ajeno a los procesos de control de constitucionalidad, siendo propio de los recursos de amparo: asumiendo que hay dos derechos en juego que se pueden ver afectados por la norma cuestionada – el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)-, con tres titulares distintos y que representan intereses diversos –cada uno de los progenitores y la menor-, la sentencia procede a efectuar un ejercicio de ponderación, que proyecta sobre el examen de constitucionalidad. De ese ejercicio se deriva que, existiendo en este caso una compleja colisión de derechos, es preciso analizar la medida cuestionada, sucesivamente, desde la perspectiva del juicio de idoneidad, del juicio de necesidad y del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Y que, en este caso, en ese ejercicio intelectual de ponderación, es preciso tener presente el interés superior del menor. Formulado el juicio sobre la base del anterior parámetro, el Tribunal concluye que el sacrificio del derecho a la intimidad de la menor que se produce sin dudas en este contexto, puede considerarse necesario y no resulta desproporcionado en relación con el fin perseguido, que es preservar el derecho a la tutela judicial efectiva tanto de la menor, como de sus progenitores como intervinientes en el proceso.

Por su parte, la STC 99/2019, de 18 de julio, resuelve con la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada, la cuestión planteada por el Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, respecto del art. 1 de la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. El Tribunal Supremo preguntó al Constitucional si el impedimento opuesto a los menores de edad transexuales con capacidad suficiente, para solicitar por si mismos la rectificación de la mención registral del sexo, vulneraría o no sus derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1CE) y a la protección de la salud (art. 43.1 CE), leídos todos ellos a la luz del art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad).

La sentencia, tras realizar una interesante síntesis respecto de las cuestiones generales relativas a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales por los menores de edad, parte de la obligación de dotarles de plena eficacia, y por eso sostiene que si « el derecho a obtener la rectificación registral de la mención del sexo que habilita la Ley 3/2007 se orienta a la realización del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la limitación de su disfrute exclusivamente a favor de quien sea mayor de edad, restricción que aparece consignada en su art. 1 y que deja fuera del ámbito subjetivo de tal derecho a quienes no cumplan con ese requisito de edad, supone que a éstos se les

priva de la eficacia de dicho principio constitucional en lo que se refiere a decidir acerca de la propia identidad » [FJ 4 a) STC 99/2019].

ii) Las SSTC 200/2001, de 4 de octubre, y 171/2012, de 4 de octubre, se refieren al derecho a no sufrir discriminación por razón de nacimiento o de origen. En ambos supuestos es la madre o el padre del menor el que inicia el procedimiento de instancia, en nombre de su hijo o hija, y para reclamar derechos económicos derivados de la pérdida del otro progenitor. Derechos que eran limitados por circunstancias vinculadas a la estructura familiar. En ambos supuestos el Tribunal reitera una doctrina firme e incontrovertida que niega la posibilidad de establecer diferencias entre las personas por esta causa, particularmente sospechosa de tratarse de una razón discriminatoria (art. 14 CE), si la diferenciación, como es el caso en los dos supuestos analizados, no está justificada.

En la STC 200/2001<sup>11</sup> el Tribunal entiende que la norma impugnada resultaba discriminatoria, por establecer un requisito temporal para el acceso a la pensión de orfandad distinto en el supuesto de los hijos adoptivos y de los hijos biológicos, en perjuicio de los primeros. Por lo que hace a la STC 171/2012<sup>12</sup>, resuelve una cuestión planteada contra un precepto de Derecho Civil de Galicia que establecía diferencias en el derecho a recibir alimentos entre varios hijos menores de un mismo progenitor, una vez fallecido este. Aquí el Tribunal acude al art. 39 CE para valorar si la medida cuestionada responde a una justificación objetiva o razonable, al establecer la diferenciación que se impugna, y concluye que tal justificación no existe si se tiene en cuenta el mandato de que los progenitores atiendan a las necesidades de los hijos o descendientes, un mandato que no distingue entre los distintos hermanos. Esta argumentación no formula una alusión expansiva ni generosa del art. 39 CE, ni reenvía a la jurisprudencia internacional, pero es lo más cercano, en cuestiones de inconstitucionalidad, a lo que el Tribunal suele hacer en amparo cuando exige una motivación reforzada de las resoluciones jurisdiccionales que tienen que ver con los menores, conectando de este modo los arts. 24.1 CE y 39.4 CE, en aras a garantizar la observancia del interés superior del menor, en la adopción de decisiones que les afecten.

iii) El mayor número de pronunciamientos de este grupo se congregan en torno al estatuto de los menores infractores, pudiendo citarse los AATC 194/2001, de 4 de julio, 275/2005, de 22 de junio, 31 y 33/2009, de 27 de enero; y las SSTC 100/2006, de 30 de marzo, 146/2012, de 5 de julio, y 160/2012, de 20 de septiembre<sup>13</sup>.

11 Esta es la única de toda la serie analizada que responde a una autocuestión de inconstitucionalidad, elevada por la Sala Primera respecto del art. 41.2 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

12 La sentencia estima parcialmente la cuestión planteada respecto del art. 123.3 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, que regulaba el usufructo voluntario de viudedad limitando el eventual derecho a percibir alimentos con cargo al usufructo exclusivamente a los hijos o descendientes del causante que tuvieran la condición de comunes con el usufructuario.

13 De los anteriores pronunciamientos el ATC 275/2005 y la STC 100/2006 inadmiten las cuestiones planteadas por la concurrencia de óbice procesales formales, por lo que no entran a valorar las dudas de inconstitucionalidad ni, por tanto, resultan relevantes para la configuración de los derechos de los menores infractores.

La STC 146/2012, desestima una cuestión planteada frente a los arts. 26.2 y 31 LORRPM, por su eventual contradicción con el art. 24.2 CE, al no declarar obligatorio un trámite de audiencia al menor expedientado, durante la instrucción y con carácter previo a la apertura de la fase de audiencia. El Tribunal analiza si el derecho a ser oído por el instructor antes de que finalice la investigación, que se aplica al proceso penal de adultos, ha de trasladarse al proceso de menores o puede ser modulado en función de otros intereses que resulten dignos de consideración. Finalmente concluye que cabe la modulación –existiendo otra serie de garantías que se detallan en la sentencia- para garantizar la reducción de trámites procesales, evitando evitar la estigmatización y los efectos desfavorables que la propia substanciación del proceso o su excesiva duración pueda ocasionar al menor (FJ 8).

Por su parte la STC 160/2012<sup>14</sup>, desestima la cuestión planteada frente al apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta LORRPM que supedita la suspensión de las medidas limitativas de libertad al cumplimiento de la mitad de su duración cuando se hayan impuesto a infractores mayores de dieciséis años por delitos particularmente graves. El órgano judicial entendía que esa limitación temporal podía resultar contraria a las previsiones del art. 25.2 CE, fundamentalmente a la función resocializadora de la pena, particularmente importante en el caso de los menores infractores. El Tribunal, si bien reconoce que el cometido de resocialización de las medidas contenidas en la LORRPM prevalece sobre otras finalidades de dichas medidas, no asume que ello suponga legitimarlas exclusivamente en atención a tal finalidad (FJ 5), siendo razonable la previsión cuestionada si se tienen en cuenta esas otras finalidades constitucionalmente legítimas, como la prevención general, que también se asocian a las medidas de seguridad que prevé el sistema de responsabilidad penal de los menores.

Los autos 31 y 33/2009, inadmiten por ser notoriamente infundadas dos cuestiones idénticas referidas al art. 50.2 LORRPM, regulatorio de la sustitución de medidas. En ambos supuestos el órgano judicial que aseguraba la ejecución de una medida de menores (un año de libertad vigilada) acordó sustituirla por el internamiento en régimen semi-abierto durante el tiempo restante hasta el cumplimiento de la medida. Esa posibilidad planteó al órgano a quo la duda sobre la eventual vulneración del art. 24 CE, por permitir el reemplazo de una medida por otra más severa. Los autos concluyen que no existe la lesión del derecho a la tutela judicial porque la sustitución es una facultad del Juez supeditada al cumplimiento de un requisito sustantivo (que haya mediado el previo incumplimiento de la medida acordada en Sentencia) y con amplias garantías (la propuesta del Ministerio Fiscal y previa audiencia del abogado, del representante legal del menor y del equipo técnico).

Y, por último, el ATC 194/2001 desestima una cuestión relativa al régimen previsto en el CP y aplicable en el tránsito de la mayoría de edad penal de los 16 a los 18 años, recordando que ya el ATC 286/1991, de 1 de octubre, dio por buena una mayoría de edad penal inferior a la mayoría de edad

<sup>14</sup> Esta sentencia contiene dos votos particulares, uno concurrente del Magistrado Aragón Reyes, y otro discrepante de la Magistrada Asúa Batarrita, que se detiene en particular en “las singulares diferencias que comporta el sistema de justicia penal de los menores respecto al general derecho penal de los adultos”. La Magistrada defiende que “la norma cuestionada impide de forma absoluta la ponderación de las circunstancias personales de los menores de edad, con radical preterición, durante un período de tiempo significativo, de la finalidad resocializadora del art. 25.2 CE y de los derechos del menor concernidos ex art. 39.4 CE, frente a otros fines preventivo-generales y especiales de la pena”.

constitucional del art. 12 CE. El interés del razonamiento radica en que el Tribunal acude a la CDN para interpretar el alcance del art. 12 CE, y desde una interpretación sistemática del Convenio, que relaciona sus arts. 1 y 41, concluye que « existe un concepto legal de niño a efectos generales y otros a efectos especiales; uno de estos efectos especiales es potestivamente el penal ».

## **B. Los derechos de los adultos que repercuten en los derechos de los menores a su cargo**

En el segundo grupo se incluyen todas aquellas sentencias en que la duda de inconstitucionalidad tiene que ver con el pleno ejercicio de derechos de personas adultas, que tienen un impacto directo en los derechos de los menores que de ellas dependen. También aquí cabe una subclasificación asociada a la temática de los pronunciamientos que se reitera en varios de los supuestos analizados:

i) Sentencias relativas a la determinación de la filiación: En estos supuestos, el Tribunal se pronuncia sobre las dudas de constitucionalidad que surgen al aplicar determinadas normas sobre determinación de la filiación. En todos los casos, los actuantes son progenitores varones que desean sea impugnada la paternidad biológica, sea instar a su reconocimiento, y ninguno de ellos invocó los derechos de sus hijos, sino los suyos propios. No obstante, resulta evidente que el reconocimiento de un vínculo paterno filial afecta tanto al progenitor como al descendiente al que se refiere el vínculo.

En estos casos encontramos un supuesto en que el hijo o la hija ya no era menor de edad cuando se inició el procedimiento a quo, es el caso de la STC 156/2005, de 9 de junio<sup>15</sup>, pero en la mayoría de los supuestos los descendientes eran aún menores en aquel momento – SSTC 138/2005, de 26 de mayo, 273/2005, de 27 de octubre, 52/2006, de 30 de marzo, 41/2017, de 24 de noviembre y ATC 35/2013, de 12 de febrero-.

En el caso de las SSTC 138 y 156/2005, se estima la cuestión planteada, surgida en el marco de procedimientos de impugnación de la paternidad matrimonial, en los que podía oponerse la caducidad de la acción de impugnación porque se habían iniciado una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación (art. 136 CC). El Tribunal, si bien reconoce que el establecimiento de un plazo de caducidad para la impugnación de la paternidad matrimonial va destinado a proteger la seguridad jurídica, la estabilidad del estado civil de las personas y el interés de los hijos, particularmente los menores, termina por declarar la inconstitucionalidad del art. 136 CC al entender que la previsión cercena el acceso a la jurisdicción del padre sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) guarde proporcionalidad con la finalidad de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial.

<sup>15</sup> Se cuestiona el párrafo primero del art. 136 del Código civil, en la redacción de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y se estima la misma remitiéndose a la STC 138/2005.

También estiman las SSTC 273/2005 (con votos particulares) y 52/2006, las cuestiones plateada frente al párrafo primero del art. 133 del Código Civil, dando preferencia de nuevo al interés del progenitor que solicita, en este supuesto, la declaración de filiación extramatrimonial sin posesión de estado. La disposición impugnada preveía la posibilidad de que fuera el hijo quien incoase la declaración de filiación extramatrimonial, pero no el progenitor, y el Tribunal entiende que la norma cuestionada impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado, limitando tal previsión su derecho al acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), pero no la obligación de protección de la familia que se deriva del art. 39.1 CE. En su razonamiento, el Tribunal Constitucional reconoce que el legislador ha primado el interés del hijo, « dotándolo de los instrumentos necesarios para el establecimiento de la verdad biológica que hagan efectivo el mandato del constituyente de impedir la existencia de discriminaciones por razón de nacimiento y que permitan obtener el cumplimiento por parte de los padres de sus deberes respecto de los hijos menores, en especial, el de prestarles la asistencia precisa durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (art. 39.3 CE) » », pero afirma que tal ponderación ignora completamente el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. En un caso igual, pero sujeto al derecho civil navarro, el Tribunal aplica el mismo razonamiento para declarar inconstitucional, en la STC 41/2017<sup>16</sup>, la Ley 71 de la compilación de Derecho civil foral de Navarra, en la redacción dada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril.

ii) Sentencias relativas a las responsabilidades parentales y los derechos derivados de su ejercicio : Estas resoluciones se agrupan, a su vez, en torno a dos ejes.

De un lado se identifican las sentencias y autos que analizan cuestiones relacionadas con las relaciones familiares en caso de ruptura de la relación de pareja, analizando cuestiones relacionadas con la custodia, el régimen de visitas o el abono de alimentos.

Se identifican aquí las SSTC 185/2012, de 17 de octubre, 77/2018, de 5 de julio y el ATC 301/2014, de 16 de diciembre. La STC 185/2012 se refiere colateralmente al interés del menor, pero no gira en absoluto en torno al aseguramiento de ese interés, sino que se convierte en una resolución que dirime un conflicto de atribuciones entre Ministerio Fiscal y titular del órgano judicial en la adopción de decisiones sobre custodia compartida en el marco de procesos tendentes a resolver crisis matrimoniales. La Audiencia Provincial que eleva la cuestión entiende que el art. 92.8 CC puede ser contrario a los arts. 24, 39 y 117.3 CE, cuando prevé que el Juez solo podrá acordar la guarda y custodia compartida cuando uno de los dos progenitores no la pida, si cuenta con un informe favorable del Ministerio Fiscal que le permita fundamentar su decisión en la preservación del interés del menor. El TC concluye declarando la inconstitucionalidad del precepto, porque entiende que el mismo atribuye al Ministerio Fiscal una facultad de veto respecto de la decisión discrepante del órgano judicial, que limita injustificadamente la potestad jurisdiccional.

<sup>16</sup> El ATC 35/2013, de 12 de febrero inadmite por razones procesales una cuestión idéntica a la resuelta por la STC 41/2017.

La STC 77/2018 inadmite una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 11 (apartados 3º, 4º y 5º) de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Este precepto prevé que el órgano judicial que debe pronunciarse sobre los derechos de los progenitores sobre los menores, pueda negar la guarda y custodia de los hijos e hijas, o un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género. La cuestión no plantea motivos de inconstitucionalidad material, sino que se limita a considerar que podría haber existido un exceso competencial en la norma autonómica, vulnerando la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil ex artículo 149.1.8 CE. El Tribunal inadmite la cuestión por insuficiencia del juicio de relevancia realizado por el órgano cuestionante, porque del conjunto de la regulación vasca se desprende que la prevalencia del interés del menor y la discrecional actuación del Juez a favor de la protección de los hijos, son principios nucleares de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, que en esta dimensión guarda, por lo demás, coherencia con la jurisprudencia constitucional (FJ 2 b).

Por tanto, ninguna de las dos sentencias hace alusión alguna al interés o posición de los menores en el marco de las cuestiones planteadas. Si se refiere, en cambio, al interés superior del menor el ATC 301/2014 (con voto particular de Xiol Rios), que inadmite la cuestión planteada por ser notoriamente infundada, basando su juicio en que la previsión que se impugna no vulnera el art. 39.3 CE, porque se limita a impedir la reclamación retroactiva de alimentos por parte de uno de los dos progenitores al otro, sin privar al menor de una asistencia que ya fue prestada.

De otro lado, se incluyen las referencias a una serie de sentencias relacionadas con la pena de alejamiento obligatorio (de la mujer y su mal tratador, pero eventualmente también de los hijos comunes) en los casos de violencia de género, por cuanto se alega la vulneración del derecho a la intimidad familiar vinculado al art. 18 CE (en su vertiente de llevar una vida familiar). Esta serie está compuesta por las SSTC 60/2010, de 7 de octubre, 79 y 80/2010, de 26 de octubre, 81 a 86/2010, de 3 de noviembre, y 115 a 119/2010 de 24 de noviembre. Todas ellas referidas a la misma disposición normativa: el artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. En relación con el argumento relativo a la privación del contacto con los hijos, que es el único de los esgrimidos como causa de inconstitucionalidad que interesa a nuestros efectos, el Tribunal afirma que la pena de alejamiento no incide en el contenido del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), porque no se atribuye a este precepto el contenido que prevé el art. 8.1 CEDH de desarrollar una vida familiar.

iii) Sentencias relativas a los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar y a los derechos de cuidado: Todas las sentencias de este bloque temático se refieren a cuestiones relacionadas con la igualdad entre hombres y mujeres y el disfrute de los derechos de conciliación, pero lo cierto es que el ejercicio de esos derechos supone la asunción de unas obligaciones de cuidado que se traducen en el adecuado derecho de los menores a desarrollar su vida familiar, y a ser atendidos tanto por sus padres como por sus madres. Por esa razón se incluyen en esta selección las sentencias 75/2011, de

19 de mayo, 152/2011, de 20 de septiembre, 181/2012, de 15 de octubre, 191/2012, de 20 de octubre; y lo autos 30/2009, de 27 de enero y 14/2016, de 19 de enero.

Las SSTC 75/2011<sup>17</sup> y 152/2011<sup>18</sup> resuelven ambas, en sentido desestimatorio, la misma duda de constitucionalidad, si bien se refieren a disposiciones normativas distintas. La duda surgía respecto de la imposibilidad de ceder el permiso de maternidad al padre del menor, cuando la madre biológica no era beneficiaria del derecho por no ser asalariada. En ambos supuestos el Tribunal, ignorando el principio de protección social de la familia, y la posición del menor como beneficiario del cuidado dispensado por los progenitores a una muy temprana edad, constata que la finalidad del permiso de maternidad es la protección de la salud de la madre, y por tanto se trata de un beneficio intrínsecamente asociado a la madre biológica que resulta intransferible. Una ratio decidendi similar inspira la inadmisión a trámite de la cuestión que se resuelve en el ATC 14/2016<sup>19</sup>, en el marco de un supuesto en que un padre solicitaba el disfrute del permiso por lactancia.

Tampoco se tiene en cuenta el interés superior del menor, cuando la STC 181/2012 declara la constitucionalidad del artículo 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas de Cataluña. En este caso el razonamiento que conduce a la declaración de constitucionalidad tiene base competencial: se constata que la norma autonómica prevé el permiso parental hasta los 6 años y la norma estatal hasta 12 años, pero se verifica asimismo que la norma estatal no es norma básica sino supletoria. Exactamente en el mismo sentido, al resolver una cuestión idéntica, se pronuncia la STC 191/2012.

El ATC 30/2009 no merece una mejor valoración respecto del interés de los menores. En este caso se desestima la cuestión planteada frente al artículo 211.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, sobre el cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones por los periodos trabajados a jornada reducida. Se trataba de valorar si un modelo de cálculo de la base reguladora que no tuviera en cuenta una reducción de jornada por cuidado de hijos, era lesivo del principio de protección social de la familia. Con cuatro votos particulares en contra, el Tribunal inadmitió la cuestión por ser notoriamente infundada, centrándose en el argumento de si la regla impugnada suponía o no discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras que son, y así lo reconoce el Tribunal, las que mayoritariamente se acogen al derecho a la reducción de jornada.

iv) Sentencias relativas al acceso de los padres a elegir el centro educativo para sus hijos, que se vincula, si bien se trata de derechos diferentes, al de los menores a acceder a la educación : En este bloque puede citarse la serie que cuestiona la supresión de la financiación, por la Comunidad Autónoma de Andalucía, para los centros educativos concertados de educación segregada. Esta serie se compone de 13 sentencias, cuya cabecera es la STC 234/2015, de 5 de noviembre y a la que siguen

17 Desestima la duda de constitucionalidad planteada respecto del artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, en la redacción dada por el artículo 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

18 Resuelve la duda respecto del artículo 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia.

19 En este caso se cuestiona el artículo 48 f) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público.

las SSTC 246 a 258/2015, de 30 de noviembre, que desestiman las cuestiones planteadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en relación con la denegación de conciertos educativos (ayuda económica a escuelas privadas) a centros que segregaban a los niños por razón de sexo. El argumento central de las sentencias del Tribunal Constitucional no aborda la cuestión de fondo, esto es el tipo de educación constitucionalmente admisible, sino exclusivamente la cuestión de los límites materiales de las leyes de presupuestos, tipo normativo en que se había incluido la supresión de la financiación a los centros segregados.

Descartando las anteriores por su escaso interés, la STC 271/2015, de 17 de diciembre<sup>20</sup>, relativa al acceso a los centros docentes de los menores integrantes de familias numerosas, plantea un problema curioso, como es el del cómputo del nasciturus como hijo, a los efectos de tener la consideración de familia numerosa y beneficiar de ese estatuto para solicitar plaza en los centros públicos de educación. El Tribunal se centra, de nuevo, en el problema competencial, y reconoce la facultad de la Comunidad Autónoma para dictar la regulación controvertida en el marco de sus competencias para dar protección social, económica y jurídica a la familia (art. 39.1 CE). Pero, de nuevo, obvia que la medida favorece al menor que está por nacer o a sus hermanos, que son los que tendrán acceso al sistema educativo, e imputa el beneficio a su madre: « la Comunidad Valenciana tiene cobertura competencial para adoptar medidas de apoyo a la mujer en general, y a las mujeres embarazadas en particular, en cuanto colectivo que merece una especial protección, así como por extensión a las familias en que se integran ».

### **III. Algunas conclusiones sobre la garantía de los derechos de los menores a través de la cuestión de inconstitucionalidad**

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en que se resuelven cuestiones sobre derechos de los menores de edad, muestra como la mayoría de los recursos son planteados o bien por legitimados institucionales, o bien por quienes tienen la tutela de los menores que, instando la defensa de los intereses de los niños, niñas y adolescentes, no dejan de solicitar también la garantía de sus propios intereses que, en mayor o menor medida, son coincidentes. Pocos asuntos proceden de menores que defienden intereses autónomos respecto de sus progenitores, tutores o guardadores. Por tanto, cuando hablamos del acceso de los niños, niñas y adolescentes a la jurisdicción constitucional, no podemos perder de vista los siguientes elementos que condicionan el análisis:

1. El alto nivel de mediatización de dicho acceso. Los asuntos llegan a la jurisdicción (también la constitucional) en la medida en que existan terceros interesados en que lleguen, y que acompañen al menor en el procedimiento. Las aproximaciones del Tribunal Constitucional a estos titulares de derechos por la vía del control abstracto de constitucionalidad de las normas, son poco frecuentes.

<sup>20</sup> Se cuestiona en este caso el Decreto de la Generalitat Valenciana 42/2013, de 22 de marzo, de modificación del Decreto 33/2007, de 30 de marzo, por el que se regula el acceso a los centros docentes públicos y privados concertados que imparten enseñanzas en régimen general ("DOCV" de 26 de marzo de 2013), solicitando la declaración de nulidad de los arts. 16.2 y 28 de la citada disposición, por posible vulneración de lo dispuesto en el art. 84.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (en adelante LOE), que tiene carácter de legislación básica estatal.

Cuando « los temas de menores » son tratados por la jurisdicción constitucional a instancias de los legitimados institucionales suele concurrir, además alguna circunstancia adicional, como que el menor sea menor infractor, o menor extranjero, o menor con capacidades diversas. Lo más habitual es, por tanto, que los menores y los temas de menores accedan a la jurisdicción constitucional de la mano de quienes representan sus intereses, en general los progenitores, que buscan una respuesta del Tribunal que de satisfacción también a los intereses del adulto. La perspectiva predominante es, por tanto, adulto-céntrica y se sustenta en la protección del menor a través de mecanismos mediatos de garantía que no terminan de identificar claramente al niño, la niña o el adolescente como titular pleno de los derechos fundamentales, a pesar del reconocimiento expreso que, en ese sentido, ha realizado la jurisprudencia constitucional. Si bien encontramos excepciones recientes a esta lógica (SSTC 99/2019 y 64/2019), pero la tónica predominante es todavía la descrita y es difícil formular una previsión sobre la proyección de estos dos últimos pronunciamientos.

2. Existen muchas dificultades para que los menores puedan defender el ejercicio de sus derechos cuando estos entran en oposición con los intereses o incluso los derechos de quienes sobre ellos tienen autoridad parental o administrativa. Pese a las cautelas normativas que existen, la práctica demuestra que el defensor judicial es un elemento exótico en la jurisdicción constitucional y, si aparece, será en el marco de un recurso de amparo (véanse las SSTC 183 y 184/2008, de 22 de diciembre). En cambio, no se ha identificado supuesto alguno en que una cuestión de inconstitucionalidad haya hecho posible la intervención de un menor de forma autónoma a través de un defensor judicial. No ha habido ninguna ocasión en que el Tribunal se haya planteado la existencia de un conflicto de intereses, que justificara el nombramiento de un defensor judicial del menor en el trámite de audiencia (escrita) del procedimiento *ad quem*, ante el propio Tribunal Constitucional.
3. Al hilo de esta última observación es preciso recordar que todos los procedimientos ante el Tribunal Constitucional son escritos y la legislación procesal no prevé la posibilidad de incluir un trámite de audiencia oral y sin intermediación al menor, en los asuntos en que estén en juego sus intereses. Mientras que en los procedimientos de instancia la audiencia al menor, para respetar su derecho a ser oído y escuchado, es una garantía básica del proceso (art. 9 LOPJM), y la jurisprudencia constitucional la vincula a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE (SSTC 22/2008, 221/2002, 71/2004 y 152/2005, de 2 de junio), en los procedimientos constitucionales no se observa esta cautela. De hecho, la única previsión para asegurar la defensa de los derechos procesales del menor en el curso de los procedimientos constitucionales tiene que ver con la « anonimización » de oficio de las sentencias, de modo tal que cuando una resolución del Tribunal se publica en el Boletín Oficial del Estado, esta publicación se realizará sin incluir el nombre y los apellidos completos del menor para respetar la intimidad de aquél (STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 1)<sup>21</sup>.
4. El Tribunal hace un reconocimiento expreso de que, en caso de existencia de conflicto entre los derechos y libertades de los menores y de quienes sobre ellos ostentan autoridad parental, es preciso resolver el conflicto formulando una ponderación que tenga siempre presente el

21 Se da así cumplimiento expreso al art. 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores [Reglas de Beijing], incluidas en la Resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985

« interés superior » de los menores de edad (FJ 5, STC 141/2000, de 29 de mayo). Ello supone que, en algunos casos, el interés de los padres puede ceder frente a la protección del interés de los hijos y que, en todo caso, ha de ser tenido en cuenta a la hora de tomar una decisión (SSTC 176/2008, de 22 de diciembre, 154/2002, de 18 de julio, 124/2002, de 20 de mayo, y 141/2000, de 29 de mayo, todas ellas resolutorias de recursos de amparo).

En realidad, el Tribunal no hace sino aplicar a su propio método interpretativo la exigencia que aplica a los órganos judiciales. Son muchos los pronunciamientos, siempre en el marco de recursos de amparo, en que se exige a los órganos judiciales de instancia que integren en la motivación la valoración sobre la garantía de preservación del interés superior del menor, o la ausencia de riesgo para esos mismos intereses (SSTC 22/2008, de 31 de enero, 71/2004, de 19 de abril, y 141/2000, de 29 de mayo, en sus respectivos recursos de amparo). La ausencia de este elemento valorativo vicia a la motivación de insuficiencia, lo que lleva asociada la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas afectadas por la resolución (art. 24.1 CE) que serán los menores, obviamente, pero también pueden ser terceros con ellos relacionados, como uno de sus progenitores en el marco de un proceso de separación o divorcio, por ejemplo (SSTC 16/2016, de 1 de febrero, 22/2008, de 31 de enero y 141/2000, de 29 de mayo).

Pero este planteamiento hermenéutico se ha aplicado en muy pocas ocasiones, porque no llegan a conocimiento del Tribunal conflictos entre mayores y menores a su cargo basados en el ejercicio, por cada uno de ellos, de sus propios e irreconciliables derechos fundamentales. Seguramente esos conflictos existen o se pueden identificar, pero lo cierto es que no llegan a conocimiento de la jurisdicción constitucional salvo que pongan de manifiesto también un conflicto entre adultos, en aquellos casos en que los intereses de uno de esos adultos coinciden con los del menor.

En suma, la jurisprudencia constitucional en materia de protección de los derechos de la infancia, tiene un sesgo adulto-céntrico, que apenas se matiza en las SSTC 99/2019 y 64/2019. Un sesgo que, sin embargo, suele ser identificado en las resoluciones de instancia por el propio Tribunal, cuando revisa las decisiones adoptadas por los órganos judiciales y que llegan a su conocimiento por vía del recurso de amparo. Lo que es más complicado, es identificar ese mismo sesgo, que obviamente también está presente, en las normas con rango de ley. La jurisprudencia Constitucional no lo hace. Y la causa no es sólo que lleguen pocas cuestiones de inconstitucionalidad sobre temas de menores. La razón es que cuando esas cuestiones se plantean, la perspectiva, es decir la fundamentación de la cuestión, suele obviar, en la mayoría de los casos, la perspectiva de infancia. Del mismo tiempo que la perspectiva de género, por ejemplo, se ha ido normalizando como criterio de interpretación evolutiva de las disposiciones del ordenamiento jurídico, habría que empezar a plantearse la no menos compleja introducción de la perspectiva de infancia en esa misma labor hermenéutica.