

CAPÍTULO OCTAVO

UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO*

Soledad TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La difícil identificación del interés superior del niño*. III. *Límites del interés superior del niño*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo encuentra su origen en mi participación en la “Jornada hispano-mexicana sobre filiación, responsabilidad parental e interés superior del menor”, celebrada en el marco del proyecto de investigación “La evolución de las instituciones jurídicas de protección de menores”,¹ el 25 de mayo de 2019, en la que debido a un problema de fuerza mayor tuve que asistir por videoconferencia. No quiero dejar de agradecer a Ricardo Méndez Silva su amable presentación —quien fue mi mentor las últimas veces que estuve en México, y que mucho me ayudó en la investigación que desarrollé en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM durante mi estancia de 2013—.

Debo comenzar afirmando que soy una firme defensora del interés superior del niño (en adelante, ISN), aunque, como indicaré más adelante, considero que debemos realizar una aproximación crítica a un principio/derecho al que hasta ahora nos hemos acercado desde un cierto “buenis-

* Una versión preliminar y reducida de este trabajo, titulada “El interés superior del niño y sus límites”, se ha enviado para la consideración de su publicación en la *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”*, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Financiado por: Mineco-Feder; convocatoria: 2015; referencia: DER2015-69261-R; investigadora principal: Susana Quicios Molina.

mo”. Se trata de un concepto jurídico cuyo germen se ubica en la Sentencia Blissets, 1774.² Dos siglos más tarde, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño (en adelante, la Convención), supuso un gran avance al incorporar el ISN para la concepción, interpretación y aplicación de cuantas medidas pudieran afectarles.³ Ciertamente es que la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (resolución 1386-XIV de la Asamblea General de Naciones Unidas), contenía el ISN en los principios segundo y séptimo en relación a la actividad legislativa estatal y acerca de los responsables de su “educación y orientación”, respectivamente. Sin embargo, el texto que consolidó internacionalmente, y provocó la expansión material del ISN hasta alcanzar a todos los derechos del niño,⁴ fue la Convención⁵ que expresamente se refiere a él en siete ocasiones, siendo la principal el artículo 3.1, al proclamar que todas las medidas que puedan afectar 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”. De esta redacción derivan tres tipos de obligaciones para los Estados parte en la Convención (en mayo de 2019 son 196), de acuerdo con lo establecido en la Observación General Número 14, del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en

² Sentencia que puede verse en 98, Eng. Rep. 899 (K.B. 1774) (Mansfield, C. J.), y un análisis de la misma entre otros en: Laing Klaff, R., “The Tender Years Doctrine: A Defense”, *California Law Review*, vol. 70, núm. 2, 1988, pp. 335 y ss.

³ Los niños eran titulares de los derechos humanos, en tanto que personas, salvo de aquellos que, como los derechos políticos, se encuentran reservados para los adultos, aunque su interés superior no se reflejaba claramente en las normas vigentes hasta ese momento. La Declaración Universal de los Derechos Humanos sólo se refiere expresamente a los niños, cuando alude al especial cuidado y asistencia debidos a la maternidad y la infancia (artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), antes de ella la Declaración de Ginebra de 1924 no incorporaba derechos de los niños sino deberes respecto de ellos.

⁴ Lora, Laura N., “Discurso jurídico sobre el interés superior del niño”, *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales. X Jornadas de Investigación y Becarios*, Mar del Plata, Ediciones Suarez, 2006, pp. 479 y ss.

⁵ Hay otros textos internacionales que tienen por objeto la protección de la infancia, como las Reglas de Beijing (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, que pueden consultarse en <https://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm>), o las Directrices de Riad (Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, disponibles en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/PreventionOfJuvenileDelinquency.aspx>), pero a diferencia de la Convención, estos textos carecen de efectos jurídicamente vinculantes para los Estados. También contamos con otros textos de naturaleza convencional que, con carácter sectorial, incorporaban este principio, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer, cuyo artículo 16.1.d) establece que “los intereses de los hijos serán una consideración primordial”.

adelante, el Comité), sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial (parágrafo 14):

- a) Garantizar que el ISN se integra de manera adecuada y se aplica sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas;
- b) Velar por que todas las decisiones, las políticas y la legislación relacionadas con los niños han de tener como fundamento su interés superior, de modo que habrán de motivarse conforme a él; y,
- c) Velar para que en todos los casos en los que las decisiones potencialmente afecten a un niño (sea directa o indirectamente) se adoptarán teniendo como consideración primordial el interés superior de éste. Además, ese interés no sólo ha de orientar las decisiones a adoptar, sino también implica que todas ellas han de estar fundamentadas en el interés del niño y motivarse desde esta perspectiva.

El resto de las menciones contenidas en la Convención son concreciones de la formulación del artículo indicado (3.1) en aspectos específicos (artículos 9.1, 9.3, 18.1, 21 o 37). Además, de la redacción del artículo 3 de la Convención se desprende la necesaria ponderación, o lo que es lo mismo, que “el interés del menor entra en un término comparativo/ponderativo con los intereses de otros sujetos implicados en el litigio de que se trate”,⁶ que produce como resultado la prevalencia o la consideración del interés del niño como superior a otros que pudieran estar en juego. Así lo proclama la legislación española desde el verano de 2015, al expresar el artículo 2.4, que “En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el ISN sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.⁷

En consecuencia, se amplía exponencialmente el ámbito de aplicación del ISN que, en palabras de Liborio Hierro, “se convierte ahora en un principio que inspira el reconocimiento jurídico de los derechos de los niños y

⁶ Beloso, N., “La concreción del interés superior del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la idoneidad? de la mediación familiar”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. X, 2017, pp. 1 y ss. El texto transcrito se encuentra en la página 17.

⁷ Se trata de la modificación producida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, publicada en *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175, 23 de julio de 2015; en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha producido el texto actualmente vigente de este último texto.

los dota de una especial jerarquía en caso de conflicto con otros derechos”.⁸ Por otra parte, su incorporación en los ordenamientos nacionales deriva de la Convención, motivo por el cual el Comité, en sus observaciones finales a los informes a los Estados directa o indirectamente, evidencia su preocupación en este punto.⁹

El ISN es un principio y un derecho subjetivo, impuesto por la Convención, que ha sido acogido y desarrollado en ambos lados del Atlántico por sus respectivos sistemas regionales de protección de derechos humanos. En la Unión Europea (UE), la incorporación del ISN en los ordenamientos estatales se reitera en la Carta de Derechos Fundamentales, cuyo artículo 24.2 se expresa en términos muy similares a los de la Convención.¹⁰ En cuanto al Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) desprende su presencia de la redacción del artículo 19 de la Convención americana (“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”). Formulación de la que la Corte IDH ha entendido que el ISN se traduce en la protección especial reforzada que todos los derechos deben tener cuando se refieren a niños y niñas.¹¹ En el caso de Mé-

⁸ Hierro Sánchez-Pescador, L., “Los derechos del niño en el sistema universal de los derechos humanos”, en varios autores, *Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos prácticos*, Madrid, Unicef-AECID, 2015, p. 24.

⁹ En el caso de México, véanse las Observaciones finales sobre los informes presentados por México en virtud del artículo 44 de la Convención, de 8 de junio de 2006 (Doc. CRC/C/MEX/CO/3), especialmente apartados 25 y 26, donde se afirma la preocupación del Comité por el hecho de que “en la legislación y las políticas nacionales no se preste la debida atención al principio del interés superior del niño y que la población tenga escasa conciencia de la importancia de ese principio”. En relación con España, véanse las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, de 5 de marzo de 2018 (Doc. CRC/C/ESP/CO/5-6), parágrafo 16, en el que se establece la preocupación por la aplicación desigual del derecho al ISN en las comunidades autónomas.

¹⁰ El artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales establece “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial” (lo mismo que dice, por otra parte, la Constitución mexicana). Por su parte, en el apartado precedente, el artículo 24.1 indica: “Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez”.

¹¹ Así, en el caso de la *Masacre de las dos erres vs. Guatemala*, parágrafo 184 (sentencia de 24 de noviembre de 2009, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf), o en el caso de las niñas *Yean y Bosico contra República Dominicana*, parágrafo 134 (disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf), o en la Opinión Consultiva OC 17/02 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, p. 41 (disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf).

xico, “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” ha sido reconocido constitucionalmente (artículo 40).¹²

Sin embargo, la expresión del ISN provoca algunos problemas que la Observación General Número 14 del Comité no consiguió despejar, como la triple naturaleza de la que se le dota, la multiplicidad de sus titulares, la indeterminación del concepto, su identificación, así como la posible existencia de límites. En relación al primero de ellos, la Observación afirmó que nos encontramos ante un derecho sustantivo de los menores de edad, “un principio jurídico interpretativo fundamental”, y “una norma de procedimiento” (parágrafo 6), además de ser el fundamento de la propia Convención. Todo esto, unido a que se trata de un concepto jurídicamente indeterminado (lo que deriva de su “volatilidad”, en palabras de S. Rodríguez Jiménez¹³ —al que hay que dotar de contenido, ponderando las circunstancias concretas del caso en presencia—) y dinámico, adaptable a la solución a las necesidades actuales del niño, por lo que han de ser medidas revisables o reajustables a la modificación de las necesidades, pero manteniendo la necesaria estabilidad que requiere el menor.

El segundo de los problemas se encuentra en la identificación de ese interés, aspecto en el que me voy a centrar en este trabajo, en un primer momento, para pasar posteriormente a la cuestión de su alcance, con el propósito de identificar si es un concepto absoluto o no, y en este último caso, cuáles son sus límites.

II. LA DIFÍCIL IDENTIFICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Con todos los problemas que pueda tener la identificación del ISN, no podemos cometer errores al determinarlo. Sabido es que las experiencias vividas durante la niñez determinan no sólo la personalidad sino también las capacidades de la persona para el futuro.¹⁴ Según la Corte IDH, el ISN debe

¹² Pese a esto, el Comité “expresa preocupación por la información según la cual en la práctica no se ha respetado sistemáticamente este derecho”. Véase parágrafo 17 de las Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México, de 3 de julio de 2015, CRC/C/MEX/CO/4-5.

¹³ González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, 2011, pp. 22 y ss., así como en Rodríguez Jiménez, S., “El principio del interés superior del menor”, *Letras Jurídicas*, núm. 16, primavera de 2013, p. 5.

¹⁴ Recordemos en este punto la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de marzo de 2007, *Thiermann y otros c. Noruega* (núm. 18712/03), en el que los demandantes que habían pasado por un centro del proyecto Lebensborn percibían prestaciones

interpretarse como “la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”.¹⁵ En consecuencia, un error en su identificación puede afectar al disfrute del resto de derechos de los que es titular el menor afectado.¹⁶

Siendo evidente lo anterior, es imposible omitir los riesgos que derivan de la suma de la volatilidad del “ISN” y su prevalencia en la ponderación respecto de cualquier otro interés en presencia, lo que nos conduce a la necesidad de concretar o limitar este concepto, para evitar, como indica C. Madrigal, “que llegue o pueda llegar a no significar absolutamente nada”.¹⁷ Otro de los problemas que se suscitan, como indica A. Díez Ojeda deriva del hecho de que “se han cometido y aún se cometen algunos abusos invocando el INS”,¹⁸ riesgo que merece la pena correr a la vista de las consecuencias de no considerarlo adecuadamente.

En la identificación del ISN —en cada caso particular—, hemos de tener en cuenta —entre otras cuestiones— el relativismo de la concreción

por discapacidad psíquica, debido precisamente a las experiencias sufridas a lo largo de su infancia. Sobre esta cuestión, véase Torrecuadrada, S., “Los derechos humanos de los hijos de los soldados alemanes tras la Segunda Guerra Mundial. El caso de Noruega”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 35, 2019, pp. 181 y ss.

¹⁵ Es la Sentencia de 24 de noviembre de 2009, en el *asunto dos erres contra Guatemala*, párrafo 184.

¹⁶ En España, de entre los muchos casos que evidencian la relevancia de la correcta ponderación del ISN, indicaremos solo dos: el conocido como *caso del niño del Royo* y el *caso de Angela Rodríguez Carreño*. En el primero, se entrega un niño en acogimiento preadoptivo a sus padres biológicos, la madre con un trastorno bipolar y el padre una grave esquizofrenia (Informe Prodeni 2007). Desde entonces, la vida de este niño ha sido una sucesión de entradas y salidas a los centros de menores (disponible en <https://www.larazon.es/se-acuerda-del-nino-de-el-royo-su-odisea-continua-en-un-centro-de-menores-DD13546410>). El segundo versa sobre una pareja separada, con una hija asesinada por su padre, durante el régimen de visitas sin vigilancia, pese a las reiteradas solicitudes de la madre de protección a su hija (disponible en <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1878>). Del mismo modo que en el caso anterior, no se consideró adecuadamente el interés superior de la niña afectada, vulnerándose de igual modo su derecho a ser escuchada (*id.*, párrafos 3.8, 3.9 y 3.13, entre otros). Este caso motivó que el defensor del pueblo (Recomendación de 19/11/2014) hiciera suya la recomendación del CEDAW en este punto.

¹⁷ Madrigal Martínez-Pereda, C., “La CDN y el interés superior del niño. Derechos al libre desarrollo de la personalidad, la salud y la educación”, Seminario de Especialización en Menores. Responsabilidad Penal y Protección: Novedades Legislativas, 29-31 de marzo de 2017, p. 16.

¹⁸ Díez Ojeda, A., “El interés superior del niño a la luz de la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas”, en varios autores, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998*, Universidad Nacional de Cuyo, 1998, vol. 2, pp. 25 y ss.

del interés al supuesto concreto o la relevancia del derecho a ser escuchado, junto con el procedimiento a seguir para adoptar la decisión, aspectos a los que dedicaremos las páginas siguientes.

1. *El relativismo*

El relativismo deriva de la singularidad de la evaluación del ISN, que ha de tener en cuenta el contexto en el que se desarrolla cada niño, grupo de ellos o la categoría de niños en general; lo que puede conducirnos a aplicar soluciones distintas en función de las circunstancias particulares del sujeto afectado. Siempre hemos de justificar la adopción de la decisión en el ISN, aunque la naturaleza de concepto jurídico indeterminado produce un margen de apreciación susceptible de un riesgo real de subjetividad por el órgano decisor.

Acerca de la relevancia del contexto y los prejuicios derivados de algunas situaciones, contamos con el ejemplo del *caso Atala Riffó y niñas vs. Chile*, en el que la Corte IDH estableció que, en las circunstancias concretas del caso, no se había probado que la convivencia de las niñas con su madre y su nueva pareja (otra mujer) pudiera afectarles negativamente. Afirmación de la que no puede extraerse una enseñanza general, pues si los informes de los peritos evidenciaron esa afectación, la solución del juez, en aras al ISN, sería distinta.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)¹⁹ muestra soluciones diversas para dos casos objetivamente similares, en los que el padre biológico solicita ejercer el derecho de visita de su hijo cuyo padre legal es el esposo de la madre, lo que la legislación alemana vigente no permite. El hecho diferencial, identificado por el TEDH, es que en uno de ellos, el padre, es de origen africano, por lo que el ISN de los gemelos nacidos requería prevenir los posibles problemas que pudieran derivar del color de su piel, distinto al del resto de su familia y compañeros del colegio,²⁰ y la conveniencia de acceder a la solicitud pater-

¹⁹ El TEDH no se pronuncia sobre el ISN, porque no aparece en cuanto tal en el Convenio Europeo, y normalmente, cuando se ha hecho alusión a él, ha sido para reivindicar el derecho a una vida familiar (artículo 8). En este sentido, el TEDH sólo controla si los tribunales nacionales han hecho uso razonable de su margen de apreciación, y no vulneran los derechos reconocidos en el Convenio.

²⁰ Sentencia del TEDH, de 21 de diciembre de 2010, en el *asunto Anayo c. Alemania*, núm. 20578/07.

na. La ausencia del hecho diferencial, en el segundo caso, motiva la distinta solución,²¹ al no poder considerar el elemento determinante en el anterior.

El ISN es también el fundamento de la actividad legislativa, y en ocasiones, defienden soluciones opuestas. Así, en algunos códigos penales de Oriente Medio (Libia, Argelia, Palestina, Iraq, Siria o Baréin, por ejemplo) permiten eludir las penas de cárcel al violador o al secuestrador, si contraen matrimonio con su víctima.²² Cuando ésta es menor, la medida encuentra fundamento en el ISN, puesto que en las sociedades patriarcales, la violada se contempla como una “propiedad defectuosa” que con el matrimonio salva su honor y el de su familia, llegándose a afirmar que evita la prostitución. A pesar de esto, considero que el único interés que se protege con el mantenimiento de esta disposición (182 del Código Penal, en el caso de Kuwait) es el del agresor, quien evita la cárcel y dispone de la víctima en casa para su violación sucesiva y “legal”.

Además, el INS es un parámetro de interpretación de la norma aplicable. Así, el Tribunal de Justicia de la UE ha establecido que en un supuesto de tutela (concretamente, de *kafala*, véase *infra*), si bien el tutelado no es descendiente directo del tutor, y en consecuencia, no es miembro de su familia para los efectos de las normas de la UE, cuando los Estados miembros interpreten este concepto, para considerar el derecho de los familiares de un ciudadano de la UE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, tal debe interpretarse a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales (en concreto, artículos 7 y 24.2).²³ Es decir, al tener como parámetro interpretativo el ISN, si se demuestra que el tutor y el tutelado tienen una vida familiar efectiva, dependiendo el último del primero, debería verse alcanzado por los efectos de la norma.

2. *La relevancia del derecho a ser escuchado*

Un evidente instrumento para identificar el ISN es el derecho a ser escuchado (no simplemente oído), derecho autónomo del interés superior e instrumento de gran valor para la determinación de este último. De con-

²¹ Sentencia del TEDH, de 22 de marzo de 2012, en el *asunto Ahrens c. Alemania*, núm. 45071/09.

²² Véase, por ejemplo, las observaciones finales del Comité a Kuwait el Informe del Comité sobre el segundo informe periódico de Kuwait, aprobado en el 64o. periodo de sesiones, de 29 de octubre de 2013 (Doc. CRC/C/KWT/CO/), especialmente párrafos 47 y 48.

²³ Sentencia del TJUE, de 26 de marzo de 2019, asunto C-129/18, S. M. y Entry Clearance Officer, UK Visa Section.

formidad con el Tribunal Constitucional español, nos encontramos ante un “derecho indisponible de los menores, como norma de orden público”.²⁴ Sin embargo, la opinión del menor interesado no vincula jurídicamente a quien ha de adoptar la medida que le afecta, pudiéndose apartar de ella si considera que con una posición diferente de la voluntad del niño se alcanza mejor su ISN. En este sentido, se asume que “no sean fiables los criterios del menor en cuestiones de índole racional, pero pueden serlo mucho más en las cuestiones no racionales, emotivas, afectivas, espirituales o más importantes en su personalidad presente y futura”.²⁵

Según Rivero Hernández, el efecto que derive de la expresión del niño, para la adopción de la decisión que le afecta, depende “de su autenticidad (es decir, que sean realmente suyos y no inducidos por otra persona), razonabilidad (coherencia, realizabilidad de sus deseos frente a idealismos y utopías) y conveniencia para el propio menor”,²⁶ cuya percepción puede ser cortoplacista y no atender a lo que le puede beneficiar a la larga. Por otra parte, obviamente la edad y madurez del niño es importante en el momento de la consideración de su manifestación de voluntad.

Por lo que se refiere a la autenticidad de la voluntad expresada, hay que tener en cuenta que el niño puede estar influenciado en mayor medida que un adulto por el contexto que le rodea, inducido por uno de sus progenitores o puede ser más una conveniencia que un interés real. En este sentido, hemos de tener en cuenta el síndrome de alienación parental,²⁷ concepto controvertido a considerar en disputas por la custodia de los hijos. Si el tribunal concluyese que la voluntad del niño puede estar fundamentada en este síndrome, estaríamos ante un vicio de la voluntad, lo que debe repercutir sobre el efecto de lo expresado por el menor en ejercicio de su derecho a ser escuchado.

Si, por el contrario, el ejercicio de este derecho reúne las condiciones necesarias, aunque no sea formalmente vinculante esta expresión de voluntad, posee un valor especial frente al resto o es un elemento más. En este punto, entiendo que si lo que buscamos es el ISN, y el niño ha actuado con

²⁴ Sentencia 64/2019, del Tribunal Constitucional español de 9 de mayo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 138, de 10 de junio de 2019.

²⁵ Madrigal Martínez-Pereda, C., *op. cit.*, p. 27.

²⁶ Rivero Hernández, F., *El interés superior del menor*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2007, p. 202.

²⁷ Gardner, R. A., “Recent Trends in Divorce and Custody Litigation”, *Academy Forum*, vol. 29, núm. 2, 1985, pp. 3-7; o más recientemente, Alascio Carrasco, L., “El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI núm. 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007”, *Indret*, Barcelona, 1/2008, p. 2.

madurez y responsabilidad, deberá concedérsele ese especial valor, aunque en último término deberá ser el órgano decisor quien lo determine.

3. *Situaciones distintas del derecho de familia*

Es en el ámbito del derecho de familia en el que encontramos un mayor número de decisiones fundamentadas en el ISN, aunque tras la Convención se ha extendido a otros ámbitos materiales, de los que en estas páginas sólo me referiré a dos de ellos: uno, la migración; dos, en los procesos penales.

En la actualidad, en Europa se ha incrementado exponencialmente el número de menores que se desplazan tanto no acompañados como junto a sus familias. La aplicación del ISN implica que la consideración de los niños como menores ha de primar sobre su situación jurídica como personas en situación irregular,²⁸ lo que no es frecuente si tenemos en cuenta la jurisprudencia del TEDH. Así, por ejemplo, sobre el ingreso en centros de internamiento de extranjeros, ha establecido que “la protección del interés superior del menor implica, mantener a la familia junta, en la medida de lo posible, y considerar además alternativas que hagan que la detención de los menores sea sólo una medida de último recurso”.²⁹

Junto con lo anterior, el TEDH establece que en aras al ISN debería limitarse “en lo posible la detención de familias acompañadas por niños y preservar efectivamente el derecho a la vida familiar”, salvo que existan indicadores fehacientes del propósito de fuga por parte de la familia en cuestión “la medida de detención durante quince días en un centro de seguridad parece desproporcionada en relación al fin perseguido”.³⁰ En el caso *Bistieva*, añade que la protección del ISN implica junto con lo anterior “considerar, en la medida de lo posible, cualquier alternativa a una medida de internamiento, siendo éste el último recurso a considerar”.³¹ El Comité se ha pronunciado sobre esta cuestión, por ejemplo, en la comunicación presentada por *IAM c. Dinamarca*, frente al peligro de una niña de ser sometida a ablación si regresara a su país de origen, entiende que el “Estado parte tiene la

²⁸ Así lo estableció el TEDH, en su sentencia de 12 de octubre de 2006, en el caso *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*.

²⁹ Sentencia del TEDH, de 19 de enero de 2012, en el asunto *Popov c. Francia*, núms. 39472/07 y 39474/07, parágrafo 141.

³⁰ *Ibidem*, parágrafo 147.

³¹ Sentencia del TEDH, de 10 de abril de 2018, en el asunto *Bistieva c. Polonia*, núm. 75157/14, parágrafo 78.

obligación de abstenerse de expulsar a la autora y a su hija a Puntlandia”,³² en aras al ISN.

Un ámbito material alcanzado por el ISN es el derecho penal, ilustraremos esta afirmación con una Directiva de la UE,³³ cuyo objeto es “uniformar el derecho procesal penal de menores de los Estados miembros, estableciendo unas garantías procesales mínimas para los menores sospechosos o acusados en los procesos penales”.³⁴ Su punto de partida es la aplicación del ISN³⁵ al objeto de regulación (considerando 8), de modo que los procesos que afecten a menores deben tramitarse con urgencia y diligencia (artículo 13).

Por otra parte, la evaluación individual es excusable, pudiendo producirse exclusivamente cuando “ello sirva al interés superior del menor y que la evaluación individual esté disponible en cualquier caso cuando comience la vista oral del juicio ante el órgano jurisdiccional” (artículo 7.6). Por lo que se refiere a la detención, deberá imponerse como último recurso (artículo 10.2), tendrá la menor extensión temporal posible (artículo 10.1) y durante la misma, los menores han de encontrarse separados de los adultos “salvo si se considera que no hacerlo sirve mejor al interés superior del menor” (artículo 12.1). La Directiva regula otras cuestiones además de las recién indicadas, pero su estudio conjunto desvela que la aplicación del ISN aplica correctamente este principio a un ámbito material tan complejo.

4. *Procedimiento*

Si bien desde una perspectiva teórica, la identificación del ISN consiste en “la subsunción del concepto jurídico indeterminado en el supuesto fáctico, personal, a que haya de aplicarse”,³⁶ ésta no es una operación

³² Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, respecto de la comunicación núm. 3/2016, Doc. CRC/C/77/D/3/2016, de 8 de marzo de 2018, párrafo 12.

³³ Directiva (UE) 2016/800, relativa a las Garantías Procesales de los Menores Sospechosos o Acusados en los Procesos Penales, publicada oficialmente en *Diario Oficial de la UE*, serie L, núm. 132, de 21 de mayo de 2016.

³⁴ Pillado González, E., “Implicaciones de la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 48, 2019, pp. 58 y ss. El texto es de la página 62.

³⁵ Curiosamente, la Directiva tiene más menciones al ISN (28) que artículos (27).

³⁶ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 73.

matemática, por lo que el margen de apreciación³⁷ tendrá una relevancia particular. En todo caso, la determinación del ISN será fruto de un procedimiento en dos fases (Observación General Número 14 del Comité): una, con el propósito de determinar los elementos pertinentes en el caso, en el contexto de los hechos concretos del caso; otra, en la que se ponderan los elementos en relación con los demás, velando por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho. Acerca de los primeros, Francisco Rivero Hernández indica no sólo los elementos a ponderar (ampliados respecto de los contenidos en la Observación General Número 14), sino también la relación temporal en la que han de considerarse, lo que teóricamente podría ayudarnos, al menos desde una perspectiva procesal, a identificar nuestro propósito con solvencia.³⁸

Por lo demás, la ponderación de los elementos relevantes posee una dificultad añadida, especialmente cuando el análisis de los factores en presencia nos conducen a soluciones diversas en función del peso que concedamos a cada uno de ellos. En esta tarea, el órgano decisor habrá de ser especialmente minucioso y reflexivo para pensar exclusivamente en la mejor decisión para el niño concreto en su particular contexto, cuyo interés ha de guiar nuestra conclusión.

El TEDH establece que el derecho internacional “en todas las decisiones donde haya niños involucrados debe ser primordial su interés superior”,³⁹ y que esta consideración ha de tenerse en cuenta al valorar la proporcionalidad de la medida a aplicar.⁴⁰ En consecuencia, evidentemente el INS se considera en la segunda fase del procedimiento apuntado por Rivero.

III. LÍMITES DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En algunos supuestos de aplicación del ISN realizada por la jurisprudencia se observan soluciones que benefician al progenitor *tramposo*. Por tanto, a pesar de su relevancia ha de encontrar límites, a cuya identificación vamos a dedicar las páginas que siguen.

³⁷ Pascual Vives, F.J., “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013, pp. 217 y ss.

³⁸ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, pp. 276 y ss.

³⁹ Sentencia Bistieva c. Polonia, cit. *supra*, párrafo 78

⁴⁰ Sentencia Popov c. Francia, cit. *supra*, párrafo 140.

1. *El orden público*

Intentaré visualizar el orden público como límite del ISN desde la doble perspectiva del derecho interno y el derecho internacional. Si el orden público nacional se concibió para “salvaguardar los principios, valores e intereses más esenciales del Estado”,⁴¹ podría limitar al volátil concepto del ISN. Sin embargo, el TEDH no se ha mostrado siempre de acuerdo con esta afirmación. Tomemos como ejemplo el *caso Menesson vs. Francia* cuyo origen se encuentra en la celebración de un acuerdo de gestación subrogada,⁴² relación contractual prohibida por el derecho francés que proclama tanto la nulidad del contrato como la naturaleza de orden público de la prohibición. El origen de este asunto se encuentra en la negativa de las autoridades francesas de inscribir a los pequeños como hijos de los padres de intención,⁴³ lo que nos obliga a ponderar entre la nulidad del contrato celebrado por el que se vulnera una norma de orden público y el ISN que apunta la necesidad de reconocer su filiación, consecuencia de la celebración del mismo contrato viciado de nulidad.⁴⁴

Sin embargo, la extraterritorialidad de la celebración del convenio y del nacimiento impide la competencia de los tribunales penales franceses, al haberse producido ambos en California, lo que evita la jurisdicción (artículo 113-6, Código Penal francés), al exigirse en estos casos la nacionalidad francesa de la víctima, lo que nos lleva a plantearnos quién es la víctima (principio de personalidad pasiva, artículo 113.7). Si consideramos como tal a la madre portadora, no resulta aplicable esta norma, dado que es estadounidense; si entendemos a los bebés nacidos, tenemos dos problemas: uno, sólo tendrían la nacionalidad requerida tras la inscripción registral que

⁴¹ Jiménez Solares, E., “Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 14, 2014, pp. 325 y ss., especialmente p. 327.

⁴² Sentencia del TEDH, de 26 de junio de 2014, en el *asunto* núm. 65192/11. Prohibiciones contenidas en el artículo 16 (especialmente, en sus apartados 1, 7 y 9) del Código Civil francés.

⁴³ Actuar de otro modo, según la Corte de Casación francesa, supondría en la práctica aceptar tácitamente la validez del comportamiento prohibido en territorio francés, párrafos 81 y 83 de la Sentencia Menesson, cit. *supra*.

⁴⁴ El Código Penal francés sanciona con pena de prisión (y de 15.000€) a la mujer portadora, en una gestación por sustitución, tanto si es a título gratuito como lucrativo (artículo 227.12); la sanción es la misma ante hechos consumados o en grado de tentativa. Por otra parte, “la sustitución voluntaria, la simulación o el ocultamiento que haya provocado una infracción del estado civil de un menor se castigará con tres años de prisión y una multa de 45.000€” (artículo 227.13), aplicándose ambas sanciones al caso concreto.

las autoridades niegan (aunque los padres de intención sean franceses); dos, superar el obstáculo anterior no nos facilita la identificación, dado que la norma exige la nacionalidad en el momento de la infracción, fruto de la celebración del contrato, antes de la concepción del niño; y el de la infracción del estado civil del niño.

En el caso en presencia, el padre de intención es también el padre genético de los menores, ante lo que el TEDH afirma que “no se podría pretender la conformidad del ISN con la privación de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de este vínculo se establece”.⁴⁵ En consecuencia, es el vínculo genético el que determina la prevalencia del ISN sobre el orden público francés.

En el caso español, aunque la perspectiva del TEDH fuera diferente, no podría considerarse el orden público como límite del ISN, pues en palabras de Consuelo Madrigal éste “junto con el resto de normas protectoras del menor, integra una normativa de orden público”,⁴⁶ dado que los derechos de los niños poseen una “configuración constitucional (artículo 124, CE) como garante de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, en el que se inserta como criterio prioritario la satisfacción del superior interés del menor”.⁴⁷ Por tanto, una categoría que contribuye a conformar no puede actuar como límite, salvo que el contexto en el que se produzca así lo informe y se encuentre debidamente justificado en el caso concreto.

Por lo que se refiere al orden público internacional, en este ordenamiento⁴⁸ existe un límite infranqueable: las normas imperativas que, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no admiten acuerdo en contrario. Estas normas serían, en palabras de M. Kamto y C. Gutiérrez,⁴⁹ las que conformarían principal,

⁴⁵ Es el parágrafo 100 de la Sentencia Menesson.

⁴⁶ Madrigal Martínez-Pereda, C., *op. cit.*, p. 31.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁸ Sobre las aproximaciones doctrinales al orden público de proximidad o atenuado, véase Álvarez de Toledo Quintana, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, octubre de 2014, pp. 5 y ss., especialmente pp. 19 y ss. Por otra parte, no es un concepto novedoso; sobre él se había trabajado en 1963, en las sesiones de la CDI, para indicar que las normas de derecho imperativo forman parte del orden público internacional (*Annuaire CDI*, 1963, p. 18, parágrafo 39), y en 1984 había escrito al respecto Elisa Pérez Vera.

⁴⁹ Kamto, M., “Volonté de l’Etat et ordre public international”, *Recueil des Cours de Droit International*, Brill-Nijhoff, t. 310, 2004, pp. 9 y ss., especialmente p. 313. Asimismo, véase Gutiérrez Espada, C., “El orden público internacional”, en Rodrigo, A. J. y García, C. (eds.),

pero no exclusivamente, el orden público internacional. Así las cosas, “las normas de derechos humanos que son de *ius cogens* pertenecen al grupo de normas de orden público, ya que su transgresión socava las bases de la convivencia social”.⁵⁰

El concepto de orden público internacional no puede ser un límite del ISN, principalmente por cuanto los derechos humanos forman parte de las normas imperativas, o cuando menos el núcleo central de aquéllos, dentro de los cuales se incardinan los derechos del niño cuyo principio inspirador es precisamente el ISN, así como el rector de protección de los menores.⁵¹ Por su parte, el presidente de la Corte IDH “considera que el ISN es uno de los alegatos formulados tanto por la Comisión como por los representantes y el Estado sobre cuestiones que atañen al orden público interamericano”.⁵² Así, se planteará un problema sólo cuando haya que ponderar entre dos normas de orden público que orienten la solución en sentido distinto, siendo una de ellas el ISN. Si seguimos la interpretación del mismo Comité de los Derechos del Niño, el interés del niño ha de ser superior a cualesquiera otros a los que se enfrente, y en esta medida, prevalecerá sobre aquéllos.

2. El interés superior del colectivo “niños”

El interés superior de los otros niños, o del grupo genérico de niños (todos los niños o un grupo concreto de ellos). Es lo que provoca que la relatora especial de Naciones Unidas sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía haya establecido en su informe de marzo de 2018 que algunas modalidades de gestación subrogada encubren la compra de niños, prohibición derivada de la Convención, y expresamente se proclama en el Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución

Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la comunidad internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 411 y ss. También pueden verse sobre el orden público internacional: Alcaide Fernández, J., “Orden público internacional y soberanía de los Estados”, en varios autores, *La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 120 y ss.; Jiménez Solares, E., *op. cit.*, pp. 325 y ss., o López Zamora, L. A., “Comentarios sobre el orden público internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el derecho internacional público”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, octubre de 2018, pp. 516 y ss.

⁵⁰ Salmón Gárate, E., “El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, *Themis. Revista de Derecho*, núm. 51, 2005, pp. 151 y ss., especialmente p. 153.

⁵¹ Rodríguez Jiménez, *op. cit.* p. 11.

⁵² Resolución de 7 de julio de 2011, en el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, p. 5, párrafo 18.

Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (artículo 2.a). Se refiere en concreto a la gestación comercial (cuando existe una remuneración económica a la gestante, en lugar de un reembolso por los gastos médicos producidos durante la gestación), o a la que, sin serlo, carece de material genético de los padres de intención. Supuestos en los que prevalecería el ISN a no ser vendidos, sobre el particular del niño concreto que ha sido gestado de este modo.

Otra evidencia de la prevalencia del ISN del *grupo niños* se encuentra en la regulación penal de la mutilación genital femenina. Tomemos, como ejemplo, el Código Penal español, que impone penas de prisión a quien la cause (artículo 149.2). Sin embargo, pensemos en una menor que ha sido víctima de esta práctica, cuyo ISN no parece orientar a la separación de sus progenitores, a pesar de lo cual, la inaplicación de la sanción penal tendría como efecto la desprotección del resto de niñas que se encuentran en situación de riesgo de mutilación. En consecuencia, ha de prevalecer el ISN *grupo* frente al del individuo, en la vulnerabilidad del resto de niños que conforman el grupo de niños en general u otros más reducidos como el de los vulnerables, en cuyo caso nos encontraríamos.

3. *La Convención como límite*

La Convención puede limitar la aplicación del ISN. Ilustraré esta formación con el ejemplo de la *kafala*, que establece la Convención en su artículo 20.3 como una de las modalidades (“la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”) en las que se puede confiar el cuidado de los niños privados del entorno familiar. Es una institución distinta y diferenciada de la adopción, en los términos de la Convención (por ejemplo, no implica la filiación del menor respecto de su *kafil*, por cuanto conserva su filiación de origen).

En los casos en los que se ha planteado la equiparación por parte de los tutores del menor sobre el que se ha establecido la *kafala*, el TEDH se ha pronunciado en contra de su transformación en adopción. El problema se deriva de aquellas legislaciones que, como la francesa, establecen que no procederá la adopción internacional cuando la ley personal del adoptado prohíba la adopción,⁵³ lo que se produce precisamente en los Estados musulmanes en los que puede establecerse la *kafala*.

⁵³ Sentencias del TEDH, de 4 de octubre de 2012, en el *asunto Harrotydj c. Francia*, núm. 43631/09, y de 16 de diciembre de 2014, en el *asunto Chbihi Laudoudi y otros c. Bélgica*, núm. 52265/10.

En el *asunto Chbihi Laudoudi y otros vs. Bélgica*, se alega que el ISN está mejor protegido mediante la adopción que con la *kafala*. En este caso, como en el anterior, hay que verificar si las autoridades se han orientado por el ISN en la adopción de su decisión, entendiéndolo así el TEDH, pues en el caso en presencia, se ha aplicado una Ley en vigor desde 2005, cuyo propósito era incorporar en su ordenamiento la Convención de La Haya para asegurar que las adopciones internacionales tengan lugar en ISN a ser protegido contra todo uso abusivo de la institución de adopción y el respeto a la vida familiar.

Otro supuesto en el que encontramos el límite en la propia Convención es el del matrimonio infantil. En este sentido, la pregunta es ¿qué hacer cuando los padres de una menor solicitan autorización para contraer matrimonio con una persona con la que aquélla convive desde hace dos años? El ISN apunta en sentido contrario a la solicitud formulada, y tanto la Asamblea General como el mismo Comité alientan a los Estados para que “promulguen, respeten y hagan cumplir estrictamente leyes y políticas para prevenir y poner fin al matrimonio infantil, precoz y forzado y proteger a quienes estén en peligro de ser objeto de esas prácticas”⁵⁴ y “aseguren que sólo se podrá contraer matrimonio con el consentimiento fundado, libre y pleno de los futuros cónyuges, promulguen y hagan cumplir estrictamente leyes relativas a la edad para expresar consentimiento y contraer matrimonio”.⁵⁵

Si pretendemos prohibir el matrimonio infantil deberíamos ser inflexibles, pero responder a la cuestión apuntada resulta complejo. Es un supuesto producido en Argentina, donde tres meses después de que se elevara la edad para contraer matrimonio hasta los 18, se produce tal solicitud por los padres de una menor de 17 años.⁵⁶ La Ley en cuestión permite la celebración del matrimonio en presencia de dispensa “con carácter excepcional y sólo si el interés de los menores lo exigiese, previa audiencia personal del juez con quienes pretendan casarse y los padres o representantes legales del que fuera menor”.⁵⁷ La pregunta es cuando nos encontramos ante esa

⁵⁴ Resolución 70/138 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 2015, parágrafo 13.

⁵⁵ Resolución 72/154 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 19 de diciembre de 2017, parágrafo 18.

⁵⁶ Se trata del artículo 166.5 de la Ley 26449, publicada oficialmente en *BOE* 15/01/2009.

⁵⁷ Véase un interesante comentario sobre este tema, en Muñoz Genestoux, R., “Dispensa para contraer matrimonio”, *El Derecho. Cuaderno Jurídico de la Familia*, Universidad Católica Argentina, pp. 16 y ss., disponible en <https://es.scribd.com/document/34312885/El-Derecho-Cuaderno-de-Familia-Julio-2010>. En España, la edad para contraer matrimonio se elevó de 14 a 16

excepcionalidad. En el supuesto concreto, la menor convive con el futuro esposo del que espera ya un hijo, y si la solicitud se hubiera presentado cuatro meses antes no habría suscitado problema alguno.

Cuando el juez recibe a los interesados y sus padres, la menor expresa su voluntad de contraer matrimonio con su novio. En consecuencia, atendiendo al artículo 12 de la Convención, cabría dispensar del cumplimiento del requisito de edad, pero ¿ha de considerarse el ISN contra la Convención? Evidentemente no siempre.

Una decisión favorable a la pretensión concuerda con el Comité y con el CEDAW, en cuya observación general conjunta, tras señalar la necesidad de que se establezca la edad para la celebración del matrimonio en 18 años, afirman que excepcionalmente cabe permitirlo si el niño tiene al menos “16 años de edad y tales decisiones las adopte un juez basándose en motivos excepcionales legítimos definidos por la legislación y en pruebas de madurez sin dejarse influir por la cultura ni la tradición”.⁵⁸ Hay dos argumentos que me parecen especialmente relevantes en el caso en presencia: el primero, el de la transitoriedad entre la norma nacional anterior y la que eleva la edad para contraer matrimonio a los 18 años; dos, la situación puede reconducirse a la excepción de la Observación referida.

En sentido contrario encontramos la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Erradicación de los Matrimonios Infantiles, que subraya inflexible que “el matrimonio infantil constituye una violación de los derechos del niño y una forma de violencia contra las mujeres y las niñas; subraya que debe ser condenado como tal”.⁵⁹ Es cierto que la erradicación del matrimonio infantil se desprende de los objetivos del milenio, en la medida en que se pretende la igualdad de género, y esta práctica es contraria a ella,

años en 2015, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, *BOE*, núm. 158, de 3 de julio de 2015, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391. Sobre el matrimonio infantil, véase el Informe del Secretario General sobre la Cuestión del Matrimonio Infantil, Precoz y Forzado, de 26 de julio de 2018, A/73/257, y la Observación General Número 20 (2016) del Comité de los Derechos del Niño, sobre la Efectividad de los Derechos del Niño durante la Adolescencia, de 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, en la que se refiere específicamente al matrimonio infantil en los párrafos 27 y 40, y en donde “afirma una vez más que los 18 años debe ser la edad mínima para contraer matrimonio”.

⁵⁸ Se trata de la Recomendación General Número 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Observación General Número 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las Prácticas Nocivas, adoptadas de Manera Conjunta, de 14 de noviembre de 2014, Doc. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18. El texto transcrito se encuentra en el párrafo 20.

⁵⁹ Párrafo segundo de la Resolución de 4 de octubre de 2017, 2017/2663-RSP, *Diario Oficial UE*, serie C, núm. 346, pp. 66 y ss.

además de repercutir sobre la educación de las niñas y la salud y bienestar, especialmente durante los embarazos precoces no sólo para las madres sino también para los recién nacidos.

Se trata de un supuesto difícil de resolver con carácter general, pues en los casos de embarazo, habría que ponderar el interés superior de la contrayente (madre) y del niño en camino; en estas circunstancias, permitir el matrimonio puede ser la mejor solución para la niña en sociedades en las que se estigmatiza a la madre soltera, pero también, contrario al mismo, por cuanto el embarazo puede ser un incentivo para el matrimonio con menores.

4. *La razonabilidad*

Por razonabilidad me refiero a la debida ponderación de los intereses en juego. En este sentido, en relación al tema que nos ocupa, mi preocupación es no incurrir en el “buenismo” o la excesiva tolerancia respecto del ISN. Un ejemplo de la idea que pretendo transmitir puede encontrarse en un dictamen aprobado por el Comité, en relación a España, en aplicación del protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación 11/2017, cuyos hechos resumo: un nacional de Costa de Marfil que alega ser menor, a su llegada irregular a España, sin aportar documentación alguna, se le realizan pruebas osteométricas que establecen que su edad ósea es superior a los 19 años. El interesado recurre por entender que no se ha considerado el ISN, aunque: 1) carecía de documentación que acreditara su edad; y 2) el resultado de las pruebas parecía a los expertos, indudable. El Comité solicita a España que considere la aplicación del ISN a la determinación de la edad. Si esto supone aplicar otros métodos de determinación de la edad más eficaces, resulta razonable para identificar la edad de modo más precisa, sin embargo, cabe otra posible lectura a estas palabras: considerar la edad conforme a la manifestación de la persona, lo que provocaría muchos abusos.

La razonabilidad también ha de aplicarse para evitar los fraudes de ley o para que el ISN no beneficie al *tramposo*. Pensemos en el caso *Ruiz Zambraño*: una pareja colombiana que llega con un hijo a Bélgica, donde solicitan sin éxito el estatuto de refugiado. Mientras tanto, habían tenido dos hijos a los que no habían inscrito en el registro consular colombiano, acudiendo directamente al registro civil belga. Hemos de tener en cuenta que la Ley belga incorporaba una cláusula para evitar la apatridia que consistía en permitir la inscripción como belgas a los hijos de nacionales en cuyos Estados no

se reconociera el *ius sanguinis* como criterio de atribución de nacionalidad. Este caso lo resolvió el TJUE con la ciudadanía europea, pero la solución alcanzada se habría logrado igualmente con la aplicación del ISN.⁶⁰

En la jurisprudencia del TEDH, se aprecia una evolución del criterio respecto del ISN en los supuestos de sustracción internacional de menores. En un primer momento, hasta la sentencia Neulinger⁶¹ el principal objetivo del TEDH en estas situaciones era el retorno del menor sustraído al que fue su lugar de residencia habitual a la mayor brevedad posible, evitando así la consolidación jurídica de situaciones inicialmente ilícitas, en aplicación del Convenio de La Haya de 1980.

En 2010, el TEDH no deja de hacer suya la filosofía del Convenio de la Haya, pero valora de modo más detallado otras circunstancias sociales, afectivas, familiares... que entiende que conforman el ISN *de los menores implicados*, y que aconsejaban una solución diferente al retorno inmediato a su residencia habitual anterior a la sustracción debido a que el ISN ha de primar sobre el resto de intereses en conflicto. Hay que tener en cuenta que el retorno al lugar de su residencia anterior a la sustracción puede producir un impacto y un trauma entre los menores difícil de superar, y porque supone un nuevo abandono de su entorno, cultura, colegio... y una nueva separación del que ha sido su único progenitor desde que se produjo la sustracción.

En 2013, el TEDH indica que el problema ha de observarse bajo el prisma que ofrece la Convención de La Haya, la Convención y el de las reglas y principios de derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes contratantes. Para concluir que no es suficiente valorar el interés superior en abstracto, hay que estudiar las circunstancias concretas.⁶² Tres años más tarde, en 2016, el mismo Tribunal dicta una sentencia en la que se tienen en cuenta múltiples aspectos como el tiempo transcurrido desde la sustracción, si las partes compartían la responsabilidad parental antes de producirse aquélla, si existen obstáculos para que la madre se desplace allí, si no sería sancionada penalmente de regresar, si tiene recuerdos del padre,

⁶⁰ Es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 8 de marzo de 2011, en el *asunto Ruiz Zambrano* C-34/09. La argumentación del Tribunal se fundamenta en la ciudadanía europea, no puede expulsarse a los dos niños, nacionales de la UE, que sería el efecto de la ejecución de la expulsión de sus progenitores y de un hermano. En consecuencia, son los niños quienes consiguen que sus familiares, debido al parentesco, sean titulares de un estatuto de migrante privilegiado en la UE.

⁶¹ Sentencia del TEDH, de 6 de julio de 2010, en el *asunto Neulinger et Shuruk contra Suiza*, núm. 41615/07.

⁶² Sentencia del TEDH, de 26 de noviembre de 2013, en el *asunto X c. Letonia*, núm. 27853/09.

el idioma en el que se habla, si desde su sustracción (como es el caso) ha estado exclusivamente a cuidado de la madre... entre otros muchos. Ponderando todos estos elementos parece clara la conveniencia de que el niño permanezca con la madre, la preocupación de quien escribe deriva de que es la madre quien sustrajo internacionalmente al niño, es decir, cometió un hecho ilícito.⁶³

El Tribunal Supremo español trató el caso —no exactamente de sustracción internacional de menores— de un niño nacido en Suiza, fruto de una relación extramatrimonial, respecto del cual la guardia y la custodia correspondía a la madre que, como consecuencia de la pérdida de trabajo, por ser compañera del padre del bebé, regresa a España con éste. Aquí, el Tribunal entiende que el cambio en la custodia (solicitada por el padre) “no beneficiaría el menor, pues cambiar al otro país alteraría sus costumbres y hábitos ya adquiridos, su escolarización e idioma, teniendo en cuenta que lleva más de dos años residiendo en Alicante”.⁶⁴ Alcanza esta decisión, tras analizar los factores en presencia: con quién ha vivido siempre el niño, cuál es su entorno familiar, escolarización..., en definitiva, los elementos que conforman su interés superior.

IV. CONCLUSIONES

El ISN no nos aporta soluciones generales, sino que proporciona un instrumento de ponderación de las circunstancias relevantes en presencia, lo que nos puede conducir a una solución u otra diferente, en función de cuál sea el contexto en cada caso y del niño concreto en relación con el cual se vaya a adoptar la medida. Lo que nos conduce al relativismo de su apreciación, que no es una novedad, pues en los casos de divorcio con custodia de hijos, ambos cónyuges fundamentan sus pretensiones de retener la guarda y custodia de los hijos precisamente en el ISN. Ese relativismo permite acomodar las soluciones aplicables a las circunstancias del caso concreto, pero también puede dar lugar a un subjetivismo guiado por una errónea concepción del ISN.

En los casos en los que se aprecia fraude de ley por parte de los padres que intentan evitar la aplicación de la ley nacional, hemos de distinguir, como hace el TEDH entre los derechos del niño y de los padres, que son quienes cometen los actos con los que pretenden evitar la aplicación de la Ley. En este sentido, si bien los derechos del niño han de estar presididos

⁶³ Sentencia del TEDH, de 21 de octubre de 2016, en el *asunto G.S. contra Georgia*, núm. 2361/13.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2017, núm. de recurso 2545/2015, fundamento jurídico tercero, apartado 3.

por su interés general, debemos tener clara la necesidad de adoptar normas que puedan prevenir y sancionar los comportamientos desviados de ellas, porque de lo contrario mal incentivaremos su cumplimiento. Considero que hay que limitar este principio, y que aunque deba prevalecer sobre otros intereses, no podemos fomentar ni tolerar los abusos de derecho si queremos continuar construyendo una sociedad equitativa y justa. Así, si bien el ISN puede servir para legalizar las consecuencias de un acto prohibido, no es menos que debería ir acompañado de la imposición de sanciones adecuadas para quienes sortean de este modo la aplicación de las normas.

A pesar de todas las dudas que plantea el ISN, Pedro Cruz Villalón, actuando como abogado general en la sentencia 648/11 del TJUE, escribe en sus conclusiones que

el interés superior del menor está llamado a constituirse, por imperativo del derecho primario de la Unión, en objeto de “consideración primordial” por parte de los aplicadores del derecho de la Unión y, en el contexto que ahora nos ocupa, del conjunto del Reglamento núm. 343/2003 por las autoridades nacionales llamadas a determinar el Estado miembro responsable de una solicitud de asilo presentada por un menor no acompañado y sin familiares legalmente establecidos en el territorio de la Unión.⁶⁵

Y, no sólo por parte de los aplicadores del derecho de la Unión, sino por todos los aplicadores del derecho, y no sólo por ellos.

A pesar de la relevancia del ISN, en cuantas decisiones puedan afectar directa o indirectamente a un niño o a un grupo de ellos, tenemos que ser conscientes de que, como el resto de las instituciones jurídicas, el elemento de ponderación está implícito en aquéllas, para intentar equilibrar los intereses en presencia y evitar soluciones indeseadas. En este sentido, hay límites claros, como los establecidos en la propia Convención, el interés superior del resto de los niños (sea el grupo de niños o un grupo más reducido y sectorizado) y la razonabilidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALASCIO CARRASCO, L., “El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI núm. 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007”, *Indret*, Barcelona, 1/2008.

⁶⁵ Conclusiones del abogado general, parágrafo 72, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134083&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=427624>.

- ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., “Orden público internacional y soberanía de los Estados”, en varios autores, *La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, octubre de 2014.
- BELLOSO, N., “La concreción del interés superior del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? de la mediación familiar”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. X, 2017.
- DÍEZ OJEDA, A., “El interés superior del niño a la luz de la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas”, en varios autores, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998*, Universidad Nacional de Cuyo, 1998, vol. 2.
- GARDNER, R. A., “Recent Trends in Divorce and Custody Litigation”, *Academy Forum*, vol. 29, núm. 2, 1985.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, M., *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, 2008.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, 2011.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., “El orden público internacional”, en RODRIGO, A. J. y GARCÍA, C. (eds.), *Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la comunidad internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Madrid, Tecnos, 2011.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., “Los derechos del niño en el sistema universal de los derechos humanos”, en varios autores, *Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos prácticos*, Madrid, Unicef-AECID, 2015.
- JIMÉNEZ SOLARES, E., “Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 14, 2014.
- KAMTO, M., “Volonté de l’Etat et ordre public international”, *Recueil des Cours de Droit International*, Brill-Nijhoff, t. 310, 2004.
- LAING KLAFF, R., “The Tender Years Doctrine: A Defense”, *California Law Review*, vol. 70, núm. 2, 1988.

- LÓPEZ ZAMORA, L. A., “Comentarios sobre el orden público internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el derecho internacional público”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, octubre de 2018.
- LORA, Laura N., “Discurso jurídico sobre el interés superior del niño”, *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales. X Jornadas de Investigación y Becarios*, Mar del Plata, Ediciones Suárez, 2006.
- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., “La CDN y el interés superior del niño. Derechos al libre desarrollo de la personalidad, la salud y la educación”, Seminario de Especialización en Menores. Responsabilidad Penal y Protección: Novedades Legislativas, 29-31 de marzo de 2017.
- PASCUAL VIVES, F. J., “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 23, 2013.
- PÉREZ VERA, E., “El concepto de orden público en el derecho internacional”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, núm. 7, 1984.
- PILLADO GONZÁLEZ, E., “Implicaciones de la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 48, 2019.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés superior del menor*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2007.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., “El principio del interés superior del menor”, *Letras Jurídicas*, núm. 16, primavera de 2013.
- SALMÓN GARATE, E., “El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, *Themis. Revista de Derecho*, núm. 51, 2005.