

El interés superior del niño y sus límites

The best interests of the child and its limits

Por Soledad Torrecuadrada García-Lozano *

Fecha de recepción: 30/06/2019

Fecha de aceptación: 06/08/2019

Resumen: El Interés Superior del Niño (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.

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 aquellas, para intentar equilibrar los intereses en presencia y evitar soluciones indeseadas.

Palabras clave: Límites al interés superior del niño; Problemas para la identificación.

Abstract: The Best Interest of the Child (BIC) does not provide us with general solutions, but rather provides an instrument for weighting the relevant circumstances, which can lead to a solution or another completely different, depending on the context in each case and, of the specific child in relation to whom the measure is to be adopted.

Despite the relevance of the BIC in how many decisions can directly or indirectly affect a child or a group of them, we have to be aware of, like the rest of the

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Es Profesora Titular de Universidad (2000) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid.

legal institutions, the weighting element is implicit in those, to try to balance interests in presence and avoid unwanted solutions.

Keywords: Limits to the best interests of the child; Problems for the identification.

Sumario: I. Introducción. II. Problemas para la identificación del interés superior del niño: 1. El relativismo; 2. La relevancia del derecho a ser escuchado; 3. Situaciones distintas del derecho de familia; 4. Procedimiento. III. Límites del interés superior del niño: 1. El orden público; 2. El interés superior del colectivo "niños"; 3. La Convención como límite; 4. La razonabilidad. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

El interés superior del niño (INS, en adelante) surge y se desarrolla en el derecho de familia desde el siglo XVIII (mencionándose por primera vez en la Sentencia *Blissets*, 1774, en 98, Eng. Rep. 899 (K.B. 1774) (Mansfield, C. J.), también en LAING:1988:335). Dos siglos más tarde, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño (en adelante, la Convención), supuso un gran avance, puesto que si bien los niños eran ya titulares de todos los derechos humanos, en tanto que personas, con la salvedad de aquellos que, como los derechos políticos, se encuentran reservados para los adultos¹, su interés superior no se veía claramente reflejado en las normas en materia de derechos humanos vigentes hasta ese momento.

Tres décadas antes de la Convención, la Declaración de los Derechos del niño de 1959 (resolución 1386-XIV de la Asamblea General de Naciones Unidas), incorporaba el ISN en el Principio segundo, al establecer que los Estados, cuando la actividad legislativa estatal pueda afectar a los niños “la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. También el Principio séptimo en su segundo párrafo se refiere a él cuando establece que “El interés superior del niño debe

¹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos solo se refiere expresamente a los niños cuando alude al especial cuidado y asistencia debidos a la maternidad y la infancia (art.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

ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de educación y orientación...”

Sin embargo, su consolidación internacional y expansión material alcanzando a todos los derechos del niño (Lora, 2006, p. 482) se produjo como consecuencia de la Convención² que expresamente se refiere a este concepto en siete ocasiones, siendo la principal de todas ellas, la incorporada en 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 este contenido 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 14 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del niño (en 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 solo ha de orientar las decisiones a adoptar,

² 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, pueden leerse 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, pueden verse 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”.

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 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” (Belloso, 2017, p.17), que produce como resultado la prevalencia o la consideración del interés del niño como superior a otros que pudieran estar en juego. Así lo ha introducido la modificación de la Legislación española producida en 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”³.

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 los dota de una especial jerarquía en caso de conflicto con otros derechos” (2015, 24). 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 punto⁴.

En todo caso, es un principio y un derecho subjetivo que viene impuesto por la Convención y que ha sido acogido y desarrollado a ambos lados del Atlántico por sus

³ 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, de 23/07/2015, 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.

⁴ En el caso de Argentina, véanse las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina, de 1 de octubre de 2018, especialmente parágrafos 28.b, 38b, 39 y 45d), en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fARG%2fCO%2f5-6&Lang=en; en relación con España, véanse las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, de 5 de marzo de 2018, parágrafo 16.

respectivos sistemas regionales de protección de derechos humanos. En la UE, la incorporación del ISN en los ordenamientos estatales, se exige también por la Carta de Derechos Fundamentales, cuyo artículo 24.2 se expresa en términos muy similares a los de la Convención⁵. En cuanto al Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, en adelante) 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”). De esta formulación, la CIDH ha apreciado que el ISN se traduce en la protección especial, reforzada que todos los derechos deben tener cuando se refieren a niños y niñas⁶.

Pese a ello, 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 misma 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 ello, unido a que se trata de un concepto jurídicamente indeterminado, lo que deriva de su “volatilidad”, en palabras de S. Rodríguez Jiménez (2013, p.5) -al que hay que dotar de contenido ponderando las circunstancias concretas del caso en presencia- y dinámico, pues supone la adaptación de la solución a las

⁵ El art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales establece que “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, 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.»

⁶ Así en el caso de la Masacre de las dos erres v. Guatemala, parágrafo 184 (sentencia de 24 de noviembre de 2009, 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 (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(http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf).

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 los límites del interés superior. Hemos de observar que la indeterminación del concepto unida a su consideración superior respecto de otros intereses en causa provoca la necesidad de intentar concretar los criterios de identificación del interés superior, así como de sus límites.

II. Problemas para la 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 solo la personalidad sino también las capacidades de la persona para el futuro⁷. La CIDH ya indicó que el ISN debe 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” (parágrafo 184 de la Sentencia de la en el asunto dos erres contra Guatemala). En consecuencia, un error en su identificación puede afectar al disfrute del resto de derechos de los que es titular el menor afectado.

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

⁷ Recordemos en este punto la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de marzo de 2007, Thiermann y otros c. Noruega (nº 18712/03), en el que los demandantes que habían pasado por un centro del proyecto Lebensborn percibían prestaciones por discapacidad psíquica, debido precisamente a las experiencias sufridas a lo largo de su infancia (Sobre esta cuestión Torrecuadrada, 2019, p.181).

limitar este concepto, para evitar, como indica C. Madrigal “que llegue o pueda llegar a no significar absolutamente nada” (2017, p. 16). Otro de los problemas que se suscitan, como indica A. Díez Ojeda (1998, p. 25) deriva del hecho de que “se han cometido y aún se cometen algunos abusos invocando el INS”, riesgo que merece la pena correr pues la ausencia de consideración provoca resultados mucho peores de los producidos derivados de aquellos.

En España dos casos nos recuerdan la importancia de la correcta ponderación del ISN: uno es el del niño del Royo y el otro, el de Angela González Carreño. El primero, versaba sobre un niño que había residido durante diecisiete meses con padres preadoptivos, hasta que un juez determinó que debían entregar al pequeño a sus padres biológicos, padeciendo la madre un trastorno bipolar y el padre una grave esquizofrenia (Informe Prodeni 2007). No es de extrañar que desde entonces la vida de este niño haya sido una sucesión de entradas y salidas a los centros de menores (<https://www.larazon.es/se-acuerda-del-nino-de-el-royo-su-odisea-continua-en-un-centro-de-menores-DD13546410>). Los hechos que sustancian el segundo de los casos tiene un final aún más duro: se trata de 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 (Ángela Rodríguez Carreño) realizadas con el propósito de proteger a su hija (<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. parágrafos 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.⁸

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

⁸ “los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estudiar los derechos de custodia y de visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o de custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberían prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia” (recomendación b.i)

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 en las que se desarrolle el niño, debiendo también abordarlo en relación con grupos de niños o como fundamentación de una medida legislativa aplicable. Aunque en todos los casos, hemos de justificar la adopción de la decisión en el ISN, la naturaleza de concepto jurídico indeterminado produce un margen de apreciación que puede avocarnos a un riesgo real de subjetividad por parte del órgano decisor, recordemos que el margen de apreciación no es discrecionalidad.

Acerca de la relevancia del contexto y los prejuicios que puedan derivar de algunas situaciones, contamos con el ejemplo del caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*, en el que la CIDH 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 dado que, si los informes de los peritos evidenciaron esa afectación, la solución del juez, en aras al ISN del menor, sería distinta.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante)⁹ encontramos 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. Sin embargo, en uno de ellos el TEDH consideró que el hecho diferencial que permitía decidir en sentido contrario respecto de ambas solicitudes era que los gemelos nacidos

⁹ El TEDH no se pronuncia sobre el interés superior del niño 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 (art.8). En este sentido, el TEDH solo controla si los tribunales nacionales han hecho uso razonable de su margen de apreciación y no vulneran los derechos reconocidos en el Convenio.

(Anayo c. Alemania n° 20578/07, de 21 de diciembre de 2010), que el ISN requería prevenir los posibles problemas que pudieran derivar del color de su piel, distinto al del resto de su familia y compañeros del colegio. Por este motivo, el ISN indicaba la conveniencia de conceder el ejercicio pedido y así resolver las dudas que pudieran surgir sobre sus orígenes. Es la ausencia del hecho diferencial en el segundo caso (Ahrens c. Alemania n° 45071/09, de 22 de marzo de 2012) el que motiva la distinta solución, al no poder considerar el elemento determinante en el anterior (Sanz Caballero, 2017).

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 Bahrein, por ejemplo), permiten eludir las penas de cárcel al violador o al secuestrador si contraen matrimonio con su víctima¹⁰. Cuando esta 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, el de su familia, llegándose a afirmar que evita la prostitución. A pesar de ello, 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 que evita la cárcel y tiene a 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 Unión Europea ha establecido que en un supuesto de tutela (concretamente, de kafala, vid. *Infra*), si bien el tutelado no es descendiente directo del tutor y, en consecuencia, no es miembro de la familia de su familia a los efectos de las

¹⁰ Informe del Comité sobre Kuwait: se muestra preocupado porque el «secuestrador evitará el castigo en caso de que contraiga matrimonio legalmente con la niña a la que secuestró, a condición de que el matrimonio sea aprobado por el tutor de esta» instando a la derogación del «artículo 182 del Código Penal y garantizar que todos los casos de abuso sexual y secuestro de niños sean debidamente enjuiciados y que los autores sean llevados ante la justicia y reciban penas acordes con la gravedad de sus delitos. El Comité también insta al Estado parte a definir el abuso sexual como el mantenimiento de una relación sexual sin consentimiento y tipificarlo como delito» parágrafos 47 y 48: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/479/71/PDF/G1347971.pdf?OpenElement>

normas de la Unión Europea, cuando los Estados miembros interpreten este concepto para considerar el derecho de los familiares de un ciudadano de la Unión Europea a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, debe interpretarse a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales (en concreto artículos 7 y 24.2). Es decir, teniendo como parámetro interpretativo el ISN, en cuyo caso, 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 debido a esa efectividad y dependencia.

2. La relevancia del derecho a ser escuchado

Un evidente instrumento para identificar el ISN es el derecho a ser escuchado (no simplemente oído), que es un derecho autónomo del interés superior pero un instrumento de gran valor para la determinación de este último. De conformidad con el Tribunal Constitucional español (sentencia 64/2019), nos encontramos ante un derecho y un deber “pues no deja de ser una manifestación de prueba testifical y el art. 292 LEC establece con carácter general la obligatoriedad de comparecer, aplicable a los que hubieren sido citados al juicio o a la vista”. En todo caso, se trata de un “derecho indisponible de los menores, como norma de orden público”.

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” (Madrugal, 2017, p.27).

Según Rivero Hernández (2007, p.202) 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”, cuya percepción puede ser cortoplacista y no atender a lo que le puede beneficiar a la larga. También dependerá evidentemente de la mentalidad de quien haya de adoptar la decisión, no se trata de identificar la solución más favorable para el órgano encargado de la decisión si fuera ese niño, sino para éste concreto en su propio contexto (familiar, educativo, cultural, religioso...). Resulta obvio que 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 o inducido por un adulto o puede ser más una conveniencia que un interés real. En este sentido, hemos de tener en cuenta el síndrome de alienación parental (Alascio, 2008, p.2), concepto controvertido a considerar en disputas por la custodia de los hijos. Según Gardner (1985) se trata de un trastorno infantil que supone la hostilidad hacia uno de los progenitores inducida voluntariamente por el otro. Si el tribunal concluyese que la voluntad del niño puede estar fundamentada en la presencia del síndrome de alienación parental este hecho debería repercutir sobre el efecto de lo expresado por el menor en ejercicio de su derecho a ser escuchado, debido al vicio de la voluntad manifestada.

Si el ejercicio del derecho a ser escuchado por parte del niño reúne las condiciones necesarias, podríamos plantear si bien aunque no sea formalmente vinculante esta expresión de voluntad, el órgano encargado de decidir la medida aplicable al caso concreto 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 madurez y responsabilidad deberá concedersele ese especial valor, aunque en último término deberá ser el mismo órgano decisor quien pondere si las palabras del niño han sido expresadas con las condiciones de fiabilidad antes apuntadas.

3. Situaciones distintas del derecho de familia

El ISN nace y se desarrolla primordialmente en el derecho de familia y, aunque tras la Convención se ha extendido a otros ámbitos materiales, es en aquel y especialmente en la regulación de la custodia de los hijos donde se considera con mayor frecuencia. Se ha observado en todos los ámbitos materiales que puedan afectar a los niños. Aquí, solo 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 no acompañados o junto con sus familias. En estos casos, 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 (caso *Tabitha Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga (Tabitha) c. Bélgica*). Lo que no suele ocurrir con frecuencia si tenemos en cuenta la jurisprudencia del TEDH. Así, por ejemplo, en relación al 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 solo una medida de último recurso” (*Popov c. Francia* §141). 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 evidentemente 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” (*Popov c. Francia* §147). En el caso *Bristieva*, 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” (*Bistieva* §78).

El Comité también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones, así en la comunicación presentada por *I.A.M. c. Dinamarca*, frente al peligro de una niña de ser sometida a ablación si es devuelta a su país de origen, entiende que la

inobservancia del ISN en el momento de evaluar la situación ha provocado esta decisión, por lo que “El Estado parte tiene la obligación de abstenerse de expulsar a la autora y a su hija a Puntlandia” y de evitar que el ISN se continúe violando.

Un ámbito material en el que evidentemente se ha visto alcanzado por el ISN es el derecho penal, ilustraremos esta afirmación con el Derecho de la Unión Europea¹¹, con una directiva que persigue armonizar la regulación en estos ámbitos materiales imponiendo obligaciones de resultado para los Estados miembros. Tiene por objeto “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” (Pillado, 2019, p.62). El punto de partida de la Directiva en cuestión es la aplicación del ISN (curiosamente hay más menciones al principio -28- que artículos conforman la norma -27) al objeto de regulación (considerando 8), de modo que los procesos que afecten a menores deben tramitarse con urgencia y diligencia (artículo 13), en relación a los interrogatorios, solo podrán producirse en ausencia de letrado “caso por caso bien por una autoridad judicial o bien por otra autoridad competente cuyas decisiones puedan ser objeto de control jurisdiccional.” (art. 6.8 *in fine*).

Por otra parte, la evaluación individual es excusable, en la medida en que “Se podrá formular la acusación aun no existiendo una evaluación individual, siempre que 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 que durante la misma, los menores se encuentren 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,

¹¹ En concreto con la 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 Unión Europea, serie L n° 132, de 21 de mayo de 2016.

pero su estudio conjunto desvela que la aplicación del ISN impone un régimen más favorable para los niños en situaciones alcanzadas por la norma que para los adultos, lo que se traduce en la correcta aplicación del principio en cuestión.

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” (Rivero Hernández, 2007, p.73), ésta no es una operación matemática, por lo que el margen de apreciación (Pascual Vives, 217) tendrá una relevancia particular. En todo caso, la determinación del ISN será fruto de un procedimiento en dos fases (Observación General 14 del Comité): la primera de ellas con el propósito de determinar los elementos pertinentes en el caso en el contexto de los hechos concretos del caso; mientras durante la segunda se realiza la ponderación de los elementos en relación con los demás, siempre velando por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho. Acerca de los primeros, Francisco Rivero Hernández (2007, p.276 y ss) indica no solo los elementos a ponderar (en una relación ampliada respecto de la indicada en la Observación general 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.

Si bien la determinación de los elementos relevantes puede ser una tarea complicada, la de su ponderación posee una dificultad añadida especialmente cuando el análisis de los distintos 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 de las medidas para el niño concreto en su particular contexto, cuyo interés ha de guiar nuestra conclusión.

El TEDH (Bistieva c. Polonia §78) establece que el Derecho Internacional “en todas las decisiones donde haya niños involucrados debe ser primordial su interés

superior” y que esta consideración ha de tenerse en cuenta al valorar la proporcionalidad de la medida a aplicar (Popov c. Francia). En consecuencia, evidentemente, el INS se considera en la segunda fase del procedimiento apuntado por Rivero.

III. Límites del interés superior del niño

De la aplicación práctica del ISN realizada por la jurisprudencia se observa que genera 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.

1. El orden público

Vamos a intentar 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” (Jiménez Solares, 2014, p.327), 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 contra Francia (Sentencia de 26 de junio de 2014, nº 65192/11), cuyo origen se encuentra en la celebración de un acuerdo de gestación subrogada¹², relación contractual prohibida por el derecho francés que proclama tanto la nulidad del contrato como la naturaleza de orden público de la prohibición. El problema en presencia es la negativa de las autoridades francesas de inscribir a los pequeños como hijos de los padres de intención (pues, según la Corte de Casación francesa, actuar de otro modo supondría, en la práctica, aceptar tácitamente la validez del comportamiento prohibido en territorio francés §81

¹² El Código Civil francés dedica el capítulo segundo al respeto al cuerpo humano, precisando su inviolabilidad así como (artículo 16.1) que “le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l’objet d’un droit patrimonial”. En relación con la gestación por sustitución o subrogada (el artículo 16.7) proclama la nulidad del contrato entre los padres de intención y la madre portadora, afirmando (en el artículo 16.9) que las “dispositions du présent chapitre sont d’ordre public”

y 83) 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, que en definitiva es consecuencia de la celebración del mismo contrato viciado de nulidad¹³.

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), al exigirse en estos casos la nacionalidad francesa de la víctima, En este punto se suscita la cuestión de la identificación de la víctima (principio de personalidad pasiva artículo 113.7), pues la madre portadora es estadounidense. Tampoco cabe considerar a los bebés como víctimas por dos motivos: 1) aunque al ser hijos de franceses potencialmente tendrían nacionalidad francesa tras la inscripción registral que las autoridades niegan; 2) de superar el obstáculo anterior, tampoco sería posible porque la nacionalidad debe poseerse en el momento de la infracción, de acuerdo con el Código penal francés, que se produce con 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” (§100). En consecuencia, en este caso, prevalece el ISN sobre el orden público, debido a la existencia del vínculo genético apuntado.

En el caso español, en todo caso, aunque la perspectiva del TEDH fuera diferente, no podría considerarse el orden público como límite del ISN pues en palabras de Consuelo Madrigal (2017, 31), este “junto con el resto de normas protectoras del menor, integra una normativa de orden público”, dado que los

¹³ El Código Penal francés sanciona con penas 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, también sanciona “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), aplicando ambas sanciones al caso concreto.

derechos de los niños poseen una “configuración constitucional (artículo 124 C.E.) 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” (Madrigal, 2017, p.5). Por tanto, difícilmente una categoría que contribuye a conformar 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 ordenamiento 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 (2004, p.313) y C. Gutiérrez (2011, p.411) las que conformarían principal, pero no exclusivamente, el orden público internacional (Salmon, 2005, p.153). 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”.

El concepto de orden público internacional no resulta de gran ayuda debido, en primer lugar, a la indeterminación que caracteriza a esta categoría (Alcaide, 2015, p.126), pues resulta indefinido y amplio (Jiménez Solares, 2014, p.330), aunque se trata de normas que “contribuyan a la supervivencia y mantenimiento del orden jurídico internacional y al mismo tiempo el bienestar de los miembros de la comunidad internacional”(id.: 332). Pese a ello “en la actualidad, es posible indicar que el término se refiere a un conjunto de valores esenciales de un grupo social, que –por su trascendencia- no pueden ser pactados en contrario” (López Zamora, 2018, p.519). En segundo término, porque los Derechos Humanos forman parte de las normas imperativas, o cuando menos el núcleo central de aquellos, 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 (Rodríguez Jiménez, 2013, p.11). Por su parte, el Presidente de la CIDH “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.” (Resolución de 7 de julio de 2011 en el caso *Atala Riffo e hijas v. Chile*: 5, §18).

Aunque parezca un concepto novedoso, no lo es pues sobre él escribió Elisa Pérez Vera en la primera mitad de los años ochenta (1984) y se había reflexionado sobre este concepto en 1963 en las sesiones de la CDI, a los efectos de indicar que las normas de derecho imperativo forman parte del orden público internacional (Annuaire CDI:1963:18 §39). Por otra parte, la existencia de acuerdo doctrinal y jurisprudencial acerca de que los derechos humanos forman parte de esta categoría de orden público internacional, y muy especialmente, el ISN, no nos ayuda en el propósito que nos proponíamos aquí, que era el de establecer límites a este concepto jurídicamente indeterminado, en la medida en que si forma parte del orden público esta categoría no puede ser un límite para aquel. El problema será alcanzar el equilibrio cuando nos encontremos con dos normas de orden público que orienten la solución en sentido diametralmente diverso, siendo una de ellas el ISN. Si seguimos la interpretación del mismo Comité de derechos del niño, el interés del niño ha de ser superior a cualesquiera otros a los que se enfrente y, en esta medida, deberá prevalecer sobre aquellos.

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, cuya prohibición se desprende de la Convención y expresamente se proclama en el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 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 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 afirmación con el ejemplo de la kafala¹⁴. La Convención establece la kafala en el artículo 20.3 como una de las modalidades en las que se puede confiar el cuidado de los niños privados del entorno familiar: “Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores¹⁵. Es una institución distinta y diferenciada de la adopción, en los términos de la Convención. En los casos en los que se ha planteado la equiparación por parte de los tutores del menor sobre el

¹⁴ La Kafala es una institución propia del mundo islámico, donde está prohibida la adopción, en virtud de la cual “el kafil (titular de la kafala) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente de la educación y de la protección del menor (makful) de la misma manera que lo haría un padre con su hijo”. Alvaro Gimeno Ruiz, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4600-kafala-adopcion-internacional-y-orden-publico-internacional/>. Solo pueden ser kafiles los musulmanes y hay dos tipos: uno más parecido a la adopción, cuando los niños están en desamparo y otro notarial, en el que los padres ceden al kafil a su hijo. Se establece entre el kafil y el makful una especie de tutela.

¹⁵ El artículo 20.3 termina diciendo: «Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.»

que se ha establecido la kafala el TEDH se ha pronunciado en contra de la transformación de la kafala en adopción.

Los problemas derivan por una parte porque la ley francesa establece que no procederá la adopción internacional cuando la ley personal del adoptado prohíba la adopción, como es el caso. Por otra, la alegación del recurrente (Harroydj c. Francia nº 43631/09) de discriminación por cuanto la kafala no implica nueva filiación (con todo lo que lleva aparejado este vínculo), pues el niño conserva la de origen, al ser la filiación única debe evitarse su duplicación; y, por otra, la imposibilidad de la adopción derivada de la ley personal del niño. El TEDH entendió la ausencia de discriminación en ambos casos.

En el mismo sentido se pronunció en un caso más reciente contra Bélgica (Chbihi Laudoudi y otros c. Bélgica nº52265/10). Del mismo modo que en el caso anterior, la familia había iniciado el trámite para proceder a la adopción sin éxito y 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, adoptada para 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 en relación al 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 aquella 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” (Resolución 70/138) y “aseguren que solo 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" (res. 72/154, párrafo 18).

Si pretendemos prohibir el matrimonio infantil deberíamos ser inflexibles en su proscripción, pero el supuesto suscitado en Argentina es más complicado. Se trataba de una menor de 17 años en el momento de la solicitud, tres meses después de que se elevara la edad para contraer matrimonio a los 18. La Ley 26449 (publicada oficialmente en BO 15/01/2009) proscribía la celebración con menos de 18 años (artículo 166.5), pero incorpora la excepción en el caso de dispensa "con carácter excepcional y solo 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"¹⁶. La cuestión a resolver es cuando nos encontramos ante esa excepcionalidad. En el supuesto en presencia, 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 el problema en presencia.

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, lo más razonable sería dispensar del cumplimiento del requisito de edad, pero ¿ha de considerarse el ISN contra la Convención? La respuesta ha de ser negativa, desde mi punto de vista.

Es cierto que en este caso nos encontramos además con cuestiones culturales relevantes (se trata de una pareja de raza gitana que probablemente se había casado conforme a sus costumbres y pretendían inscribir en el registro la unión realizada).

¹⁶ En España, la edad para contraer matrimonio se elevó de 14 a 16 años en 2015, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en BOE nº 158, de 3 de julio de 2015, 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, en el que "afirma una vez más que los 18 años debe ser la edad mínima para contraer matrimonio".

Esta decisión favorable se acomoda a 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 (14 de noviembre de 2014 CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18), en cuyo párrafo 20, tras señalar la necesidad de que se establezca la edad para la celebración del matrimonio en 18 años, afirma 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”¹⁷.

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 en presencia se encuentra en la excepción señalada por el CEDAW en la Observación recién apuntada.

Por su parte, el Parlamento Europeo en su resolución sobre la erradicación de los matrimonios infantiles (de 4 de octubre de 2017, 2017/2663-RSP-, en DOUE, serie C, 346: 66 y ss.) es inflexible subrayando 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” (párrafo 2). 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 es una práctica contraria a esa igualdad, que además repercute sobre la educación de las niñas y la salud y bienestar especialmente durante los embarazos precoces no solo para las madres sino también para los recién nacidos. En el caso en presencia, habría que ponderar un doble ISN, el de la contrayente (madre) y del niño en camino, dado que la menor está embarazada.

¹⁷ Es cierto que el matrimonio infantil afecta en mayor medida a las niñas que a los niños, dado que si hay un mayor de edad en la pareja será el varón, que en ocasiones es decenios mayor que la niña. Por otra parte, el futuro profesional de las niñas se ve truncado como consecuencia del matrimonio, lo que no ocurre con sus cónyuges, por lo que la medida intenta evitar el abandono escolar, la maternidad precoz y todos los problemas que derivan de estos factores.

Permitir el matrimonio en estas circunstancias puede estar orientado en el interés superior de la niña, en aquellas 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.

En todo caso, en este último supuesto, considero que si queremos proscribir seriamente el matrimonio infantil porque lo consideramos una nueva forma de esclavitud y por los problemas que genera a las menores, hemos de ser inflexibles en su aplicación. La aplicación de excepciones en este camino provoca la debilidad de la prohibición y nos deja sin armas para luchar contra él.

4. La razonabilidad

Por razonabilidad me refiero a la debida ponderación de los intereses en presencia. 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 amplie información para la aplicación del ISN a la determinación de la edad. Claro que si esto supone aplicar otros métodos de determinación de la edad más eficaces, me parece razonable, no tanto la posible otra lectura del Dictamen, que sería dar por buena la indicación de la persona en cuanto a la edad, pues puede provocar 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 Zambrano. Se trata de

una pareja colombiana que llega con un hijo a Bélgica, donde solicitan el estatuto de refugiado, que no se les concede. Mientras tanto, habían tenido dos hijos a los que no habían inscrito en el registro consular colombiano, acudiendo directamente al registro civil belga para inscribir sus nacimientos. 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*. Es decir, si los padres no pueden transmitir la nacionalidad a su hijo y éste nace en territorio belga, será belga. Sin embargo, los hijos nacidos en territorio belga no obtuvieron la nacionalidad colombiana porque los padres no acudieron a inscribirles al registro consular correspondiente. Este caso lo resolvió el TJUE la ciudadanía europea pero la solución alcanzada se habría logrado igualmente con la aplicación del ISN: pues la ejecución de la expulsión de los progenitores contravendría el ISN de los menores belgas, motivo por el cual, en tanto que ciudadanos de la UE reunifican a la familia, es decir, son los menores los que consiguen que los padres y hermano, debido al parentesco con aquellos tengan un estatuto de migrante privilegiado en la UE y se evite la expulsión de la familia.

Otros supuestos que evidencian que el ISN que beneficia al tramposo se produce en la sustracción internacional de menores. En este supuesto, en la jurisprudencia del TEDH se aprecia una evolución de su criterio respecto del ISN. En un primer momento y hasta 2010 aproximadamente (que se dicta la sentencia Neulinger), 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. Por tanto, se avalaba el retorno.

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 afectaban directamente a los menores implicados y que aconsejaron el no retorno inmediato a su residencia habitual anterior a la sustracción. Se consideró que estas circunstancias forman parte del ISN y que este principio primaba sobre el

resto de intereses en conflicto [incluso sobre el orden público internacional de los Estados]. En consecuencia, en *Neulinger c. Suiza* el TEDH consideró que la ejecución de una resolución judicial ordenando el retorno inmediato de un menor ilícitamente trasladado a otro Estado no se acomoda a su ISN. Priman, en consecuencia, las circunstancias sociales, familiares y afectivas que conforman, entre otras, el interés superior. 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.

El TEDH (X/Letonia2013) 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 DI aplicables a las relaciones entre las partes contratantes¹⁸. Para concluir que no es suficiente valorar el interés superior en abstracto, hay que estudiar las circunstancias concretas. Así, en 2016, se dicta una sentencia interesante a estos efectos 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 aquella, si existen obstáculos para que la madre se desplace allí, si no sería sancionada penalmente de regresar, si tiene recuerdos del padre, el idioma en el que se habla, si desde su sustracción (como es el caso) ha estado exclusivamente a cuidado de la

¹⁸ 107. Par conséquent, la Cour estime que l'article 8 de la Convention fait peser sur les autorités internes une obligation procédurale particulière à ce titre : dans le cadre de l'examen de la demande de retour de l'enfant, les juges doivent non seulement examiner des allégations défendables de « risque grave » pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce. Tant un refus de tenir compte d'objections au retour susceptibles de rentrer dans le champ d'application des articles 12, 13 et 20 de la Convention de La Haye qu'une insuffisance de motivation de la décision rejetant de telles objections seraient contraires aux exigences de l'article 8 de la Convention, mais également au but et à l'objet de la Convention de La Haye. La prise en compte effective de telles allégations, attestée par une motivation des juridictions internes qui soit non pas automatique et stéréotypée, mais suffisamment circonstanciée au regard des exceptions visées par la Convention de La Haye, lesquelles doivent être d'interprétation stricte (*Maumousseau et Washington*, précité, § 73), est nécessaire. Cela ARRÊT X c. LETTONIE 31 permettra aussi d'assurer le contrôle européen confié à la Cour, dont la vocation n'est pas de se substituer aux juges nationaux.

madre... entre otros muchos. Es cierto que si yo tuviera que decidir en relación a este niño en concreto, me parece que la mejor opción es la permanencia con la madre, pero no deja de preocuparme que el punto de partida de la situación es una sustracción internacional, un comportamiento ilícito.

El Tribunal supremo español, en un caso no exactamente de sustracción internacional de menores (hijo fruto de una relación extramatrimonial, respecto del cual la guardia y la custodia correspondía a la madre), niño nacido en Suiza, la madre como consecuencia de la pérdida de trabajo por ser compañera del padre del bebé, regresa a España con él. El Tribunal entiende, en definitiva, que el cambio en la custodia "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" (Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo civil, de 18 de enero de 2017, nº de recurso 2545/2015 Fundamento jurídico tercero apartado 3). Alcanza esta decisión tras analizar los factores en presencia: con quien ha vivido siempre el niño, cual es su entorno familiar, escolarización....

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 conyuges 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 comnten 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 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, me gustaría terminar con una frase del Prof. Pedro Cruz Villalón, que actuó como abogado general en la sentencia 648/11 del TJUE, en cuyas conclusiones afirma: “En consecuencia, 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 nº 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”¹⁹ y, no solo 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

¹⁹ Conclusiones del abogado general parágrafo 72: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134083&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=427624>

en aquellas, para intentar equilibrar los intereses en presencia y evitar soluciones indeseadas.

Bibliografía

- ALASCIO CARRASCO, L. (2008) "El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI n° 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007", en *Revista para el análisis del Derecho (InDret)*, 1/2008.
- ALCAIDE FERNANDEZ, J. (2015), "Orden público internacional y soberanía de los Estados", en AA.VV. (dir.), *La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de la Asociación española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos.
- ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2014) "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional", en *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 6, n° 2.
- BELLOSO, N. (2017), "La concreción del interés (superior del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: La ¿idoneidad? De la mediación familiar", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. X.
- GARDNER, R. A. (1985), "Recent Trends in Divorce and Custody Litigation", *Academy Forum*, 29.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, M. (2008) *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México: UNAM.
- GUTIERREZ ESPADA, C. (2011) "El orden público internacional", en RODRIGO, A.J y GARCIA 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.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. (2015) "Los derechos del niño en el sistema universal de los Derechos Humanos", en *Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos prácticos (AA.VV.)*, Madrid: Unicef-AECID.
- JIMENEZ SOLARES, E. (2014) "Las normas internacionales convencionales de Derechos Humanos y su contribución al orden público internacional", *Revista de Derecho de la UNED*, n° 14.
- KAMTO, M. (2004) "Volonté de l'Etat et orde public international", *Recueil des Cours de Droit International*, tomo 310, Brill/Nijhoff.
- LAING KLAFF, R. (1988) "The Tender Years Doctrine: A Defense", en *California Law Review*, vol. 70-2.

- LOPEZ ZAMORA, L.A. (2018) “Comentarios sobre el orden público internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho Internacional Público”, Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2018), vol. 10, nº2.
- LORA, L. N. (2006) “Discurso jurídico sobre el interés superior del niño”, en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigación y Becarios*, Mar del Plata: Ediciones Suarez.
- MADRIGAL MARTINEZ-PEREDA, C. (2017) “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, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20%20Madrigal%20Mart%C3%ADnez-Pereda,Consuelo.pdf?idFile=299d6006-dbc4-407a-8743-27aa4520f3cb
- [PASCUAL VIVES, F.J. \(2013\) “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una](#)