



**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR EN
LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE
DERECHOS HUMANOS: UNA PERSPECTIVA
*IUSPRIVATISTA***

Tesis presentada para la obtención del Grado de Doctora por

Idoia Otaegui Aizpúrua

Director:

Dr. Juan José ÁLVAREZ RUBIO

Donostia- San Sebastián, 2015

INDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	9
INTRODUCCIÓN	11
1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	11
2. METODOLOGÍA Y FUENTES	12
3. ESTRUCTURA	15
4. EL OBJETIVO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	18
CAPITULO I	
MECANISMOS E INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL	
ÁMBITO INTERNACIONAL	21
1. EL MARCO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DEL MENOR	21
1.1 Protección de carácter universal.....	21
A. Hacia la protección internacional singularizada de los menores	21
B. Instrumentos primarios de protección	24
C. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.	32
D. Otros textos normativos relativos a menores.....	40
E. Los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado	42
1.2 Protección de ámbito europeo	58
A. El Consejo de Europa.....	58
B. La Unión Europea	64
2. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR.....	70
2.1. El deber de protección especial.	70
2.2. El interés superior del menor	74
A. Configuración del paradigma	74
B. Origen y evolución.....	78

C.	Plasmación en el Derecho positivo	80
1.	La regulación en la CDN.....	80
2.	Otras disposiciones normativas internacionales.....	89
3.	Incorporación al ordenamiento jurídico español.....	95
D.	La regulación en el marco de la Unión Europea.....	103

CAPITULO II

INSERCIÓN DEL MENOR EN EL MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO

	DE DERECHOS HUMANOS.....	108
1.	Consideraciones Introductorias	108
2.	La protección del menor en el marco del TEDH y su acceso al Tribunal.....	114
2.1.	El concepto de “víctima” ante el TEDH.	114
	a) Diversidad de víctimas.....	120
2.2.	El menor como “víctima”	125
3.	Las diferentes dimensiones de los derechos incluidos en el CEDH.....	130
3.1.	Derechos que pueden ser objeto de reserva	132
	3.1.1 - Las obligaciones positivas	133
	3.1.2. - Las obligaciones negativas y sus excepciones.....	136
	a) Que la injerencia esté prevista por la Ley	139
	b) Que persiga un fin legítimo.....	141
	c) Que sea necesaria en una sociedad democrática	142
3.2.	El principio de subsidiariedad	145
3.3.	La doctrina del “margen de apreciación nacional”	149
4.	Los derechos del menor en el entorno familiar	154
4.1.	El derecho al respeto de la vida privada y familiar	154
	a) La vida privada como marco de protección: el artículo 8 CEDH	156
4.2.	Noción de vida familiar: contenido y alcance	162
	4.2.1. Elementos constitutivos de la vida familiar	166

4.2.1.1. - La relación de parentesco como base de la vida familiar.....	166
4.2.1.2. - Efectividad del vínculo.....	178
4.3. Derechos y obligaciones derivados de la vida familiar	180
4.3.1. - El derecho a la integración del menor en su familia.....	181
a) Derecho a conocer sus orígenes y al establecimiento de su filiación.....	182
4.3.2. - Derechos y obligaciones ligados al mantenimiento del vínculo familiar	186
4.3.2.1. - Separación del menor de sus progenitores por parte de las autoridades públicas	188
a) Interdicción de la separación del hijo de sus progenitores.....	188
b) Mantenimiento de los vínculos familiares	190
4.3.2.2. - Cohabitación de los menores en caso de separación de los progenitores.....	193
4.3.3. - La protección procesal de los derechos paterno-filiales.....	196

CAPITULO III

LA DIMENSIÓN PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL: PROBLEMAS BÁSICOS DETECTADOS.....	201
1. Consideraciones introductorias.....	201
2. La denegación del reconocimiento del vínculo jurídico creado en el extranjero, vulneradora de derechos fundamentales	209
2.1. Adopción internacional	210
2.2. La <i>Kafala</i>	224
2.3. La gestación por sustitución: un problema a resolver	237
A. Los asuntos <i>Menesson y Labassée c. Francia</i>	243
B. El asunto <i>Paradiso y Campanelli c. Italia</i>	252
C. El estado de la cuestión en el ordenamiento español	258

3.	Denegaciones de reconocimiento y de la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras contrarias al CEDH.....	269
3.1.	Adopción internacional	270
3.2.	Resoluciones relativas al derecho de guarda y custodia.....	272
3.3.	La sustracción internacional de menores.....	277
a)	La sustracción internacional de menores vs. las <i>relocation disputes</i> : las dos caras de una misma moneda.....	284
b)	Las cláusulas <i>ne exeat</i>	286
c)	La sustracción internacional de menores antes del asunto <i>Neulinger y Shuruk</i> <i>c. Suiza</i>	290
4.	La obligación de alimentos	302
5.	El papel modernizador del TEDH en materias relativas a menores	313
5.1.	Su influencia en el ordenamiento jurídico español.....	313
a)	Lo que pudo ser y finalmente no fue, en materia de gestación por sustitución ..	316
5.2.	Los efectos de la doctrina europea en el ordenamiento jurídico francés: los asuntos <i>Menesson y Labassée c. Francia</i>	320
5.3.	Las desigualdades jurídicas, en materia sucesoria, entre hijos/as por razón del nacimiento, vulneradoras de derechos fundamentales.....	326
5.4.	La hipotética ejecución de una resolución de retorno, vulneradora del derecho fundamental al respeto de la vida familiar y del interés superior del menor	334
	Hacia una interpretación jurisprudencial más centrada en el interés superior del menor y menos “encorsetada” en el CH 1980.....	357

CONCLUSIONES	355
1. Sobre la evolución de los textos normativos internacionales relativos a la protección de menores.....	355
2. Sobre los mecanismos de protección de los menores en el ámbito del TEDH	357
3. Sobre la dimensión procesal civil internacional	360
ANEXO I - JURISPRUDENCIA	371
JURISPRUDENCIA DEL TEDH	371
SENTENCIAS.....	371
DECISIONES.....	378
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	380
JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA	381
JURISPRUDENCIA COMPARADA	382
ANEXO II – BIBLIOGRAFIA	385

Du respect, sinon de l'humilité, pour la
blanche, la candide, l'immaculé, la sainte
enfance

Janusz Korczak

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- ACNUR**..... Alto Comisariado de Naciones Unidas para los Refugiados
- AEDIPr** Anuario Español de Derecho internacional privado
- AJDA** Actualité Juridique du Droit Administratif
- AJ Famille** Actualité Juridique de la Famille
- Art.** Artículo
- B.O.E.** Boletín Oficial del Estado
- CDN** Convención sobre los Derechos de 1989
- CE**..... Constitución Española
- CEDH**..... Convenio Europeo de Derechos Humanos
- DGRN** Dirección General de los Registros y del Notariado
- CH 1980** Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980.
- CH 1996** Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996.
- Dr. Fam**..... Droit de la famille
- DUDH** Declaración Universal de los Derechos Humanos
- JDI**..... Journal de droit international
- JCP G**..... Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition générale
- JT** Journal des tribunaux

RCADI..... Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye

Rev. crit.dr. int. pr. Revue critique de droit international privé

RDSS Revue de Droit Sanitaire et Social

REDI Revista Española de Derecho Internacional

RTD Civ..... Revue Trimestrielle de droit Civil

STEDH..... Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH..... Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TC..... Tribunal Constitucional

TJCE Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El planteamiento inicial del objeto de esta investigación fue el estudio de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), durante los últimos treinta años, en materias relativas a DIPr en las que hubiese menores directamente afectados y el análisis de la influencia de dicha jurisprudencia en el ordenamiento jurídico español. La práctica de los últimos años mostraba una tendencia alcista en el número de demandas interpuestas por particulares ante el TEDH, cuya *causa petendi* era la vulneración de uno o varios derechos humanos (de los regulados en el CEDH), en asuntos de DIPr y que afectaban directamente a menores¹. Nuestra labor, por tanto, consistiría en determinar a qué sectores concretos de DIPr quedaban adscritos dichos asuntos; qué repercusión tenían sobre los derechos fundamentales de los menores; qué nivel de protección tenían los menores en este ámbito determinado; si la protección otorgada por el TEDH ha ido en aumento o no y, finalmente, qué influencia ha tenido o tiene esta jurisprudencia supraestatal en los sistemas de protección de los ordenamientos jurídicos de los Estados europeos y, más concretamente, en el ordenamiento jurídico español².

Por otro lado, en todos los asuntos del TEDH que hemos podido analizar, su origen radica en la posible vulneración de uno o varios derecho/s fundamental/es, hecho grave donde los haya, por lo que nadie que recurre al TEDH parte de una situación personal fácil, ni agradable, sino todo lo contrario. Habitualmente, se trata de asuntos muy complejos, muy sensibles, que afectan a la vida más íntima y

¹ Sobre todo, en materia de sustracción internacional de menores.

² Las sentencias del TEDH, incluso en los supuestos en los que el Estado español no sea el demandado, tienen el efecto interpretativo que deriva del artículo 10.2 de la Constitución y que el TC viene reconociendo, al acatar la doctrina contenida en las mismas. Por ejemplo, en materia de sustracción internacional de menores, el TEDH dictó contra España una sentencia (asunto *Iglesias Gil y A.U.I c. España*, de 29 de abril de 2003) en la que se condenaba a España porque sus autoridades no habían cumplido con las obligaciones que el CEDH les imponía. El hecho de que cuatro meses antes de ser dictada la misma se reformara el art. 225 bis del Código Penal, evitó una condena más grave.

más privada de las personas pero, los que nosotros hemos analizado, tienen un “plus” de gravedad porque en todos ellos se han visto directamente afectados menores. Niños y niñas que han padecido situaciones duras y desagradables, provocadas en muchos casos por sus propios progenitores (o por personas que ejerzan dicha figura); y, en otros muchos supuestos por la acción o inacción de las autoridades nacionales.

2. METODOLOGÍA Y FUENTES

Siendo uno de los principales objetivos del presente trabajo de investigación el examen de la jurisprudencia emanada del TEDH, la metodología seguida ha sido la de recopilar las sentencias dictadas por dicho Tribunal (y las que iba dictando conforme avanzaba la investigación), y -en el momento inicial- clasificarlas por materias. El volumen de las sentencias analizadas es sensiblemente superior al de aquéllas finalmente seleccionadas y reflejadas en el presente trabajo. La razón de dicha diferencia numérica reside en que, en un principio, comencé analizando -en general- los temas que cumplieran los requisitos anteriormente citados (sentencias con elemento de extranjería que trataran temas relativos a menores), para posteriormente seleccionar aquéllas que realmente plantearan cuestiones relativas a nuestra disciplina. En ese estadio, tuve que consultar y analizar muchas resoluciones que cumplían uno de los requisitos pero no el otro, sentencias que no cumplían ninguno de los dos pero que eran citadas como jurisprudencia del propio Tribunal, por otras que sí los cumplían, etc.

Asimismo, pude comprobar que también había un volumen importante de sentencias que, no teniendo el elemento de extranjería; es decir, que estando vinculadas a un único ordenamiento, eran muy relevantes a nivel de doctrina jurisprudencial del TEDH. Por dicha razón, estimé pertinente no sólo la consulta de las mismas, sino también su inclusión en el trabajo. A medida que iba

seleccionando las sentencias de Derecho privado en las que hubiese un elemento de extranjería, pudo hacerse una primera clasificación. Descarté todas aquellas relativas al Derecho de extranjería en las que hubiese menores directamente afectados, así como las relativas a la protección de los menores en el ámbito penal, las del ámbito educativo ó las existentes en el ámbito de la libertad de conciencia o de la religión. Asimismo, pude constatar, por una parte, los sectores y materias en las que se plantean principalmente estos asuntos; por otra, que la mayoría de sentencias dictadas en estas materias no son sentencias de DIPr (es decir, les falta el elemento de extranjería) y, finalmente, pude comprobar el volumen descompensado entre unos temas y otros. Las materias en las que se plantean estos asuntos son fundamentalmente las correspondientes al Derecho de Familia, tales como la sustracción internacional de menores, la adopción internacional, el matrimonio, el divorcio y la separación, la sucesión, la filiación, o el reconocimiento y la ejecución de resoluciones (*exequatur*) en todas estas materias que acabamos de citar. Afortunadamente, el TEDH dispone de una completa y actualizada web en la que pude tener acceso directo a las sentencias, así como a los textos oficiales, a estadísticas elaboradas por el propio Tribunal, entre otros datos de interés.

Por otro lado, a pesar de que el núcleo central de la investigación iba a ser la jurisprudencia del TEDH, no podía obviar ni olvidar la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) que también consulté a través de su página web. No obstante, analizados ambos ámbitos jurisprudenciales, he podido constatar que el volumen de sentencias dictadas por el TEDH en el ámbito material anteriormente mencionado, es notablemente superior a las dictadas por el TJUE. Por dicha razón, la línea de investigación se ha reorientado hacia una visión más pura de DIPr en el marco del TEDH, con puntuales alusiones a las del TJUE.

Además, la entonces previsible adhesión de la Unión Europea al TEDH abría una línea de investigación muy interesante en materia de derechos fundamentales y en materia de compatibilidad entre instrumentos normativos similares material y territorialmente. Pero, en el transcurso de la investigación, el TJUE dictó el Dictamen nº 2/2013, de 18 de diciembre de 2014³-, conforme al cual estableció que:

“El acuerdo de adhesión de la UE al CEDH, no es compatible con el artículo 6 del TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 TUE relativo a la adhesión de la UE al CEDH”. De esta manera, se desvanecía -a corto plazo- la esperanza de aquéllos que veían a través de la adhesión de la UE al CEDH una manera de reforzar el sistema de protección de derechos humanos en el ámbito europeo. El TEDH ha puesto de manifiesto que considera que la UE otorga una protección de los derechos fundamentales equivalente a la realizada por el CEDH⁴, así como en los mecanismos de control del respeto de dichos derechos. Pero, en materia de derechos humanos el instrumento de orden público para la protección de los mismos, es el CEDH.

Otra de las páginas web de gran interés consultada con frecuencia, ha sido la de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que me ha permitido acceder a todos los relevantes Convenios internacionales elaborados en el ámbito de esta organización intergubernamental de ámbito mundial, a sus correspondientes Informes Explicativos y a la interesante y útil base de datos existente en materia de sustracción internacional de menores (*Incadat*).

Por otra parte, la aportación doctrinal, sobre todo en lo que al TEDH y a los diversos bloques de materias se refiere, ha sido de gran utilidad para la comprensión y el desarrollo de este estudio. Dicha relevante doctrina se ha obtenido, fundamentalmente, a través de los fondos bibliográficos, de las revistas

³ Vid. J.C. Fernández Rozas, “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, nº 23, febrero 2015, Año III; R. Alonso García, “Sobre la adhesión de la UE al CEDH (o sobre cómo del dicho al hecho, hay un trecho)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 53, enero-marzo 2015.

⁴ STEDH asunto *Michaud c. Francia*, sentencia de 6 de diciembre de 2012, párrafo 102 y asunto *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, sentencia de 30 de junio de 2005.

electrónicas y de las múltiples bases de datos de la Biblioteca de la UPV/EHU y a través de la documentación solicitada a otras universidades españolas y extranjeras, gracias al préstamo inter bibliotecario de nuestra Universidad.

3. ESTRUCTURA

El presente trabajo de investigación se divide en tres Capítulos. Si bien el estudio se centra en el análisis de los mecanismos de protección de menores establecidos por el TEDH -en asuntos de DIPr- y su metodología, así como en la dimensión procesal de estas cuestiones propias de nuestra disciplina, he considerado oportuno realizar en el primer Capítulo de la investigación, un análisis de la evolución del marco normativo de la protección del menor en diferentes ámbitos. En la primera parte de dicho Capítulo, me he centrado en el estudio de la protección normativa de carácter universal, fundamentalmente, la contenida en la Convención de los Derechos del Niño y en los diversos y numerosos Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado para, posteriormente, analizar la normativa de ámbito europeo (Consejo de Europa y Unión Europea, respectivamente). El segundo apartado de este primer Capítulo, se centra en los principios rectores de la protección de los menores, otorgando un destacado papel al principio del interés superior del menor.

En el segundo Capítulo, el objeto de estudio han sido los mecanismos de protección de los menores en el ámbito del TEDH. He estimado conveniente dedicar un Capítulo específico, tanto a la determinación del ámbito de protección del TEDH, como a la especial metodología seguida por el Tribunal a la hora de interpretar los correspondientes artículos del CEDH y del resto de normativa convencional, para una mejor comprensión de su jurisprudencia. Para ello he analizado, en primer lugar, si los menores pueden ser o no considerados víctimas de la vulneración de uno o de varios derechos humanos o libertades fundamentales regulados en el CEDH y, en consecuencia, interponer las correspondientes demandas ante dicho Tribunal. En segundo lugar y, una vez establecido el estatus de víctima del menor, he estudiado las diferentes dimensiones de los derechos

regulados en el Convenio, deteniéndome en los derechos que pueden ser objeto de reserva o ser limitados. Entre estos últimos destaca el artículo 8 del CEDH, el principal artículo vulnerado en los asuntos que nos ocupan. La estructura y el contenido de cada uno de los dos apartados del artículo 8 están analizados con más detalle porque en la interpretación de dichos apartados radica la doctrina jurisprudencial y la metodología del TEDH. Posteriormente, me he detenido en el desarrollo de los derechos del menor en el ámbito familiar, concretamente, en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, en sus diferentes aspectos, porque ése es el ámbito en el que tienen lugar los asuntos que nos ocupan.

Finalmente, el Capítulo III lo he dedicado al estudio y al análisis de las cuestiones relativas a la dimensión procesal (en el ámbito civil internacional), más propias de nuestra disciplina que he ido constatando con mayor frecuencia en la jurisprudencia analizada. La elección de estos aspectos no ha sido caprichosa ni aleatoria. El exhaustivo análisis de la propia jurisprudencia, es el que me ha guiado a la hora de destacar aquellos determinados sectores de DIPr en los que se plantea con mayor nitidez la vulneración de derechos fundamentales, la disfunción entre los problemas jurídicos producidos y la falta de instrumentos adecuados para dar solución a los mismos. Por dicha razón, podrá el/la lector/a constatar, por ejemplo, que no existe un apartado relativo a los problemas que pudieran crear los conflictos de leyes. Podríamos decir que no ha sido una elección personal, sino una consecuencia del análisis de las propias sentencias del Tribunal.

Entre estos aspectos procesales, destacan – en el segundo apartado del Capítulo III- aquéllos relativos al reconocimiento del vínculo jurídico constituido o creado en el extranjero, cuyo reconocimiento ha sido denegado en otros Estados, con la consiguiente vulneración de uno o varios derechos fundamentales. Así, analizaremos los asuntos juzgados por el TEDH por dicho motivo, en materia de adopción internacional, de *kafala* o, en la compleja cuestión de la gestación por sustitución. En el tercer apartado del Capítulo, analizaremos aquellos casos, propios de Derecho internacional privado, en los que la denegación del reconocimiento o de la ejecución de una resolución judicial dictada por una

autoridad extranjera, ha constituido la vulneración de un derecho fundamental. En este apartado, hemos dedicado una especial atención a las numerosas sentencias existentes -en el ámbito del TEDH- relativas a la sustracción internacional de menores. También han sido objeto de atención algunas sentencias dictadas por el TJUE en esta materia, pero en menor medida que las anteriores. Para finalizar dicho Capítulo, he puesto de relieve el creciente papel modernizador del TEDH en materia de protección de menores, destacando aquellos ámbitos en los que, en mi opinión, dicho papel es más notorio.

Cierto es que el planteamiento de este tercer Capítulo o, incluso del trabajo de investigación podía haber sido otro, teniendo en cuenta -por ejemplo- el gran volumen de sentencias relativas a la sustracción internacional de menores dictadas por el TEDH. Todas ellas podían haber constituido el único centro de la investigación y hubieran permitido el planteamiento de diferentes líneas de estudio pero, dado que el tema ha sido y es objeto de profundo análisis por una parte relevante de la doctrina (entre la que se encuentran autores/as de reconocido prestigio), nuestra opción fue la de plantearlo desde otro prisma. En todo caso, queda así abierta una futura línea de investigación.

La cuarta parte del trabajo de investigación corresponde a las Conclusiones Finales, a las que he llegado tras la realización del mismo. Asimismo, como Anexos del estudio, he incorporado la relación de toda la jurisprudencia incluida en el trabajo. El Anexo I incluye la jurisprudencia dictada por el TEDH, el TJUE, la jurisprudencia comparada (francesa, americana y británica), así como la dictada por los tribunales españoles (TS y tribunales inferiores). También han sido incluidas las diversas Resoluciones e Instrucciones de la DGRN analizadas e incluidas en el trabajo. Por último, el Anexo II, es el correspondiente a la Bibliografía que avala el presente trabajo de investigación.

4. EL OBJETIVO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

El principal objetivo ha sido, por un lado, contrastar la evolución de la jurisprudencia del TEDH en un determinado sector del Derecho internacional privado (en este caso, el Derecho de Familia relativo a los menores), con los instrumentos normativos europeos vigentes en dicho ámbito, para verificar si el DIPr visto desde una óptica clásica o general, tiene o no instrumentos normativos suficientes para dar una respuesta adecuada a las necesidades creadas en la actualidad. Y, por otro, constatar si el nivel de protección otorgado por dichos instrumentos a los menores, cuando les han sido vulnerados derechos fundamentales, así como por los Tribunales que los interpretan y los aplican, ha ido en aumento o ha disminuido. Como decía *Janusz Korczak*, uno de los grandes defensores de los derechos de los menores, “la infancia es cándida, inmaculada, santa”, por lo que cualquier vulneración de derechos que afecte a la misma, es una auténtica barbaridad. Desgraciadamente, a día de hoy sigue habiendo un número muy elevado (demasiado elevado) de menores necesitados de protección y, su situación dista mucho de ser la situación ideal para el disfrute de una infancia feliz, equilibrada o en armonía.

Siendo consciente de dicha realidad, la intención ha sido la de destacar aquellos ámbitos relacionados con nuestra disciplina en los que se producen dichas vulneraciones de derechos, y la respuesta jurídica que los instrumentos normativos a nuestro alcance ofrecen a dichas violaciones. Podemos afirmar que estamos ante un momento catártico, en el que el sistema jurídico de protección de menores está en un cambio constante y en el que los instrumentos normativos a nuestro alcance, no son suficientes para dar una respuesta satisfactoria a los problemas de este ámbito. Asistimos, por una parte, a una evidente descoordinación entre las diversas normas internacionales aplicables en la materia (Reglamentos comunitarios, Convenios internacionales elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya, Convenios internacionales elaborados por las Naciones Unidas, etc.) y, por otra, a una atomización jurisprudencial de las sentencias dictadas por los dos Tribunales de ámbito comunitario (el TJUE y el TEDH). La especial sensibilidad

de los temas que se tratan en este ámbito concreto del Derecho de Familia tiene - además- como consecuencia, el hecho de que la falta de respuesta jurídica adecuada acrecienta la inseguridad jurídica para los afectados y para los operadores jurídicos.

El Derecho de familia internacional ha evolucionado tanto durante los últimos cincuenta años, que los sistemas jurídicos no están pudiendo ofrecer una solución adecuada a las cuestiones jurídicas que dicha evolución ha planteado. La mayor movilidad de las personas privadas, tanto en el ámbito europeo como en el internacional, está produciendo una circulación de derechos, libertades y de estatus personales y familiares que, a su vez, encuentra el gran obstáculo de las denegaciones de reconocimiento planteadas por numerosos Estados del espacio europeo.

La complejidad de las nuevas relaciones privadas creadas en el ámbito familiar es de tal magnitud, y la evolución tan rápida, que las respuestas que dichos ordenamientos ofrecen no garantizan – de momento- una adecuada regulación de todas las necesidades que surgen y, sobre todo, no garantizan la protección de la parte más débil en dichas relaciones, que son los menores.

Sin embargo, esta falta de respuesta normativa acorde a las circunstancias, contrasta con el incremento de la preocupación y del interés, tanto de los organismos internacionales como de las autoridades internas, en los temas relativos a la protección de los menores. La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, una de las organizaciones intergubernamentales de carácter mundial más relevantes, ha desarrollado desde principios del siglo XX, una destacable labor en la elaboración de convenios internacionales cuya finalidad ha sido la protección de la familia y, en especial, la de los menores.

El reflejo más palpable de dicha preocupación o interés, lo encontramos en el espectacular y generalizado incremento de la utilización del principio del interés superior del menor, puesto de manifiesto a lo largo del trabajo de investigación, tanto en la numerosa jurisprudencia dictada por el TEDH durante los últimos diez

años en esta materia, como en la jurisprudencia y en la legislación⁵ españolas relativa a la protección de los menores.

⁵En el mes de julio del año 2015, el Congreso de los Diputados ha aprobado numerosas leyes que contienen disposiciones relativas a la protección de los menores. Entre éstas, destacamos la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*B.O.E.* núm. 175, de 23 de julio de 2015), la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*B.O.E.* núm. 180, de 29 de julio de 2015), o la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (*B.O.E.* núm. 158, de 3 de julio de 2015).

CAPÍTULO I

MECANISMOS E INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

1. EL MARCO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DEL MENOR

1.1 Protección de carácter universal

A. Hacia la protección internacional singularizada de los menores

En un mundo ideal, las personas más débiles – menores, personas mayores, personas con alguna discapacidad, etc.-, deberían ser naturalmente protegidas por el resto de personas que conviven con ellas, sin necesidad de que una norma así lo estableciera. Pero, desgraciadamente, la realidad es bien distinta. Si el ser humano no fuera –en demasiadas ocasiones- tan desalmado y cruel, probablemente, no haría falta elaborar normas y disposiciones específicas de protección de los grupos vulnerables o desfavorecidos. Pero, como la realidad es otra, consideramos que la existencia de normas específicas es absolutamente necesaria para la efectiva protección de dichos colectivos.

El proceso de especificación o de concreción de los derechos humanos realizado durante las dos últimas décadas, ha permitido realizar una protección singularizada de los derechos de personas pertenecientes a grupos que se caracterizan por su especial vulnerabilidad o desprotección. El caso de los menores es especialmente significativo. El Derecho internacional de los derechos

humanos ha elaborado nuevas normas que reconocen y protegen los derechos humanos de todas las personas, entre las que se encuentran, evidentemente, los menores. La realidad de millones de niños y niñas sigue siendo totalmente opuesta a los compromisos y objetivos marcados en las normas. A día de hoy, muchos menores siguen sin tener acceso a una educación de calidad (a veces, ni a una educación), o a una atención sanitaria y a una protección social adecuadas; muchos niños y niñas siguen siendo víctimas de horribles conflictos⁶, de las peores formas de trabajo infantil⁷, de explotación y de abusos sexuales cometidos por adultos depravados⁸ (no podemos olvidar el turismo y el abuso sexual que se comete por parte de adultos occidentales en países de asiáticos); se ven inmersos en terribles conflictos armados, en los que en muchas ocasiones también les obligan a participar como soldados (en diferentes países africanos, como Sierra Leona o en Oriente Próximo existen los llamados “niños-soldado”⁹); sus supuestos “protectores” los fuerzan a matrimonios precoces y les hacen padecer prácticas tradicionales absolutamente contrarias a su interés y a su bienestar (por ejemplo, en India o en África), que deberían ser erradicadas¹⁰. Por sus especiales características, los menores constituyen uno de los colectivos más vulnerables y

⁶ Durante el interminable conflicto existente entre palestinos e israelíes, han matado a centenares de niños y niñas. Asimismo, en el conflicto de Siria el número de niños y niñas muertos, desplazados o que viven en condiciones inhumanas, aumenta día a día sin que la comunidad internacional termine con este drama humano.

⁷ Casi ocho millones de menores de 18 años trabajan en Bangladesh, en condiciones inhumanas, en jornadas laborales de nueve horas, los 365 días del año, sufriendo golpes y maltrato por parte de sus jefes para poder ayudar a sus familias, según información publicada el día 5 de agosto de 2015, en El País. http://elpais.com/elpais/2015/08/03/planeta_futuro/.

⁸ Unicef publicó el 5 de septiembre de 2014 el informe denominado “Oculto a plena vista”, en el que denunciaba que una de cada diez niñas en todo el mundo ha sido víctima de violaciones o de actos sexuales forzados y una de cada tres adolescentes – entre los 15 y 19 años- casadas, unos 84 millones, han sido víctimas de violencia emocional, física o sexual por parte de sus maridos o parejas. Todavía a día de hoy, cerca de la mitad de las adolescentes entre dichas edades, consideran que un marido tiene justificado pegar a su mujer en determinadas circunstancias. La prevalencia de la violencia doméstica es de un 70% o superior en la República Democrática del Congo y en Guinea Ecuatorial y de un 50% en Uganda, Tanzania y Zimbabue.

⁹ También en el reciente conflicto existente entre Siria e Irak y el autoproclamado “Estado islámico de Irak”. Los yihadistas, según el informe publicado el 2 de septiembre de 2014, por Amnistía Internacional (AI), *Ethnic cleansing on historic scale: the Islamic State’s systematic targeting of minorities in northern Iraq* (Limpieza étnica a niveles históricos: las minorías del norte de Irak, objetivo sistemático del Estado islámico), están cometiendo actos de “limpieza étnica”, matando a menores iraquíes y sirios y los están utilizando como escudos humanos. Vid. *El País, Internacional*, el día 2 de septiembre de 2014, <http://elpais.com/>.

¹⁰ En el mismo Informe citado en la nota a pie nº 8, Unicef pone de manifiesto que alrededor del 17 % de los niños/as de 58 países son objeto de graves formas de castigos físicos. Concretamente, más del 40% de los niños de 2 a 14 años de Chad, Egipto y Yemen han experimentado graves castigos físicos.

por ello, están expuestos a la discriminación, la marginación y a la exclusión. En definitiva, a pesar de la regulación existente, no podemos decir que la efectiva protección de los derechos de los menores sea un hecho, ni mucho menos. Persisten aún numerosos obstáculos que impiden la plena realización de sus derechos, tales como limitaciones jurídicas y normativas relativas a la edad y el estado civil; la disponibilidad y el acceso físico, económico y sin discriminación a los servicios sanitarios o, la vulneración de principios como el consentimiento informado y el secreto profesional.

Asimismo, el sistema de protección de los menores ha sufrido cambios relevantes. De un cuidado y protección enmarcados exclusivamente en el ámbito familiar, se ha pasado a una protección más efectiva y más rápida por parte de las autoridades públicas. No obstante, el primer ámbito de protección sigue siendo la familia y sólo cuando ésta no pueda o no quiera realizar dicha protección, intervendrán las autoridades públicas. Una de las razones del cambio con respecto al sistema anterior, es la transformación en el estatus del menor. Los niños y las niñas han pasado de ser un mero objeto de derechos y de protección, a ser titulares de dichos derechos. Esa variación en el estatus de los menores, ha tenido como consecuencia un cambio en el sistema de protección de los mismos. Durante las últimas décadas, la preocupación por la vulnerabilidad de los niños ha sido puesta de manifiesto por las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea, así como por organizaciones no gubernamentales, instituciones nacionales de derechos humanos e instituciones académicas. Actualmente, la protección de los menores y la búsqueda de su interés superior constituye una tendencia cada vez más generalizada, que ha tenido su reflejo tanto en la jurisprudencia supranacional como en la estatal y en la normativa elaborada en los diferentes ámbitos mencionados¹¹, tal y como analizaremos a continuación.

¹¹ Sirva como ejemplo la recientemente aprobada Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia (*B.O.E.* núm. 180, de 29 de julio de 2015), que introduce relevantes modificaciones en materia de protección de menores en la legislación española (en el Código Civil, en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, en la Ley 54/2007 de Adopción Internacional o en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil).

B. Instrumentos primarios de protección

Si la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en el “Caso relativo a la aplicación del Convenio de 1902 sobre la tutela de los niños”- más conocido como “asunto *Boll*”¹²- fue una de las precursoras en pronunciarse sobre el bienestar del menor y en la aplicación inmediata de medidas protectoras adoptadas por las autoridades de la residencia habitual con respecto a los menores extranjeros, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño¹³ fue la culminación de un proceso de evolución en la protección de los derechos del niño a nivel internacional, iniciado en la década de 1920¹⁴.

Pero, previo a la aprobación de dicha Convención, fueron promulgados otros textos -con mayor o menor valor jurídico- pero indispensables todos ellos para llegar a la elaboración de la Convención. El primer texto internacional específico sobre los derechos del niño, fue la Declaración de los Derechos del Niño¹⁵, adoptada por la Sociedad de Naciones en 1924, también conocida como

¹² Sentencia de 28 de noviembre de 1958, *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays Bas c. Suède)*; resumen disponible en *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas, 1948-1991*, www.icj-cij.org/homepage. Sobre dicho asunto existe abundante bibliografía, entre la que destacamos, H. Battifol y P.H. Francescakis, « L'arrêt Boll de la Cour internationale de justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1959, pp. 256-279 ; G. Droz, « Une Convention de La Haye de droit international privé devant la CIJ », *Rev.crit.dr. int .pr.* 1958, pp. 626 y ss.

¹³ Dicha Convención fue aprobada por unanimidad y abierta a la firma, ratificación y adhesión de los Estados, por la Asamblea General en su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Con respecto a España, fue firmada el 26 de enero de 1990, ratificada el 6 de diciembre de 1990 y entró en vigor el 5 de enero de 1991 (*B.O.E.*, nº 313, 31-XII-1990). Sobre su proceso de gestación, *Vid.* N. Cantwell, “The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the rights of the Child”, *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the “Travaux Préparatoires”* (S. Detrick, ed.), Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 27.

¹⁴ Según E. Pérez Vera, esto prueba la dificultad que existe para la creación de mecanismos de protección de derechos humanos en el ámbito universal, incluso cuando los Estados ya han asumido los principios que contienen estos derechos, pues “mientras que las primeras [las declaraciones] se limitan a proclamar el grado de consenso alcanzado en una materia que, sin embargo, aún no se considera apta para su codificación, los segundos [los Convenios] codifican la materia en cuestión, imponiendo obligaciones concretas a los Estados que voluntaria e individualmente manifiestan su aceptación de los mismos” (*cf.* E. Pérez Vera, “El Convenio de los derechos del niño en el marco de la protección internacional de los derechos humanos”, *Garantía internacional de los derechos sociales: Contribución de las Naciones Unidas al progreso de desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y el desarrollo del voluntariado*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 169-185).

¹⁵ Quisiera hacer una puntualización con respecto al término “niño” que va a ser utilizado durante todo el trabajo de investigación. Aunque pudiera parecer un tema menor, considero que es importante destacar la razón por la que se utiliza en muchas ocasiones, en los textos normativos, únicamente el género

la “Declaración de Ginebra”. La Declaración tiene su origen en una mujer, en *Eglantyne Jebb*¹⁶. Esta profesora de historia británica, políglota y proveniente de una familia filántropa, constató, después de haber sido testigo del horror que supuso la Primera Guerra Mundial, que los niños necesitaban una protección especial. Con el fin de ayudar y de proteger a los niños víctimas de la Guerra, fundó en 1919 -junto a su hermana *Dorothy*- el Fondo *Save the Children* (*Save the Children Fund*) en Londres¹⁷. El 6 de enero de 1920, con el apoyo del Comité Internacional de la Cruz Roja, *Eglantyne* creó en Ginebra la Unión-Alianza Internacional *Save the Children*. Les dijo a sus amigos de la Alianza que “elaboraran una breve declaración que fuera fácil de traducir y fácil de entender”¹⁸. Otra de sus mayores preocupaciones era el *principio de universalidad*, en virtud del cual *todos* los niños, sin consideración de su nacionalidad, raza, creencia, etc. tienen derecho a sus derechos¹⁹. Y, uniendo ambos aspectos, fue elaborada -en 1923- la primera Declaración de los Derechos

masculino. Quiero creer que dicha razón obedece – aunque no estemos de acuerdo con la misma- a una cuestión de traducción al castellano (o de comodidad). Tanto en inglés como en francés (los idiomas oficiales en los que, habitualmente, se redactan los textos que utilizaremos), se utilizan otros términos que no son masculinos o femeninos en sí (*child* en inglés y *enfant*, en francés), pero en ambos idiomas el género de dichos términos se distingue con artículos (*elle/il*) o con pronombres (*her/his*). Y, así lo hace la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que sí distingue entre “niño” y “niña”, en el apartado 2 del art. 3. Cuando cita el bienestar “del niño o de la niña”, habla de él y de ella (“...*is necessary for his or her well-being (...), duties of his or her parents...*”). Es decir, los textos originarios sí suelen distinguir el género, pero cuando se realiza la correspondiente traducción al castellano, la tendencia es la de traducir dichos términos al género masculino. No obstante, debemos mencionar que UNICEF, en las versiones en castellano de los últimos informes sobre el Estado Mundial de la Infancia, “hace visibles” a las niñas. “Un mundo en el cual el interés superior de los niños y niñas sea una preocupación fundamental para todos...”

http://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/SOWC_SpecEd_CRC_ExecutiveSummary_SP_10010_9.pdf.

Para disipar cualquier duda relativa al correcto uso del género, el Diccionario Panhispánico de Dudas de la R.A.E. (2005), ha establecido los correspondientes criterios gramaticales y normativos.

Por otra parte, según señalaba Lázaro Carreter, a propósito de la oratoria utilizada por los políticos en las campañas electorales (en julio de 1999), “...los pares ciudadanos-ciudadanas, compañeros y compañeras (...) repicaron estas semanas... Un ánimo reivindicativo mueve a muchos y, sobre todo, a muchas a arrebatar al masculino gramatical la posibilidad, común a tantas lenguas, de que, en los seres sexuados, funcione despreocupado del sexo, y designe conjunta o indiferentemente al varón y a la mujer, al macho y a la hembra. (...). Pero una observancia continua y cartujana de tales copulaciones causa ralentización del discurso y tedio mediático”. Siendo cierto este último aspecto relativo a la ralentización del discurso o del relato, no es menos cierto que, considero todavía necesaria una visibilización del género femenino en el lenguaje, por lo que -en algunas ocasiones- utilizaré ambos géneros.

¹⁶ Nació en *Ellesmere-Shropshire* (Reino Unido), el 25 de agosto de 1876 y falleció en Ginebra (Suiza), el 20 de diciembre de 1928. Cursó los estudios de Historia en la Universidad de Oxford.

¹⁷ La primera reunión pública de dicho fondo tuvo lugar en el *Royal Albert Hall* de Londres, el 19 de mayo de 1919.

¹⁸ Vid. E. Veerman Philip, *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 155.

¹⁹ E. Veerman Philip..., *op.cit.*, p. 91.

del Niño, que fue adoptada por la Alianza Internacional *Save the Children* (en su cuarta asamblea general) y publicada por primera vez en la revista de *Save the Children The World's Children*. El 28 de febrero de 1924, tuvo lugar una ceremonia en el Museo de Arte e Historia de Ginebra, en la que fue presentada a los representantes del Gobierno del Cantón de Ginebra una copia de la Declaración firmada por todos los miembros de la Alianza Internacional. Desde aquella fecha, el documento se halla en el Archivo Estatal del Cantón de Ginebra. Pero, el espaldarazo al estatus de la Declaración de Ginebra se produjo el 26 de septiembre de 1924, ya que- gracias a la presión de *Eglantyne*- la Quinta Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la comúnmente conocida como la “Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño”. De esta manera, se aprobaba por primera vez en la historia un texto internacional sobre Derechos Humanos que contenía derechos específicamente dirigidos a los niños y niñas.

El texto de la Declaración señalaba que²⁰:

“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, comúnmente conocida como Declaración de Ginebra, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe al/a niño/a lo mejor que tiene para dar, declaran y aceptan como su deber que, más allá y por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o credo:

1. El/la niño/a debe recibir los medios necesarios para su normal desarrollo, tanto material como espiritualmente.
2. El/la niño/a hambriento/a debe ser alimentado/a, el/la niño/a que está enfermo/a debe ser atendido/a, el/la niño/a que mira hacia atrás debe ser ayudado/a, el/la niño/a delincuente deberá ser reclamado/a y el/la huérfano/a y desamparado/a debe ser protegido/a y socorrido/a.

²⁰ El texto original de la Declaración está en inglés. El que nosotros citamos es una traducción no oficial y queremos destacar que hemos reflejado el género en los términos referidos al niño o a la niña. Pero la mayoría de los autores consultados en esta materia, no lo hacen, traduciéndolo simplemente como “niño”. *Vid.* Entre otros, la versión castellana de la monografía *La Convención sobre los Derechos del Niño, Trasfondo, motivos, estrategias, temas principales*, de E. Verhellen, Amberes/Apeldoorn, Garant, 2002, pp. 80-81.

3. El/la niño/a debe ser el/la primero/a en recibir socorro en situaciones de emergencia.
4. El/La niño/a debe ser puesto/a en condiciones de ganarse la vida, y debe ser protegido/a contra toda forma de explotación.
5. El/la niño/a debe ser educado/a en la conciencia de que sus talentos deben dedicarse al servicio de los semejantes”.

El texto fue muy relevante porque reconocía determinados derechos a los niños y niñas pero, sin embargo, no definió qué entendía por “niño/a”, porque se consideró que no era necesario elaborar dicha definición²¹. A pesar de la importancia del texto en cuestión, éste no fue del agrado de uno de los mayores defensores de los derechos de los niños/as que ha habido en la historia reciente. Nos referimos a *Janusz Korczak*²², para quien la Declaración aprobada en 1924 no era suficientemente clara y era más suplicante que apremiante²³. Él quería derechos y no caridad; de forma inmediata y no en un futuro lejano. Según Korczak, “los legisladores ginebrinos han confundido los conceptos de deber y de derecho: el tono de la Declaración se corresponde más a una plegaria que a una exigencia. La Declaración es un llamamiento a la buena voluntad, una solicitud de comprensión”. Para Korczak había dos derechos importantes con respecto a los niños: uno era el derecho a ser querido y, el segundo, el derecho al respeto. Defendió los derechos de los niños –algunos como el derecho de los niños a la propiedad, a su privacidad, el derecho a ser él/ella mismo/a, etc.- como nadie lo había hecho hasta ese momento. Pero los derechos que defendía para los niños no estaban exentos de obligaciones que –según él- éstos debían cumplir. Es decir, derechos para los menores sí, pero también obligaciones. Asimismo, luchó contra la sobreprotección de los niños por parte de los adultos. Consideraba que

²¹ Según G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, p. 33.

²² *Janusz Korczak* era el seudónimo de *Henryk Goldszmit* (1878-1942), pediatra, pedagogo, polaco y judío, que ayudó a los niños e intentó proteger sus vidas. Los intentó proteger hasta tal punto que murió ejecutado -el 6 de agosto de 1942- por los nazis alemanes, junto a los 192 huérfanos judíos que se encontraban en el orfanato de *Treblinka*.

²³ *Vid. J. Korczak, Le droit de l'enfant au respect. L'héritage de Janusz Korczak. Conférences sur les enjeux actuels pour l'enfance*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009, p. 35. El libro fue publicado por primera vez en 1929 y reeditado por el Consejo de Europa en 2009, p. 7.

la sociedad no se tomaba en serio a los menores en el momento en que lo eran, «*C'est comme s'il y avait deux vies; l'une, que l'on prend au sérieux et que l'on respecte, l'autre, que l'on tolère avec quelque indulgence, à laquelle l'on accorde moins d'intérêt. On parle de futurs adultes, des futurs travailleurs, des futurs citoyens que seront les enfants et qu'on ne prendra au sérieux ou qu'on ne commencera véritablement à prendre au sérieux que plus tard*»²⁴.

La Declaración de Ginebra regulaba determinados derechos -los relativos al desarrollo físico y moral y otros referentes a su protección frente a cualquier explotación social-, pero no era vinculante²⁵. En 1934, la Asamblea General de la Liga de las Naciones volvió a aprobar la Declaración. Los Estados firmantes se comprometieron a incorporar los principios contenidos en el documento en sus leyes nacionales, pero no estaban legalmente obligados a hacerlo. Asimismo, la Organización de las Naciones Unidas adoptó una versión ligeramente enmendada en 1946, y el 20 de noviembre de 1959, mediante su Resolución 1386 (XIV), la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una versión como su propia Declaración de los Derechos del Niño. Este texto desarrolló algo más el contenido de la Declaración de Ginebra, introduciendo otros cinco principios, pero seguía sin tener carácter obligatorio.

Así, se regulaban los siguientes diez principios:

- El derecho a la igualdad del niño/a, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión o nacionalidad, posición económica, nacimiento u otra condición del propio niño/a o de su familia.
- El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño, de forma saludable y normal y en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.
- El derecho a un nombre y a una nacionalidad, desde su nacimiento.

²⁴ Vid. T. Hammarberg, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », Strasbourg, 30 de mayo de 2008, <https://wcd.coe.int>.

²⁵ No sólo no era de carácter vinculante para los Estados, sino que estaba concebida como un instrumento de asistencia a los menores. Vid. G. Van Bueren, *The International...op. cit.*, pp. 6-9.

- El derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados, tanto a él como a su madre, incluso de atención prenatal y postnatal.
- El derecho a una educación y a un tratamiento, y el cuidado especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
- El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar de los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia.
- El derecho a una educación gratuita y a actividades que le permitan desarrollar sus aptitudes, su juicio individual, su sentido de la responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.
- El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.
- El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.
- El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

Aunque esta última Declaración tuviera carácter programático y sin eficacia jurídica alguna, el texto supuso un avance en el tratamiento del/de la niño/a con respecto a la Declaración de Ginebra de 1924. En primer lugar, porque se recogieron explícitamente más derechos y ámbitos concretos de protección que no aparecían en el texto de 1924; y, en segundo lugar – y lo más importante, en nuestra opinión-, porque el/la niño/a aparecía por primera vez como sujeto activo de derechos, a diferencia de lo que sucedía en la Declaración de Ginebra. Desde nuestro punto de vista, uno de los principios más relevantes es el Principio 2, dado que introduce el concepto del “interés superior del menor”.

Así, dicho Principio 2 establecía que:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Por otro lado, fueron aprobadas diversas normas que, no regulando específicamente derechos relativos a los niños, contenían disposiciones relativas a la infancia y a la familia, a la educación y a la filiación, como fue el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (en adelante, DUDH)²⁶. La regulación contenida en esta norma bien pudo influir en el posterior desarrollo de derechos específicos para los menores. Asimismo y, basándose en los logros de la DUDH, en 1976 entraron en vigor el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷, junto con sus dos Protocolos Facultativos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸. Los dos Pactos han desarrollado la mayoría de los derechos ya consagrados por la DUDH, haciendo que sean efectivamente vinculantes para los Estados que los han ratificado. En su mayoría, definen derechos tales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, la libertad de expresión, el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación. Estos dos Pactos, junto con la DUDH

²⁶ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

²⁷ El Pacto fue aprobado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor casi diez años más tarde, el 23 de marzo de 1976 (*B.O.E.* 30-IV-77). Entre los derechos que se enuncian en el Pacto destacan, entre otros, los siguientes: el derecho a la vida (art. 6); el derecho a la integridad física y a no ser sometido a torturas (art. 7); el derecho a la libertad y seguridad personales (art. 9); el derecho a la libre circulación (art. 12); el derecho de los extranjeros a no ser expulsados arbitrariamente (art. 13); el derecho a las garantías mínimas en los procesos penal y civil (art. 14); el derecho a la privacidad (art. 17); el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18); el derecho a la libertad de opinión y expresión (art. 19); el derecho de asociación (art. 22); el derecho al matrimonio y a fundar una familia (art. 23); el derecho a las medidas de protección, a ser inscrito en un registro, a tener un nombre y a una nacionalidad (art. 24); el derecho a participar en asuntos públicos (art. 25); y la igualdad ante la ley (art. 26).

²⁸ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con su artículo 27.

y sus Protocolos Facultativos, constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos.

El art. 24²⁹ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁰ establece que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado; el derecho a ser inscrito en un registro, a tener un nombre que lo identifique y, el derecho a ostentar una nacionalidad. Asimismo, dicho Pacto prohíbe la imposición de la pena de muerte a menores de 18 años de edad.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales se refiere específicamente a los niños en los art. 10.3, 12 y 13³¹, y en el art. 3 dice que: “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”, por lo que debería entenderse que también se aplica a los niños.

²⁹ Artículo 24: “1.- Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen social o nacional, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

³⁰ En este Pacto, los niños, como seres humanos, son titulares de los derechos incluidos en él y aplicables a todo individuo. Indudablemente, los niños ostentan la titularidad de los derechos civiles contenidos en el Pacto; sin embargo, no resulta tan unánimemente aceptado que sean titulares de los llamados derechos políticos. De hecho, los niños no pueden ejercer los derechos contenidos en el artículo 25, que se refiere a la facultad de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, así como la de votar y ser elegidos en elecciones periódicas. Además este Pacto contiene de forma específica normas sobre el reconocimiento y protección de los derechos de la infancia, si bien las referencias del Pacto “a la infancia son también discretas y casi siempre referidas a su entorno familiar y educativo”, *Vid.* A. Mangas Martín, “La protección internacional de los derechos del niño”, *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, nº 4, 1998, pp. 7-15.

³¹ El art. 10.1 concede a la familia protección y asistencia, en especial mientras se ocupe del cuidado y educación de los hijos, por ser ésta (la familia), “el elemento natural y fundamental de la sociedad”. El apartado 3 del mismo artículo, declara que los Estados partes reconocen que “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación, o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social...”. El art. 13 consagra, en general, el derecho a la educación. El artículo 12, al reconocer el derecho a la salud física y mental, prevé que los Estados adopten medidas para “la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”.

C. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

En 1989, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Convención sobre los Derechos del Niño, “el instrumento jurídico de carácter general más relevante que ha sido adoptado para la protección internacional de la infancia”³². Tras veinticinco años de vigencia de la Convención³³, podemos afirmar que ha sido el texto más relevante durante estos años en materia de protección de menores. Hasta entonces, tanto en la Declaración de Ginebra como en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el menor era considerado como un “objeto con necesidad de atención y protección”. A pesar de que la Declaración de 1959 lo estableció por primera vez, su falta de eficacia jurídica tuvo como consecuencia que no fuera hasta la aprobación de la Convención de 1989 cuando el/la niño/a fue considerado/a realmente como un sujeto de derechos. Los niños y las niñas pasaron a ser titulares de los derechos que se les reconocían y no meros objetos de los mismos³⁴. También estableció dicho texto internacional quién puede ser considerado niño o niña³⁵:

“Todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (Art. 1).

Es decir, en el ámbito de aplicación de este Convenio, se estableció un límite de protección máximo fijado en los dieciocho años³⁶, momento en el que el niño o la niña alcanzaran la mayoría de edad. No obstante, si el/la menor adquirieran, en virtud de su ley nacional la mayoría de edad a una edad inferior,

³² Vid. *Los menores en el Derecho español*, AA.VV. (Coord. I. Lázaro González), Madrid, Tecnos, 2002, p. 99.

³³ Se cumplieron el 20 de noviembre de 2014.

³⁴ Vid. J. Zermatten, *The Best Interests of the Child. Literal Analysis, Function and Implementation. Working Report*, Institut International des Droits de l’Enfant, 2010.

³⁵ La CDN utiliza el término “niño/a”, descartando el término de “menor”, porque este último plantea problemas de calificación y de conflicto móvil.

³⁶ Vid. M. Moyá Escudero, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 39

el límite de protección sería el establecido por dicho ordenamiento³⁷. De esta manera, lo que se pretendía era desvincular la edad en la que se protege a los niños de las diferentes edades en las que, en virtud de las legislaciones estatales, los menores adquieren la mayoría de edad³⁸. Asimismo, se reconoció -por primera vez- la totalidad de los derechos humanos a los menores, dando prioridad a los intereses del menor frente al resto de intereses concurrentes en los procedimientos que les afectan³⁹. Podemos decir que, de hecho, se trata de un instrumento de derechos humanos para los niños⁴⁰. Este texto incorpora cuatro principios generales relativos a los mismos:

- 1.- El interés superior del menor será una consideración primordial a la que se atenderá en todas las medidas concernientes a los niños (art. 3).
- 2.- Todo/a niño/a tiene derecho intrínseco a la vida y los Estados Parte garantizarán, en la medida de lo posible, la supervivencia y el desarrollo del/de la niño/a (art. 6).
- 3.- Debe garantizarse a los niños el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez (art. 12).
- 4.- No habrá discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición (art. 2).

³⁷ La inclusión de este límite inferior a los dieciocho años obedece a que en las negociaciones del Convenio, los Estados más pobres pusieron objeciones a los 18 años porque sus legislaciones establecían la mayoría de edad a edades inferiores y entendían que no podían hacer frente a esta carga de protección más allá de dicha edad.

³⁸ Vid. A. Borrás, “La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989”, *La Protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, AA.VV. (Dir. F. Aldecoa, J. J. Forner), AEDPIRI, Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 13.

³⁹ Vid. C.M. Díaz Barrado, “La Convención sobre los Derechos del Niño”, *Estudios Jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1991, pp. 220 y ss.; R. Carmona Luque, *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de Progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Dykinson, 2011.

⁴⁰ Vid. T. Hammarberg, “Foreword”, *Implementing the Convention on the Rights of the Child. Resource Mobilization in Low-Income Countries*, The Hague, Unicef, Martinus Nijhoff, 1995.

De estos cuatro principios, el del interés superior del menor está en primer lugar, ya que refleja el espíritu - el mensaje central - de la Convención y permea todo el resto de disposiciones. Como señalan Philip Alston y Bridget Gilmour-Walsh⁴¹, no hay ningún artículo de la Convención o de cualquier derecho reconocido en estas disposiciones que no se vean afectados por este principio.

Uno de los aspectos más novedosos introducidos por la CDN, es el relativo a la participación de los niños/as en aquellos ámbitos que les afecten, como son la familia, el ámbito escolar o la comunidad en la que viven. El artículo 12⁴² establece que, en función de su edad y madurez y, de acuerdo con su nivel de desarrollo, la opinión de los menores será tenida en cuenta. Esto significa que el niño o la niña, ya no serán unos meros espectadores de los cuidados que las personas o autoridades responsables les quieran otorgar, sino unos participantes activos de sus propias vidas.

Por otra parte, el hecho de que la ratificación de este instrumento haya sido cuasi-universal⁴³, le otorga una fuerza importante al nuevo estatus del niño/a. En la medida en que la forma adoptada es la de un tratado internacional, los principios y derechos regulados en él adquieren una mayor relevancia. De esta manera, “...los Estados Partes (...), están obligados a respetar sus disposiciones y a adaptar su legislación interna al texto convencional, resultando, en caso contrario, jurídicamente responsables de sus acciones respecto de los derechos del niño”⁴⁴. La entrada en vigor de la Convención, según P. Lagarde⁴⁵,

⁴¹ Ph. Alston y B. Gilmour-Walsh, *The Best Interests of the Child: Towards a synthesis of children's rights and cultural values*, UNICEF, Innocenti Studies, 1996/9, p. 1

⁴² Art. 12 CDN, ”1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

⁴³ En el año 2015, los Estados Unidos de América y Somalia siguen sin ratificar el texto, únicamente lo han firmado. Estados Unidos lo firmó el 16/02/1995 y Somalia el 9/05/2002.

⁴⁴ Vid. P. Rodríguez Mateos, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, vol. XLIV (1992), 2, p. 467.

⁴⁵ Vid. P. Lagarde, *Informe explicativo del Convenio de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, XVIII Sesión, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, 1997, p. 9.

hizo necesaria la revisión de numerosas legislaciones nacionales y de Convenios internacionales cuyas soluciones no estaban en armonía con los nuevos principios. Por tanto, a partir de la CDN, tal y como subrayó el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas⁴⁶ en su Observación General n° 7 de 2005⁴⁷, *“los menores de edad son beneficiarios de todos los derechos consagrados en la Convención. Tienen derecho a medidas especiales de protección y, de conformidad con sus capacidades en evolución, al ejercicio progresivo de sus derechos”*. En aquel momento, los dirigentes mundiales decidieron que los niños y las niñas debían tener una Convención especial destinada exclusivamente a ellos, por los especiales cuidados que necesitaban. Los dirigentes querían también garantizar que el mundo reconociera que los/as niños/as tenían también derechos humanos.

Las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ponen de relieve no sólo la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos, aplicable en materia de infancia, sino también la interdependencia existente en el ámbito internacional, entre los distintos sistemas regionales de protección de los derechos humanos de los niños. El Comité dictó la Observación general n° 7 - anteriormente citada-, especialmente centrada en los Derechos del niño en la

⁴⁶ El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención por sus Estados Partes y la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención; el Protocolo relativo a la participación de niños en los conflictos armados y el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Está formado por dieciocho personas independientes con una “alta moral” y competencia reconocida en material de derechos humanos. Los miembros son elegidos por un período de cuatro años (pudiendo ser reelegidos), por los Estados Parte, según lo establecido en el art. 43 del Convenio. Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Cf. “Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes en virtud del artículo 44, párrafo 1 b), de la Convención sobre los Derechos del Niño”, aprobadas por el Comité en su 55º período de sesiones (13 de septiembre a 1º de octubre de 2010), CRC/C/58/Rev. 2. El primer informe que deben presentar los Estados debe hacerse a los dos años de su adhesión a la Convención y luego, cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de “observaciones finales”. Asimismo, solicita a los Estados Partes que en relación con el grupo de artículos comprendidos bajo la sección “Entorno familiar y modalidades alternativas de cuidado (artículos 5, 9 a 11, 18 (párrafos 1 y 2), 19 a 21, 25, 27 (párrafos 4) y 39)”, aporten la información sobre las medidas de apoyo a las familias.

⁴⁷ Vid. Observación General n° 7 (2005), titulada *“Realización de los derechos del niño en la primera infancia”*, Comité de los Derechos del Niño, 40º período de sesiones, Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1,párrafo 3, p.2.

primera infancia⁴⁸, porque entendía que tras el examen de los informes de los Estados Parte –en los que éstos proporcionaban poca información relativa a la primera infancia y los datos que facilitaban se limitaban a temas de mortalidad infantil, registro de nacimientos y atención de la salud-, era necesario estudiar las repercusiones más amplias de la Convención en los niños pequeños e impulsar el reconocimiento de que los niños pequeños son portadores de todos los derechos consagrados en la Convención y que la primera infancia es un período esencial para la realización de estos derechos.

El carácter comprensivo de los derechos del niño y su vocación de universalidad, confirman que la CDN es el primer instrumento internacional vinculante que regula todos los derechos humanos: los civiles, políticos, económicos, culturales y sociales. La gran influencia ejercida por la Convención en todos los ámbitos, puso de manifiesto la necesidad de avanzar en esta materia. En efecto, con posterioridad a la CDN, fueron elaborados en la última década del siglo XX numerosos instrumentos jurídicos que, bien en relación con la protección de los derechos humanos en general o bien de forma específica referidos a la infancia - unos de carácter vinculante y otros de contenido más cercano a lo político que a lo estrictamente jurídico-, realizaron aportaciones a la protección de los derechos de los niños y de las niñas.

En todos ellos, la CDN supuso una influencia inequívoca⁴⁹. Uno de los avances alcanzados con la Convención, es el cambio de paradigma con respecto a la infancia, pues se fundamenta en la doctrina de la protección integral, que reconoce a los niños como sujetos de derecho. Ello implica que los menores tienen capacidad, de acuerdo a su nivel de desarrollo, para involucrarse en los asuntos que le conciernen y asumiendo las responsabilidades inherentes al cumplimiento de deberes, en la línea de lo que en su día defendía *Janusz Korczak*. Refleja, además, una nueva perspectiva en torno a los/as niños/as que

⁴⁸ El Comité definió como “primera infancia” el período comprendido desde el nacimiento del niño hasta los ocho años de edad, *loc.cit.*, párrafo nº 4.

⁴⁹ Vid. G. Van Bueren, “Protecting Children’s Rights in Europe- A Test Case Strategy”, *European Human Rights Law Review*, 1996, 2, p. 177.

no son propiedad de sus padres, ni tampoco los beneficiarios indefensos de una obra de caridad; son seres humanos y, como tales, destinatarios de sus propios derechos. El/la niño/a es un individuo y el miembro de una familia y de una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a cada etapa de su desarrollo.

Esta Convención se ha completado a través de diversos Protocolos Facultativos, entre los que se encuentran el Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en conflictos armados⁵⁰, el Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía⁵¹ y el Protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011⁵². El primero de ellos, reforzó la protección de la infancia contra la participación de la misma en conflictos armados y contra la utilización de los niños en la prostitución y en la pornografía. El segundo, protege también los derechos y los intereses de las víctimas infantiles. En este sentido, los gobiernos deben proporcionar servicios jurídicos y otro tipo de apoyo para estas víctimas especiales. Esta obligación incluye tener en cuenta el interés superior del niño en cualquier tipo de actividad relacionada con el sistema de justicia criminal. Asimismo, los niños y niñas deben recibir apoyo médico, psicológico, logístico y financiero que contribuya a su rehabilitación y reintegración. Y el Protocolo aprobado en 2011, reafirma la relevancia del principio del interés superior del menor, tanto en los supuestos en los que haya que reparar la violación de derechos de los niños, como en las funciones que el Comité de Derechos del Niño tenga que realizar en virtud del mismo⁵³.

Al tratarse de un complemento de la Convención sobre los Derechos del Niño, los textos de los Protocolos deben interpretarse siempre a la luz de los

⁵⁰ Aprobado el 25 de mayo del 2000. Entró en vigor el 12 de febrero de 2002.

⁵¹ Aprobado el 25 de mayo del 2000. Entró en vigor el 18 de enero de 2002.

⁵² *B.O.E.* de 31 de enero de 2014. El Protocolo, adoptado a través de la Resolución 66/138 de 19 de diciembre de 2011, en la 89ª sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, entrará en vigor el día 14 de abril de 2014. Disponible en, www.un.org/spanish/documents/instruments.

⁵³ *Vid.* Preámbulo y art. 2 del Protocolo.

principios de la no discriminación, del interés superior del niño y el de su participación. La Convención y sus Protocolos Facultativos proporcionan una base para el establecimiento de mecanismos eficaces para satisfacer los diversos desafíos que enfrentan los Estados y otros actores, incluidas las organizaciones regionales, en su misión de velar por que los niños tengan acceso a sus derechos y el ejercicio de los mismos. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la infancia al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

Este instrumento atribuye a la familia un papel preponderante en la garantía del cuidado, bienestar y protección de los niños, por ser el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en sus primeras etapas de vida. Asimismo, los Estados están obligados a promover y propiciar un apoyo adecuado a las familias para que éstas puedan cumplir con sus responsabilidades parentales compartidas en el cuidado y crianza de los hijos y, de ese modo, garantizar la protección de los niños y de sus derechos. Siendo conscientes de que las personas más cercanas a los niños, las encargadas de protegerlos y cuidarlos, pueden en algunos casos exponerlos a situaciones que atenten contra su integridad personal y desarrollo integral, los Estados deben fortalecer el entorno familiar y comunitario del niño con el fin de garantizar la efectiva protección de sus derechos.

Todos los países europeos han firmado y ratificado la Convención, pero no todos la han incorporado a su Derecho nacional. Haya sido implementada o no, la CDN es un instrumento jurídicamente vinculante de Derecho internacional que debe guiar la legislación nacional y su interpretación. En Europa hay una gran diversidad de políticas regionales y nacionales y los marcos jurídicos que garanticen el cumplimiento de la CDN.

Al aceptar las obligaciones de la Convención, los gobiernos nacionales se han comprometido a proteger y a asegurar los derechos de la infancia y han aceptado que se les considere responsables de este compromiso ante la comunidad internacional. Los Estados parte de la Convención están obligados a llevar a cabo todas las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño. Más concretamente, la CDN compromete a los países que la han ratificado a iniciar y continuar de manera sostenida y progresiva un grupo de medidas de distinta índole, entre las que destacan con especial atención las medidas de carácter legislativo, transformando las leyes internas en cuerpos que respondan a los principios y normas de derechos humanos y consagren los mecanismos idóneos para hacer efectivos todos y cada uno de esos derechos. Paralelamente, los Estados parte de la Convención están obligados a emplear y disponer de medidas judiciales que provoquen cambios en la estructura judicial y en los administradores de justicia, de manera que la práctica forense de los tribunales menores se convierta, por una parte, en garantía de cumplimiento de los derechos humanos, (especialmente a través de los dictámenes de protección); y por otra, sirva de instrumento jurisdiccional controlador de las violaciones a los derechos de los niños, restableciendo las situaciones de hecho en las que se vulneran estos derechos y sancionando a las personas o instituciones que resulten responsables. Asimismo, los Estados parte están obligados a dictar y a ejecutar medidas de carácter administrativo, creando condiciones reales para que los derechos no sean amenazados o para que, en caso de amenaza, ésta sea fácilmente detectada y para que los servicios públicos actúen conforme a los derechos reconocidos y declarados, de manera que los cumplan y garanticen.

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados y fomentar su aplicación efectiva, la Convención articuló diversas medidas. En primer lugar, el establecimiento del Comité de Derechos del Niño (art. 43); en segundo lugar, la presentación de informes periódicos por parte de los Estados Partes a dicho Comité, a fin de que éste pueda comprobar la aplicación real de la Convención; y, en tercer lugar, la cooperación con organismos especializados dentro de Naciones Unidas, como el Fondo de las

Naciones Unidas para la Infancia, a fin de poder realizar un seguimiento del texto convencional.

La CDN introdujo un artículo –el art.16- que regula y protege el derecho a la vida privada y familiar, así como del domicilio o de la correspondencia de los menores⁵⁴. Podríamos decir que la influencia del art. 8 del CEDH en el artículo 16 es absoluta, dado que la redacción es prácticamente igual. La gran diferencia es que los sujetos del derecho a la vida privada y familiar regulado en la CDN, son los menores, no las personas en general, como en el caso del CEDH. Sobre este aspecto volveremos posteriormente, para analizarlo con más detalle.

D. Otros textos normativos relativos a menores

Hasta ahora nos hemos referido a los textos internacionales que constituyeron el reconocimiento expreso de los derechos del/de la niño/a (fundamentalmente, la CDN). Creemos de interés referirnos también a otros instrumentos jurídicos que regulaban ámbitos específicos relativos a los menores.

En el ámbito de los Organismos Especializados de las Naciones Unidas, en especial en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), encontramos convenios sobre derechos laborales y educativos de menores. Entre otros, el Convenio relativo al examen médico de aptitud para el empleo de menores en la industria (nº 77) y el Convenio relativo al examen médico de aptitud para el empleo de menores en trabajos no industriales (nº 78)⁵⁵. El objetivo principal del texto fue la protección del menor en el entorno laboral a través del examen

⁵⁴ Art. 16 CDN: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

⁵⁵ Ambos Convenios son de 9 de octubre de 1946. El primero de ellos, se publicó en el *B.O.E.* de 20 de mayo de 1972 y el segundo, el 22 de mayo del mismo año. El Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, de 26 de junio de 1973, establecía que dicha edad mínima "no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años" (art.2). Este Convenio se aplica a todos los sectores de trabajo, modificando todos los Convenios anteriores relativos a la edad mínima para los distintos empleos.

médico y de la emisión de un certificado de aptitud laboral. Pero el elemento del convenio que más interesa es la determinación de la edad mínima requerida para trabajar en dieciocho años, aunque menores de dicha edad podían trabajar si eran declarados aptos para un trabajo después de un examen médico. Realmente, ambos Convenios no prohibían el trabajo de los menores, sino que condicionaban la legalidad del trabajo de menores de dieciocho años a una revisión médica.

Dicha revisión, así como la vigilancia de la aplicación de los convenios, debía realizarse según los criterios y por la autoridad competente designada por la legislación nacional. Si a esta característica añadimos las peculiaridades socioeconómicas de los distintos Estados miembros, la protección del menor trabajador realmente lo determinaba la legislación nacional, con lo que quedaba patente el alto grado de discrecionalidad otorgado a los Estados en la aplicación de los convenios. Asimismo, se elaboraron diversos Convenios relativos al trabajo nocturno de los menores⁵⁶ y otros relativos a la educación de los mismos⁵⁷.

En el ámbito civil, debemos mencionar la Convención de Naciones Unidas sobre el consentimiento matrimonial, la edad mínima para el matrimonio y el registro de los matrimonios de 10 de diciembre de 1962⁵⁸ y la Recomendación con el mismo nombre de 1965. Ambos documentos enfatizan la necesidad de evitar los matrimonios forzados o de conveniencia entre niños, así como aquellos que se realizan con niñas que aún no han alcanzado la pubertad. Sobre la edad mínima no se especifica ninguna, sino que se refiere a la edad legal marcada por el Derecho interno así como las causas de dispensa de la misma. No obstante, la Recomendación de 1965 sí aconseja que no se celebren matrimonios entre personas menores de quince años.

⁵⁶ Así, el Convenio relativo a la limitación del trabajo nocturno de menores en trabajos no industriales (nº 79), de 9 de octubre de 1946 (*B.O.E* nº 122, de 22 de mayo de 1972) y el Convenio relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria (nº 90), de 10 de julio de 1948 (*B.O.E.* nº 122, de 22 de mayo de 1972)

⁵⁷ Por ejemplo, el Convenio sobre la licencia pagada de estudios (nº 140), de 28 de junio de 1974 (*B.O.E.* de 31 de octubre de 1979); o la Convención sobre la lucha contra la discriminación en la enseñanza, de 14 de diciembre de 1960 (*B.O.E.* de 1 de noviembre de 1969).

⁵⁸ *B.O.E* de 29 de mayo de 1969.

Por último, a la vista de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran a menudo los inmigrantes y los miembros de sus familias, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó un conjunto de normas relativas a la protección de estas durante el proceso de inmigración. Entre ellas, destacamos la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁵⁹.

E. Los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado⁶⁰

Desde 1893 la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado⁶¹ ha elaborado numerosos convenios internacionales, cuya finalidad ha sido dar respuesta a los problemas jurídicos y a las necesidades que, a nivel mundial, se han ido planteando. Desde sus inicios, dicho organismo intergubernamental de ámbito mundial consideró que el ámbito de la persona y el de la familia merecían una especial atención y protección⁶², por lo que es en dicho ámbito donde se han elaborado el mayor número de Convenios (sin olvidar el resto de ámbitos). Las materias objeto de regulación también han ido variando, en función de los cambios que se iban produciendo en las sociedades de los Estados contratantes. Por una parte, la concepción de la familia fue cambiando, y de una protección centrada en los hijos se dio paso a una protección focalizada en la persona del menor. Por otra, a medida que la movilidad de las personas que formaban las familias iba en aumento, también lo hacían los problemas derivados de los conflictos de leyes en materia matrimonial o los relativos a los impagos de las obligaciones alimenticias. Como consecuencia de ello, los primeros Convenios

⁵⁹ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

⁶⁰ Vid. E. Pérez Vera, "El menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado", *REDI*, vol. XLV (1993), 1, pp. 101-115; M. Herranz Ballesteros, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Valladolid, Lex-Nova, 2004.

⁶¹ Se trata de un organismo internacional, con sede en La Haya (Países Bajos), cuya función principal consiste en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado.

⁶² Vid. M. Aguilar Benítez de Lugo, "La familia en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado", *REDI*, vol. XLV (1993), 1, pp. 7-39.

de la Conferencia fueron los relativos a la protección de los menores, a la adopción y los relativos a las obligaciones alimenticias⁶³.

Uno de los problemas que plantean los numerosos Convenios elaborados en el seno de la Conferencia, es la necesidad de la articulación entre ellos. En muchas ocasiones, los propios textos contienen normas de “coordinación” o de “relación” entre los diversos convenios. Siendo conscientes de que el análisis de los mismos podría ser mucho más profundo y detallado, dado que el objetivo es destacar los principales rasgos de cada uno de ellos, veamos brevemente, el contenido de los convenios más relevantes en esta materia.

1. - El Convenio de La Haya para regular la tutela de menores, de 12 de junio de 1902⁶⁴.

Con la elaboración del Convenio de 1902, la Conferencia de La Haya inició una etapa en la que el objetivo de los textos convencionales era la protección de la persona y de los bienes del menor. Dicha protección se otorgaba a través de la institución de la tutela, que se desarrollaba en el ámbito familiar, privado. El texto convencional fue objeto de interpretación en una de las sentencias más importantes, desde nuestra perspectiva *ius privatista*, por parte de la Corte Internacional de Justicia en el caso “*Boll*” de 1958 –anteriormente citado- contradiciendo el punto de conexión elegido por dicho Convenio. El sistema del Convenio consagró la aplicación de la ley nacional o el “principio de la nacionalidad”⁶⁵ como ley aplicable en materia de protección de menores, siendo excepcional la aplicación de la ley de la residencia habitual. En cambio, la Corte Internacional de Justicia consideró que la aplicación de la ley de la residencia habitual de la menor (en aquel caso) a las medidas de protección de la misma, eran compatibles con las adoptadas en virtud de la ley nacional de la niña. La razón de la inclusión del criterio de la nacionalidad en el texto

⁶³ Vid. J.C. Fernández Rozas, “Las obligaciones alimenticias en el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. XXXVII, nº 1, 1985, pp. 67-108.

⁶⁴ Este Convenio fue publicado en la Gaceta de Madrid, nº 121, tomo II, de 1 de mayo de 1905, pág. 437.

⁶⁵ Según M.W. De Steiger, Relator del Informe Explicativo del Convenio relativo a la protección de menores de 1961, pág. 9.

convencional radica en tres motivos: en primer lugar, porque en aquel momento los Estados europeos que participaban en la Conferencia recogían dicha conexión en sus legislaciones internas; en segundo lugar, porque a nivel doctrinal, la ley nacional imperaba – gracias a *Mancini*- en la regulación del estatuto personal; y, por último, porque a nivel político, la construcción de la unidad nacional pasaba por la localización de las relaciones jurídicas entre particulares en el ordenamiento jurídico correspondiente a su nacionalidad⁶⁶.

El art. 7 del Convenio se refiere –por primera vez en un texto convencional de la Conferencia de La Haya- a “los intereses de un menor extranjero”⁶⁷. Posteriormente, dicha referencia se convirtió en “el interés superior del menor” recogido en otros textos convencionales.

2.- El Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores hecho en La Haya, el 5 de octubre de 1961⁶⁸.

En opinión de algunos autores⁶⁹, la adopción de este Convenio y el contenido del mismo obedecen –en cierta medida- a la sentencia del asunto “*Boll*”, pero no fue el único motivo. Los profundos cambios socio-jurídicos sufridos por los Estados miembros durante el período entre ambos convenios, también influyeron en el planteamiento del mismo. Tras la Segunda Guerra Mundial, las sociedades occidentales habían sufrido un cambio radical. La migración y el éxodo de poblaciones enteras tuvieron lugar en muchas de ellas. En estas condiciones, los progenitores no podían garantizar una adecuada protección a sus hijos/as, en muchas ocasiones, porque habían sido separados de los mismos o porque no tenían medios para otorgarles dicha protección, por lo

⁶⁶ Vid. M. Herranz, *El interés del menor...*, *loc. cit.*, p. 29.

⁶⁷ El art. 7 dice: “Mientras tanto que se organiza la tutela, así como en todos los casos de urgencia, podrán tomar las Autoridades locales los medios necesarios para la protección de la persona y de los intereses de un menor extranjero”.

⁶⁸ *B.O.E* núm. 199, de 20-VIII-1987.

⁶⁹ Vid. E. Pérez Vera, “El menor...”, *loc cit.* p 105.

que se hizo más necesaria la intervención de las autoridades estatales o internacionales a fin de proteger a los menores. Esta situación tuvo, entre otros aspectos, mucha influencia en el Convenio que ahora comentamos. Desde el propio título del convenio, podemos constatar una regulación más general de las instituciones de protección de los menores, contrariamente a lo que sucedía en el Convenio de 1902, centrado en la institución de la tutela. Durante el proceso de elaboración del Convenio de 1961, numerosos delegados solicitaron que se hiciera una distinción clara entre las medidas de protección de Derecho privado (entre las que estarían la tutela, la curatela, etc.) y a las que se les aplicaría la ley nacional de la familia y, aquéllas propias del Derecho público (como la educación protectora), que no deberían ser incluidas en el ámbito material del Convenio de 1961, porque entendían a estas medidas les sería de aplicación la ley de la residencia habitual del menor⁷⁰. También el punto de conexión elegido por el Convenio varió. El Convenio de 1902 establecía que la tutela se regía por la ley nacional del/de la menor (criterio existente en la mayoría de los Estados miembros en aquel momento en asuntos relativos a la familia) y el Convenio de 1961 estableció el criterio de la ley de la residencia habitual del menor como punto de conexión principal. Por último, en materia de competencia, este Convenio otorgó relevancia a la competencia de las autoridades de la residencia habitual del menor –para adoptar las medidas de protección adecuadas para la persona y para los bienes del menor, que se encuentren dentro de su ámbito jurisdiccional- pero en concurrencia con la competencia de las autoridades correspondientes a la nacionalidad del menor.

Otra de las características en relación con el contenido del Convenio, es que estamos ante un contenido general, de fácil comprensión por parte de las autoridades llamadas a aplicarlo (que, según los autores del Convenio, dichas autoridades no eran siempre autoridades judiciales y expertas, sino autoridades administrativas), por lo que el articulado no regula situaciones específicas.

⁷⁰*Vid.* W. E. Von Steiger, «La protection des mineurs en Droit international privé », *Recueil des Cours*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1964 II, tome 112, p. 486.

A partir de la aprobación de este Convenio⁷¹, la importancia del principio del interés superior del menor fue en aumento. Uno de los principales objetivos del mismo era proporcionar al menor la mejor protección posible y ello tuvo su reflejo en el articulado. Como decíamos anteriormente, este Convenio introdujo el criterio de la residencia habitual del menor para otorgar competencia a las autoridades pero, el artículo 4 del texto establece que si las autoridades del Estado del que es nacional el menor consideran que el interés de éste así lo requiere, podrán dichas autoridades adoptar –previa notificación a las autoridades correspondientes al Estado de la residencia habitual del menor- las pertinentes medidas de protección de la persona o de los bienes del menor, conforme a su ley interna.

En relación a la persona del “menor”, para determinar quién puede ser considerado como tal, el Convenio hace una remisión en el art. 12 a la ley interna de la nacionalidad o de la residencia habitual del dicho menor⁷².

3.- El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños⁷³.

El Convenio de 1961 se aplicó con relativa frecuencia y dio lugar a numerosa jurisprudencia, pero también puso de manifiesto diversos problemas de aplicación práctica o de interpretación. Entre ellos, destacamos los problemas que generó la competencia concurrente –en materia de protección de menores- de las autoridades de la nacionalidad del menor y de las autoridades correspondientes a la residencia habitual del menor, prevaleciendo las primeras, en caso de conflicto. Los problemas surgieron porque en muchos supuestos, las autoridades nacionales adoptaban decisiones mal aceptadas por las autoridades

⁷¹ Fue aprobado en la Novena Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, que tuvo lugar del 5 al 26 de octubre de 1960.

⁷² El art. 12 considera “menor” a “toda persona que tenga la calidad de tal, de acuerdo con la ley interna del Estado del que es nacional, o la ley interna del Estado de su residencia habitual”.

⁷³ B.O.E. nº 291, de 2 de diciembre de 2010. Este Convenio entró en vigor para España el 1-1-2011.

de la residencia habitual, que se encontraban en mejor posición para decidir lo más beneficioso para el menor. En otras ocasiones, los problemas surgieron en supuestos de menores con doble nacionalidad, en los que las autoridades de ambas nacionalidades adoptaban decisiones relativas al menor en cuestión y dichas decisiones eran contrapuestas. Por otra parte, la cooperación entre las autoridades no funcionó de una manera adecuada. Todos estos aspectos, y algunos otros, aconsejaron la reforma de dicho Convenio, que se llevó a cabo a través del Convenio de 1996.

Este Convenio es bastante más extenso (en disposiciones normativas) y más completo que el de 1961, dado que contiene normas relativas a todos los sectores del DIPr. Asimismo, contiene una importante novedad en relación con la designación de las autoridades competentes para adoptar medidas de protección de la persona o de los bienes del niño. En principio, las autoridades competentes para adoptarlas son las correspondientes al Estado de la residencia habitual del niño/a, a reserva de los supuestos de desplazamiento ilícito del/de la menor o de los supuestos en los que haya que adoptar medidas en caso de ausencia de residencia habitual del menor. Por otra parte, se estableció un mecanismo de cooperación entre autoridades, a fin de evitar los problemas que se produjeron en este ámbito con el Convenio anterior. Con respecto a la ley aplicable, este Convenio reagrupa las normas de conflicto de leyes que el Convenio de 1961 estaban dispersas entre las normas de conflicto de autoridades. Además, siguiendo una tendencia establecida en otros convenios de la Conferencia de La Haya en materia de conflictos de leyes, las normas de conflicto reguladas en el texto, tienen carácter universal y no se admite el reenvío.

En materia de reconocimiento y ejecución de medidas adoptadas en los Estados contratantes, el Convenio de 1996 viene a colmar la laguna existente en el de 1961, dado que este último sólo establecía el principio del reconocimiento mutuo de las medidas, pero la ejecución de las mismas se tenía que hacer en base a los Convenios internacionales vigentes en el Estado requerido o en base a su Derecho interno. Sin embargo, el Convenio de 1996 distingue entre el

reconocimiento, la declaración de ejecutividad o *exequatur* o el registro a los fines de ejecución y, por último, la propia ejecución.

En este texto, el principio del “interés superior del menor” está recogido en el cuarto párrafo del Preámbulo, reflejando el criterio de las delegaciones de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya que querían “explicitar en el preámbulo alguno de los grandes principios que figuran en el Convenio”⁷⁴. Así, el citado párrafo establece: “Confirmando que el interés superior del niño merece una consideración primordial...”. El principio aparece también en otras disposiciones del Convenio. Por ejemplo, en el artículo 22, en el que se regula “el orden público”, se considera que la aplicación de la ley designada en el Convenio podrá excluirse si, teniendo en cuenta el interés superior del menor, ésta fuera manifiestamente contraria al orden público. El Informe *Lagarde* anteriormente citado, dice de este principio que “...debe inspirar, por otra parte, la aplicación de todos los artículos del Convenio”⁷⁵. Los niños a los cuales se aplica este Convenio están recogidos en el art. 2 y les será de aplicación desde su nacimiento hasta que cumplan los dieciocho años. Por lo tanto, quedaron fuera del ámbito de aplicación los controvertidos asuntos de la protección del “*nasciturus*” y el de la interrupción voluntaria del embarazo.

4.- Convenios en materia obligaciones alimenticias en el ámbito familiar.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la protección de los menores era un tema que preocupaba a los Estados occidentales y, a fin de que dicha protección fuera efectiva a nivel internacional, elaboraron varios convenios entre los que se encuentran los relativos a esta materia. Los primeros de ellos fueron, por una parte, el Convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero, hecho

⁷⁴ Vid. P. Lagarde, *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996*, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 1997, p. 12. Asimismo, véase el interesante artículo de A. Bucher, “La Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé”, *Revue Suisse de Droit international et Européen*, n° 1, 1997, pp. 67-127.

⁷⁵ P. Lagarde, *loc.cit*, pág. 54.

en Nueva York, el 20 de junio de 1956⁷⁶. Por otra, el mismo año y en el seno de la Conferencia de La Haya, se concluyó el primer Convenio relativo a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias con respecto a menores. Las obligaciones alimenticias generadas en el ámbito familiar, fueron una de las primeras y principales cuestiones tratadas por la Conferencia de La Haya, por la importancia que para los Estados miembros revestía dicho tema. La Conferencia ha contribuido de manera notable a la unificación progresiva de las normas de conflicto de leyes, a la de las normas de conflictos entre autoridades o a la unificación de las normas de competencia judicial y, dos años más tarde, se elaboró el Convenio de 15 de abril de 1958 relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores. Posteriormente, y a fin de adaptar los textos convencionales a la realidad social, el ámbito de aplicación de los mismos fue ampliado a otras personas acreedoras de los alimentos, incluyéndose no sólo a los menores sino a otros miembros de la familia.

Tras la Decimosegunda Sesión de la Conferencia –que tuvo lugar en 1972–, se constituyó una Comisión especial que, inspirándose en los Convenios de 1956 y de 1958, finalizó los trabajos iniciados en esta materia, con la elaboración de un convenio internacional. Asimismo, en el año 1973, se elaboraron no uno sino dos convenios, que abarcaron tanto el ámbito del reconocimiento y ejecución de las resoluciones como el ámbito del conflicto de leyes en materia de obligaciones alimenticias, sin tener en cuenta la edad o el estado civil de la persona acreedora de los mismos. Asimismo, los Delegados en dicha Comisión resolvieron que estos dos Convenios sustituyeran a los textos de 1956 y de 1958, respectivamente, en las relaciones entre los Estados miembros que los hubiesen ratificado. La intención de dichos Delegados era resolver diversos aspectos técnicos de un único problema: el de las relaciones alimenticias entre los miembros de una misma familia, cuando dichas relaciones se complican con la

⁷⁶ *B.O.E.* núm. 281, de 24 de noviembre de 1966.

existencia de un elemento internacional⁷⁷. Para ello, creyeron necesario elaborar una normativa uniforme que tuviera en cuenta el contexto internacional de las obligaciones relativas a los alimentos. Pero, el hecho de que se abordara –por una parte- el conflicto de leyes y, por otra, el conflicto entre autoridades y el conflicto de jurisdicciones, condujo a una división en la normativa que regulaba ambos aspectos y se materializó en sendos convenios complementarios entre sí: el Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias y el Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Esta circunstancia permitió a los Estados parte que así lo consideraron, limitar su participación a través de una única ratificación, en función de sus intereses. Pero, evidentemente, una doble ratificación garantizaría la máxima eficacia de la unificación de normas en esta materia.

Sin embargo, transcurridos unos años de su puesta en práctica, afloraron diversos problemas, como el total incumplimiento por parte de ciertos Estados de sus obligaciones derivadas del Convenio, especialmente las derivadas de la Convención de Nueva York de 1956 o las diferentes interpretaciones y aplicaciones prácticas en relación a los diversos Convenios. Estas diferencias se referían a asuntos tales como la determinación de la paternidad, la localización del demandado, la situación de las autoridades públicas y de los deudores de alimentos, según la Convención de Nueva York de 1956, la ejecución de decisiones que prevean una actualización vinculada al índice de coste de vida, etc.

En 1999 la Comisión especial de abril de dicho año constató que, a pesar de haberse detectado dichos problemas por parte de anteriores Comisiones, continuaban aún sin ser resueltos. Por dicha razón, la citada Comisión decidió que el orden del día de los trabajos de la futura Conferencia debería otorgar un

⁷⁷ Vid. Informe Explicativo sobre los Convenios relativos a las obligaciones alimenticias de 1973, de M. Michel Verwilghen, *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, t. IV, *Obligaciones de alimentos, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 1975*, apartado 3. También disponible en www.hcch.net.

lugar prioritario a la elaboración de un nuevo Convenio completo, de ámbito mundial, en materia de obligación de alimentos que mejorara los numerosos Convenios ya existentes en dicha materia y que incluyera normas sobre cooperación judicial y administrativa⁷⁸. Finalmente y, tras numerosas reuniones del Comité de redacción, en 2007 vieron la luz el Convenio sobre el cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, de 23 de noviembre⁷⁹ y el Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 23 de noviembre de 2007⁸⁰. Este último Convenio de 2007 recuerda en su exposición de motivos que “el interés superior del niño tendrá consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños”.

⁷⁸ Acta final de la Decimonovena Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, *Actes et documents de la Dix-neuvième Session (2001/2002)*, tomo I, Temas diversos, p. 34 à 47. También disponible en www.hcch.net.

⁷⁹ Informe Explicativo relativo al Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, A. Borrás y J. Degeling, con la asistencia de W. Duncan y P. Lortie, La – Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2013. También disponible en www.hcch.net.

⁸⁰ Este Protocolo sustituye, en las relaciones entre Estados contratantes, a los Convenios de 1956 y de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. *Vid.* A. Bonomi, Informe explicativo sobre el Protocolo de La Haya de 23 noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2013. También disponible en www.hcch.net.

5.- Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁸¹.

Este Convenio –el más relevante en materia de sustracción internacional de menores⁸²- está inspirado en el deseo de proteger al menor⁸³, considerado como la primera víctima del trauma causado por su traslado y retención ilícitos. Una vez reunidas las condiciones de aplicación del Convenio de La Haya, el principal objetivo de dicho texto es establecer los procedimientos adecuados para garantizar la restitución inmediata del menor a su lugar de residencia habitual, tratando de volver lo antes posible al *statu quo ante*. Se trata de un convenio de cooperación de autoridades que trata de evitar los traslados ilícitos internacionales de menores, instaurando una cooperación estrecha entre las autoridades judiciales y administrativas de los Estados contratantes. Dicha colaboración afecta a la obtención del retorno inmediato del menor al entorno del que ha sido alejado y al respeto efectivo de los derechos de custodia y de visita existentes en uno de los Estados contratantes. Otro de los objetivos es, asimismo, evitar la consolidación jurídica – en el Estado de acogida- de situaciones de hecho que inicialmente eran ilícitas y dejar las cuestiones relativas al derecho de custodia y de patria potestad a la competencia de las autoridades judiciales del lugar de residencia habitual del menor. Estas autoridades mantienen la competencia que tenían antes del traslado ilícito. El hecho de que el debate con respecto al fondo del asunto – el derecho de guarda y custodia- deba realizarse únicamente ante las autoridades del Estado de residencia habitual del menor, constituye uno de los principios no explícitos en el que se basa el Convenio. De

⁸¹ *B.O.E* núm. 202, de 24 de agosto de 1987, corrección de errores, *B.O.E.* n° 155, de 30-06-1989 y n° 21, de 24-01-1996. Entró en vigor el 1 de diciembre de 1983. Ha sido ratificado, entre otros, por todos los Estados miembros de la UE. A 9 de junio de 2014, formaban parte de dicho Convenio, 92 Estados. El Convenio fue adoptado, por unanimidad de los Estados presentes, en la Sesión plenaria de la 14ª Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, celebrada el 24 de octubre de 1980 (en lo sucesivo, Convenio de La Haya de 1980). El día 25 de octubre, los delegados firmaron el Acta final del período de sesiones que incorpora el texto del Convenio. Dicho texto se abrió a la firma de los Estados inmediatamente después de la sesión de clausura, siendo firmado en aquel mismo momento por cuatro de los Estados allí presentes.

⁸² Una de las principales causas de su relevancia radica en el elevado número de Estados que se han adherido al mismo y que lo aplican para solucionar los aspectos civiles de este tipo de situaciones. A fecha de 2/09/2014, (fecha de la última actualización por parte de la Conferencia de La Haya), los Estados contratantes eran 93.

⁸³ La edad máxima del menor objeto de protección será los dieciséis años.

esta manera, el Convenio “vela por que los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes” (art. 1).

En dicho texto, el principio del “interés superior del menor” no está explícitamente regulado en la parte dispositiva del mismo pero ello no quiere decir, tal y como puso de manifiesto la Ponente del mismo –la profesora Pérez Vera, en el Informe explicativo del Convenio⁸⁴-, que “el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Todo lo contrario, ya en el preámbulo, los Estados firmantes declaran estar “profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia””. Pero, las razones de que no se haya incluido están en que, por una parte, según dicha Ponente, “la norma jurídica que descansa sobre “el interés superior del menor” es, a primera vista, de tal imprecisión que parece más un paradigma social que una norma jurídica concreta” (apartado 21 del Informe); por otra parte, en que en nombre del “interés superior del menor”, las jurisdicciones internas han solido otorgar la custodia en litigio a la persona que ilícitamente había sustraído o retenido al menor, consolidando de esta manera aquello que se pretende evitar con dicho Convenio; y, por último, en que los Estados que elaboraron el Convenio consideraron que el traslado o la retención ilícita no es en “interés del menor” sustraído, sino todo lo contrario, dado que la principal víctima de dicha acción suele ser el menor.

Sin embargo, los representantes de los Estados de la Conferencia de La Haya entendieron que podía haber situaciones en las que el interés superior del menor aconsejaba que éste no retornara a su lugar de residencia habitual. Y, basándose en dicho principio, elaboraron el art. 13 del Convenio. Este artículo regula – junto con el artículo 12- diversos motivos por los que cabe denegar la

⁸⁴ Vid. Publicaciones de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Actas y Documentos de la Decimocuarta Sesión* (1980), Tomo III, Sustracción de menores, disponible en www.hcch.net, párrafo 23.

restitución del menor ilícitamente sustraído. La existencia de un grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable establecida en el apartado b), es uno de los motivos por los que el retorno puede ser denegado. En estos supuestos, la dificultad radica en la interpretación de los diversos aspectos regulados en dicho apartado, dado que no hay un tribunal o un organismo que interprete de manera uniforme el Convenio.

Corresponderá, por tanto, a las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido determinar si dicho riesgo existe, en base a las pruebas aportadas por la parte que lo invoca. Otra de las excepciones recogidas en dicho artículo hace referencia directa a la persona del menor, ya que la opinión de éste será tenida en cuenta – en función de su edad y de su grado de madurez⁸⁵ - a efectos de determinar el retorno, cuando el menor se oponga a dicho retorno. En este caso, el menor puede influir en la determinación de su propio “interés superior”. La edad límite del menor para que dicho Convenio le sea de aplicación, está establecida en dieciséis años (art. 4).

6.- Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁸⁶.

En enero de 1988 y tras constatar que desde finales de 1960 el aumento de las adopciones internacionales en muchos Estados había sido espectacular, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya consideró prioritario incluir el tema de la adopción internacional en el orden del día de los trabajos de la misma y así lo sometió a consideración de la Comisión especial de asuntos generales y política. Tras un largo debate, los participantes de la Comisión aceptaron- por

⁸⁵ El Convenio no establece nada con respecto a la edad a partir de la cual o hasta la cual podrá ser oído el menor o cómo se determina el grado de madurez del mismo. El párrafo segundo del apartado b) establece lo siguiente: “La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones”.

⁸⁶ *B.O.E.* núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

amplio consenso- el mantenimiento de la cuestión en el orden del día. Asimismo, los Estados participantes en la Conferencia de La Haya consideraron que los problemas que surgían en esa época eran muy diferentes de los que se producían cuando se elaboró el Convenio sobre la competencia de las autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento de las decisiones en materia de adopción, de 15 de noviembre de 1965, por lo que constataron la necesidad de adecuar este último a las necesidades del momento. La Oficina Permanente, a su vez, reconoció que los instrumentos jurídicos internacionales existentes eran insuficientes para dar respuesta a los problemas que las adopciones internacionales creaban⁸⁷.

Ante dichos problemas o necesidades, los participantes elaboraron un Convenio cuyos objetivos pretendían colmar y solucionar estos problemas. Así, los objetivos del Convenio de 1993 son, fundamentalmente, establecer un sistema de cooperación entre los Estados (a través de las Autoridades Centrales), a fin de que las adopciones internacionales se constituyan en consideración al “interés superior del menor” y garanticen el respeto de los derechos fundamentales que el Derecho internacional le reconoce a dicho menor. Este sistema de cooperación pretende evitar la venta, el secuestro, el tráfico de niños/as o cualquier otro acto ilícito que afecte al bienestar y a los derechos del/de la niño/a. Otro de los objetivos será asegurar el reconocimiento de dichas adopciones en aquellos Estados contratantes en los que no se hayan constituido. Las adopciones reguladas en el texto convencional sólo podrán realizarse hasta que el/la menor cumpla los dieciocho años.

El Convenio de 1993 es uno de los Convenios de la Conferencia que más relevancia otorga al principio del *interés superior del menor*. El Convenio de 1965 también hacía referencia a dicho interés⁸⁸, pero en aquel caso, no se trataba del principio fundamental en el que se basaba todo el sistema del Convenio, como ocurre en el de 1993. En este caso, el texto convencional

⁸⁷ Basándose en el “Informe sobre la adopción internacional” elaborado por J.H.A. *van Loon*, Doc. Prel. N° 1, de 1 de abril de 1990, *Actes et Documents de la Seizième Session* (1988), t. I, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado, pp. 180-184.

⁸⁸ El art. 6 preveía que las autoridades previstas en el art. 3.1 de dicho texto “no pronunciarán la adopción más que si es conforme al interés del menor”.

incluye dicho principio entre los principios generales que los Estados deben tener en cuenta a la hora de legislar, al establecer los procedimientos o a la hora de adoptar las correspondientes medidas necesarias para la puesta en práctica del Convenio. Así, uno de los objetivos del Convenio es “la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales que le son reconocidos en los convenios internacionales”⁸⁹. Según G. Parra-Aranguren⁹⁰, “la frase “el interés superior del niño debe ser la consideración primordial”, demuestra claramente que deben considerarse también los intereses de otras personas, como por ejemplo, los de los padres biológicos o de los futuros padres adoptivos. Sin duda alguna, sus intereses también merecen protección y por ello debe lograrse un equilibrio entre los intereses de todas las personas afectadas, tal como prevé el art. 3 párrafo 2 CDN”.

Asimismo, establecía dicho Relator que el “interés del niño” debía ser interpretado “como equivalente a los intereses reales o verdaderos del niño”. El Convenio reconoce que para que dicho interés se respete en una adopción internacional, el menor debe crecer en un entorno familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión; que son preferibles las medidas permanentes frente a las provisionales; y que cuando en el Estado de origen del menor no es posible encontrarle una familia apropiada, la adopción internacional puede ofrecer al menor las ventajas de una familia permanente.

Se insiste a lo largo del extenso Preámbulo, en que la familia biológica es, en principio, la más adecuada para cuidar y proteger a los menores y que la adopción internacional tiene carácter subsidiario con respecto a ésta. Sólo cuando la primera no esté en disposición de poder otorgar dicha protección es cuando se podrá barajar la posibilidad de una familia adoptiva que garantice el bienestar del menor y su interés superior. Asimismo, este texto está basado en el principio de

⁸⁹ Cuarto párrafo del Preámbulo.

⁹⁰ Relator del Informe Explicativo del Convenio, adoptado en 1994 por la Decimoséptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Disponible en www.hcch.net, apartado 49.

que es el/la niño/a quien necesita una familia y no unos padres los que necesitan –a toda costa- tener un/a hijo/a.

En la práctica, los Estados contratantes y las Autoridades Centrales deben evitar que el principio del “interés superior del menor” sea utilizado de manera abusiva o sea interpretado de manera arbitraria, a fin de “pasar por encima” de otros derechos fundamentales del menor⁹¹.

⁹¹ *Vid.* “La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional. Guía de Buenas Prácticas n° 1”, *Family Law*, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008.

1.2 Protección de ámbito europeo

A. El Consejo de Europa

Como hemos visto, la CDN es el Convenio de derechos humanos más ampliamente ratificado de la historia. Contiene un conjunto de normas internacionales jurídicamente vinculantes para la promoción y la protección de los derechos del menor y junto a otras normas internacionales y regionales, ofrecen una base sólida para el disfrute teórico de los derechos humanos por todos los menores, al tiempo que constituyen una referencia para promover y supervisar avances en el ejercicio de los derechos del menor.

El Consejo de Europa ha prestado desde sus inicios una atención muy especial a la infancia. No resulta extraño, pues, que se preocupe por el trato que la Administración de Justicia debe dispensar a un menor cuando éste, por diversas razones, entra en contacto con ella. Son varios los enfoques desde los cuales observa la posición del menor en un proceso. No obstante, sobresalen tres situaciones que acaparan su interés:

- (i) el menor en procesos civiles de crisis matrimoniales o de pareja
- (ii) el menor como imputado en el proceso penal y,
- (iii) el menor como víctima y testigo en el proceso penal.

Cuando se analizan los documentos emanados del Consejo de Europa, se percibe claramente el propósito de avanzar a partir de los fundamentos establecidos por las Naciones Unidas. Obviamente, los convenios, las propuestas y las recomendaciones a los Estados miembros son más ambiciosos. Pero ello es una mera consecuencia de la limitación territorial, de que los Estados que lo forman tienen similares tradiciones sociales y culturales y que tienen como meta la creación de un espacio común democrático y jurídico. Con todo, no puede ponerse en duda que Naciones Unidas constituye su referente, una influencia que se percibe en las definiciones básicas.

Cabe señalar –en este ámbito- el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996⁹². Este Convenio es importante porque complementa a la CDN y supone un avance en la búsqueda de protección especial para la infancia, como sector especialmente vulnerable. Además, la reciente ratificación del Convenio por parte de España⁹³ complementará e influirá en la aprobación de las medidas legislativas que se han tomado a favor de los menores en el ámbito interno. Así, la influencia de este texto ya es patente, por ejemplo, en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁹⁴.

El texto del Convenio reconoce al niño derechos como el derecho a ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos (art. 3) o el derecho a solicitar representante especial cuando los padres o tutores no tengan la facultad de representarle como consecuencia de un conflicto de intereses (art. 9.1). Se trata de un Convenio aplicable a los procedimientos relativos al derecho de familia –ante autoridades administrativas o judiciales- en los que haya menores involucrados. En el supuesto concreto del Estado español, dicho Convenio se aplicará a los procesos relativos a la nulidad, separación o divorcio del matrimonio y a los de modificación de medidas adoptadas en ellos; a los procesos de filiación, paternidad y maternidad; procesos que tengan que ver con la adopción de medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional de menores; procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, etc.). Los derechos recogidos en el Convenio se aplican a los menores de dieciocho años, con suficiente capacidad de discernir; capacidad que deberá ser apreciada por cada

⁹² STCE nº 160. El Convenio entró en vigor el 1 de julio de 2000 y, con respecto a España, lo hizo el día 1 de abril de 2015, según dispone el artículo 21 del Instrumento de Ratificación del Convenio.

⁹³ España firmó el Convenio el día 5 de diciembre de 1997 y lo ratificó el 18 de febrero de 2015. (*B.O.E.* núm. 45, de 21 de febrero de 2015).

⁹⁴ *B.O.E.* núm. 180, de 29 de julio de 2015. El apartado I del Preámbulo de la Ley cita el mencionado Convenio.

Estado Parte, bien estableciendo una determinada edad o dejando en manos del tribunal competente para conocer del asunto⁹⁵.

Asimismo, el 11 de septiembre de 2015, el Consejo de Ministros español autorizó la firma del Convenio sobre las relaciones personales del menor, de 15 de mayo de 2003⁹⁶, también elaborado por el Consejo de Europa. La próxima firma de este texto permitirá mejorar y garantizar algunos aspectos relativos al derecho de visitas nacional y transfronterizo, reforzando el derecho fundamental de los menores y de sus progenitores a mantener -en los supuestos de rupturas familiares- el contacto y la relación, de manera regular. Este derecho también se extiende a las relaciones creadas entre los menores y otros parientes. Asimismo, se establece un sistema en el que se pretende garantizar el correcto desarrollo del derecho de visitas en los supuestos transfronterizos, de manera que las autoridades competentes tendrán que asegurar el retorno inmediato del menor a su lugar de residencia habitual una vez terminado dicho período de visitas, evitando -en la manera de lo posible- la comisión de una sustracción internacional por parte de uno de los progenitores o familiares. Otro aspecto a destacar lo constituye el sistema de reconocimiento y ejecución de las decisiones adoptadas en otro Estado parte, cuya aplicación práctica tendrá lugar a los tres meses de la entrega del instrumento de ratificación.

En todo caso, el menor se encuentra ahora en el centro de la acción del Consejo de Europa. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH)⁹⁷, no contiene disposiciones específicas relativas a los derechos del

⁹⁵ Vid. *Los menores en el Derecho español*, AA.VV. (Coord. I. Lázaro), Madrid, Tecnos, 2002, p. 73.

⁹⁶ STCE nº 192. El Convenio entró en vigor el día 1 de septiembre de 2005. La firma por parte de España, se realizó el 9 de octubre de 2015 y está abierta a todos los Estados miembros del Consejo de Europa, a aquellos Estados que, no siendo miembros, colaboraron en la elaboración del Convenio y a la Unión Europea.

⁹⁷ El habitualmente denominado Convenio Europeo de Derechos Humanos, fue adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en el marco del Consejo de Europa (*B.O.E.* de 10 de octubre de 1979). Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. El texto actual es producto de la revisión efectuada conforme a lo establecido en los Protocolos de enmienda nº 11 (STE nº 155) y nº 14 (STE nº 194), en el Protocolo adicional y en los Protocolos nº s 4, 6, 7, 12 y 13. El primero de ellos (aprobado en 1994, pero cuya entrada se produjo el 1 de noviembre de 1998), ha sido uno de los Protocolos que más ha modificado el sistema existente. Con su entrada en vigor, quedó derogado el Protocolo nº 9 (STE nº 140, cuya entrada

menor, pero esta laguna ha sido colmada parcialmente, como se verá más adelante, mediante la elaboración por el Consejo de Europa de diversos Convenios de carácter sectorial, pero sobre todo, a través de la doctrina jurisprudencial emanada tanto de la Comisión como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁸ (en adelante, TEDH) , que va configurando las bases de un estatuto del menor. Por otra parte, el artículo 1 del CEDH, dispone que los Estados contratantes “reconocen a todas las personas” los derechos y libertades garantizados por el Convenio y nadie duda que los menores forman parte de esta definición. Por lo tanto, el menor goza, al igual que las personas adultas, de todos los derechos que garantizan tanto la CEDH como sus Protocolos.

Por otra parte, la Carta Social Europea⁹⁹, elaborada en el Consejo de Europa, también complementa a la CDN en el ámbito de los derechos económicos y sociales. Dicho texto contiene derechos y libertades fundamentales y establece un mecanismo de control basado en reclamaciones colectivas y en informes nacionales que garantiza su respeto por parte de los Estados miembros. La Carta es aplicable a los menores y les atribuye derechos desde su nacimiento (incluso, antes del mismo, dado que protege la maternidad), regulando específicamente algunos derechos relativos a los niños, como el art. 7 (relativo al derecho de protección de niños y adolescentes en el ámbito laboral) o el art. 17.1 (derechos relativos a la protección social y económica de las madres y de los niños). Asimismo, el art. 9 regula el derecho a la orientación profesional, incluidos los niños en edad escolar.

en vigor se produjo el 1 de octubre de 1994) y el Protocolo nº 10 (STE nº 146), quedó sin objeto. El Protocolo nº 14 entró en vigor el 1 de junio de 2010. Todos los Estados miembros de la UE han firmado este Convenio. En junio de 2013 fue aprobado el Protocolo de enmienda nº 15 (STCE nº 213), pero todavía no ha entrado en vigor. Asimismo, en el mes de octubre de 2013 fue aprobado el Protocolo nº 16 del Convenio (STCE nº 214) que tampoco ha entrado en vigor.

⁹⁸ El actual TEDH es el “sucesor” del antiguo Tribunal y de la Comisión Europea para los Derechos del Hombre y tiene su origen en el Protocolo nº 11 del CEDH, cuya entrada en vigor tuvo lugar en 1998. La “misión” del Tribunal es “garantizar el respeto de los compromisos adquiridos por las Altas Partes Contratantes, al adherirse al CEDH, interpretando y aplicando las disposiciones de éste de una manera que convierta las exigencias en algo concreto y efectivo”.

⁹⁹ Aprobada en Turín, 18 de octubre de 1961 (*B.O.E.* de 26 de junio de 1980). En 1996, dicho texto fue revisado.

Con fecha 4 de marzo de 2015¹⁰⁰, el Comité Europeo de los Derechos Sociales del Consejo de Europa¹⁰¹ publicó una decisión en la que consideró que el Estado francés no respetaba el artículo 17 de la Carta, dado que no preveía, tanto en su ordenamiento como en la jurisprudencia dictada en dicho Estado, una prohibición lo suficientemente clara, apremiante y precisa de los castigos corporales infligidos a los menores tanto en el distintos ámbitos, como el escolar o el familia. No obstante, no ha sido ésta la primera vez en la que el Comité ha constatado esta vulneración por parte del Estado francés. En los años 2003, 2005 y 2011, también lo puso de manifiesto en sus Conclusiones.

En el seno de dicho Consejo y, siguiendo el mandato de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa¹⁰², se elaboró –en el año 2006- el Programa transversal “Construir una Europa para y con los niños” cuyos objetivos son: promover servicios y sistemas adaptados a los niños; suprimir cualquier forma de violencia contra los menores; garantizar los derechos de los menores que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad; y, fomentar la participación de los menores¹⁰³. Siguiendo con dicho Programa, el Consejo elaboró, posteriormente, la “Estrategia sobre los derechos del niño 2012-2015”, cuya finalidad era procurar que las normas relativas a la protección de menores tuvieran una aplicación efectiva. Para ello, el Consejo orientaría a los Estados miembros en la aplicación de las normas elaboradas tanto por Naciones Unidas como por el Consejo de Europa; promovería un enfoque holístico e integrado de los derechos de los/las niños/as; y establecería medidas que permitan hacer frente a los nuevos retos que se plantearan en este ámbito.

¹⁰⁰ La decisión fue adoptada el día 12 de septiembre de 2014 y notificada a las partes el día 3 de noviembre del mismo año, siendo publicada en la citada fecha, tal y como corresponde al procedimiento establecido.

¹⁰¹ El Comité es el órgano encargado de velar por el cumplimiento y la aplicación de la Carta de Derechos Sociales.

¹⁰² Dicha Cumbre tuvo lugar en Varsovia, en 2005.

¹⁰³ El programa transversal del Consejo de Europa, “Construir una Europa para y con los niños” tiene por objeto asegurar el respeto de los derechos de los niños en todos los países de Europa. Y lo hace a través de diferentes estrategias, entre las que destacamos la “Estrategia relativa a los derechos del niño de 2012-2015”, disponible en <http://www.coe.int>.

Por otra parte, existe otra serie de textos específicos sobre la protección de los menores de edad elaborados en este ámbito:

- La Convención para la Protección de los Menores contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual de 25 de octubre de 2007¹⁰⁴, que es el primer instrumento para criminalizar el abuso infantil sexual de cualquier tipo, incluyendo el turismo sexual y la construcción de la confianza de los menores con fines sexuales (*grooming*)¹⁰⁵.
- La Convención sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005¹⁰⁶, que tiene en cuenta la especial vulnerabilidad de los menores y la necesidad de prestarles asistencia focalizada y protección.
- El Convenio Europeo sobre adopción de menores (revisado) de 27 de noviembre de 2008¹⁰⁷.
- El Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo 1980¹⁰⁸. Este Convenio es complementario del Convenio de La Haya de 1980, porque mientras el primero pretende restablecer la situación creada por uno de los progenitores y volver a la mayor brevedad a la situación originaria, este Convenio europeo pretende que se respete el derecho de custodia atribuido en uno de los Estados contratantes a uno de los progenitores del mismo y de esa manera se puedan evitar las sustracciones internacionales.
- Convenio europeo sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio, de 15 de octubre de 1975¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Entrada en vigor, el 1 de julio de 2010.

¹⁰⁵ La RAE no ha introducido una definición de este anglicismo, pero podríamos decir que dicho término hace referencia a una serie de conductas y acciones deliberadamente emprendidas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad, creando una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder abusar sexualmente de él/ella.

¹⁰⁶ Entrada en vigor en febrero de 2008.

¹⁰⁷ STCE n° 202. Entrada en vigor el 1 de septiembre de 2011. España firmó dicho Convenio el 30 de noviembre de 2009, lo ratificó el día 5 de agosto de 2010 y entró en vigor el día 1 de septiembre de 2011.

¹⁰⁸ STE n° 105. Entrada en vigor el 1 de septiembre de 1983. *B.O.E.* n° 210, de 1-IX-1984.

¹⁰⁹ STE n° 085. Entró en vigor el día 11 de agosto de 1979.

En el marco del interés creciente que el Consejo de Europa muestra por los temas relativos a menores, en el mes de diciembre de 2014, con ocasión del 25º aniversario de la CDN, tuvo lugar una Conferencia Europea¹¹⁰ sobre el “interés superior del menor”, en la que se abordaron los parámetros éticos, procesales y prácticos que se tienen en cuenta a la hora de aplicar dicho principio indeterminado.

B. La Unión Europea

Desde hace más de una década, los Estados Miembros de la Unión Europea han desarrollado una extensa normativa que regula la situación de los menores, sus derechos y libertades, sus obligaciones y su responsabilidad frente a situaciones de toda clase. Esta abundante y compleja normativa ha sido elaborada en virtud de las necesidades concretas y con el objetivo principal de resolver problemas específicos que afectan a los menores, cuya resolución era muy complicada hasta ahora. La razón de dicha dificultad residía en que los Estados carecían de mecanismos legales que contemplasen esos supuestos de hecho. Con el objetivo de poder realizar una buena política de protección y desarrollo del menor, resulta absolutamente necesario identificar las causas de la marginación, de la inadaptación y de todos aquellos factores perniciosos para los jóvenes, que muchas veces son generados por el propio sistema económico y político del Estado.

La tan debatida¹¹¹ adhesión de la Unión Europea al CEDH había creado una gran esperanza de que, a través de la misma, se reforzaría el sistema de

¹¹⁰En la que participaron representantes de los Estados miembros, expertos en la materia, representantes de organizaciones internacionales y miembros de organizaciones no gubernamentales.

¹¹¹ Vid. J. Martín y Pérez de Nanclares, “Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año nº 18, nº 48, 2014; *id.*, “Viejos y nuevos problemas en el espacio europeo de los derechos humanos. Reflexiones a propósito de la necesaria cooperación judicial efectiva entre el TJUE y el TEDH”, *Estudios de Derecho internacional y Derecho europeo en homenaje al Prof. Manuel Pérez González*, AA.VV., vol. 1, 2012, pp. 791-820; L. González Vaqué, “El acuerdo de adhesión de la UE al convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales: análisis de la motivación del TJUE para la declaración de su (in) compatibilidad con el derecho comunitario”, *Revista Aranzadi Unión Europea*,

protección de los derechos humanos en el ámbito europeo. Pero, parece que el Dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nº 2/2013, de 18 de diciembre de 2014¹¹² ha frustrado, por el momento, dicho deseo. El Tribunal fue muy contundente en el Dictamen, al establecer que: “El acuerdo de adhesión de la UE al CEDH, no es compatible con el artículo 6 del TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 TUE relativo a la adhesión de la UE al CEDH”. Por lo tanto, todo indica que dicha adhesión no tendrá lugar a corto plazo.

Por otro lado, para reforzar los derechos humanos, la UE ha estado realizando durante años actuaciones pluridimensionales que incluyen, en particular, la aplicación de las Directrices del Consejo de la UE sobre los niños y los conflictos armados de (2003); la financiación, a través del Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos, de proyectos para promover y proteger los derechos del menor. Asimismo, abordó la cuestión de los niños no acompañados en el Programa de Estocolmo de 2010 a 2014. Y lo mismo hizo en el Plan de Acción de la Comisión Europea para los menores no acompañados diseñado para este mismo período (COM (2010) 213 Final). Asimismo, el Plan de Acción de la Comisión para la aplicación del Programa de Estocolmo, establece para el siglo XXI una Europa en la que los menores tengan una mejor educación, un mejor acceso a los servicios y a los recursos que necesitan para crecer, así como una sólida protección de sus derechos. Este programa parte de los logros de los programas que le precedieron, el Programa de *Tampere* y el de La Haya¹¹³, reforzando aún más el espacio de libertad, seguridad y justicia.

Doctrina, nº 8-9, 2015, pp.31-49; G. Urbina Treviño, “El TJUE rechaza el proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (pleno), de 18 de diciembre de 2014”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, Doctrina, nº 8-9, 2015, pp. 1-26.

¹¹² Vid. J.C. Fernández Rozas, “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, nº 23, febrero 2015, Año III.

¹¹³ El Consejo Europeo, reunido en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004, adoptó el nuevo programa titulado “El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea”, *DO C 53*, de 3 de marzo de 2005. Y en el mes de septiembre, se publicó la

En octubre de 1999, tuvo lugar en *Tampere* (Finlandia) la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los entonces quince Estados miembros de la Unión Europea, cuyas propuestas desarrollarían el espacio judicial europeo. Entre dichos objetivos estaban, a) el establecimiento de una política de asilo y migración común en la Unión Europea, b) lograr un auténtico espacio europeo de justicia, a través del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, mejorando el acceso a la justicia en Europa y, finalmente, realizando una mayor convergencia en Derecho civil. Asimismo, se fijaron el objetivo de la lucha contra la delincuencia a escala europea, a través del incremento de la cooperación entre autoridades y a través de acciones específicas contra el blanqueo de capitales. La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam ese año, supuso la europeización del Derecho internacional privado y un cambio relevante en esta disciplina. La UE asumió competencias legislativas y ello ha supuesto que, en materia de DIPr, la legislación europea sea una de las principales fuentes.

Desde el Consejo Europeo de *Tampere* de 1999, la política de la Unión en el ámbito de la Justicia y los Asuntos de Interior se ha desarrollado dentro del marco de un programa general, cuyo balance se contiene en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de fecha 2 de junio de 2006 (*COM-2004, 401 final*).

El denominado *Programa de La Haya* perseguía la consolidación definitiva del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, y se reafirmaba el carácter prioritario de la creación de dicho espacio, en respuesta a una inquietud fundamental de los Estados que constituyen la Unión. El Programa tenía presentes las pautas marcadas por el precedente programa de *Tampere*, y se apreciaba una operatividad específica de los principios generales de subsidiariedad, proporcionalidad, solidaridad y respeto a los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros.

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» (COM (2005) 184 final). *Diario Oficial C* 236 de 24.9.2005.

Entre los objetivos del Programa, destacaríamos el refuerzo de los derechos fundamentales, con especial atención en los derechos del menor y de las mujeres maltratadas. Y, junto a este objetivo, los siguientes: la mejora de la capacidad común de la Unión y de sus Estados miembros de garantizar los derechos fundamentales, las salvaguardias procesales mínimas y el acceso a la justicia; proporcionar a quienes la necesiten, la protección suficiente de acuerdo con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y otros tratados internacionales; regular los flujos de migración y controlar las fronteras exteriores de la Unión; luchar contra la delincuencia organizada transfronteriza y reprimir la amenaza del terrorismo, explotar el potencial de *Europol* y *Eurojust*, preservando el equilibrio necesario entre el derecho a la vida privada y el derecho a la seguridad y a la información; garantizar un auténtico espacio europeo de justicia, fortaleciendo el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y certificados, tanto en materia civil como penal y eliminando los obstáculos legales y judiciales en los litigios en asuntos civiles y familiares con repercusiones transfronterizas.

Posteriormente, en el seno del Consejo Europeo celebrado en *Laeken*, el 14 y 15 de diciembre de 2001, se planteó ya si tal necesidad de acercar legislaciones no debería dar lugar a un acuerdo sobre la ampliación de la competencia de la UE para legislar en el ámbito del Derecho Privado, así como el cauce o instrumento normativo más idóneo para alcanzar tal objetivo.

En el año 2014, la Comisión publicó la Agenda de Justicia de la UE para 2020¹¹⁴, cuya finalidad es “(...) concentrarse en los próximos años en consolidar lo conseguido, y cuando sea preciso y oportuno, codificar la legislación y las prácticas de la UE y complementar el marco vigente con nuevas iniciativas”¹¹⁵

¹¹⁴ COM (2014) 144 final.

¹¹⁵ Vid. C. González Beilfuss, “España, la Unión Europea y los retos principales para la unificación del Derecho internacional privado”, *XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI* (Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015) (Documento en imprenta).

Por otra parte, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹⁶, los derechos de los menores forman parte de los derechos fundamentales de la UE. Además, los 27 países de la UE han ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

La Comisión Europea se ha propuesto una serie de objetivos para proteger los derechos del niño que, en su mayoría, constituyen cambios jurídicos y medidas de apoyo a las administraciones de los países miembros. Entre los cambios jurídicos, se aboga por el establecimiento de normas que protejan mejor los derechos de los niños como colectivo especialmente vulnerable, durante los procesos judiciales y ante los tribunales; que protejan a los menores sospechosos o imputados de delitos y que garanticen que, en caso de divorcio o separación, las sentencias sobre responsabilidad parental se reconozcan y apliquen en todos los países de la UE. En este sentido, desde el Tratado de Ámsterdam, la organización progresiva de un espacio de libertad, seguridad y justicia, se ha convertido en uno de los objetivos de la Unión Europea.

A su lado, se establecen medidas para dar mayor difusión a las “Directrices del Consejo de Europa sobre una Justicia Adaptada a los Menores” y hacer que se tomen en consideración a la hora de elaborar futuras normativas civiles y penales. Se considera importante el apoyo, por una parte, a la formación de los jueces y demás profesionales del Derecho, a fin de que estén en condiciones de ayudar a los menores en los tribunales y, por otra, una mejor formación para las administraciones responsables de los menores no acompañados, incluidos los solicitantes de asilo en la UE. Se emprenden acciones contra el ciberacoso, contra el *grooming*, contra la exposición a contenidos nocivos y a otros riesgos, a través del Programa de la UE “Para una Internet más segura”. Por último, la UE apoya decididamente a la lucha contra la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres (a través de los

¹¹⁶ El 1 de diciembre de 2009.

Programas *Daphné*¹¹⁷) y el turismo sexual de menores; asimismo, potencia la protección a las víctimas de conflictos armados a través de los programas exteriores y de ayuda humanitaria de la UE¹¹⁸.

En este contexto, juegan un papel relevante las “Directrices de la UE para la promoción y protección de los derechos del menor”. Se trata de unas orientaciones que constituyen la base de la protección de los derechos del niño en su política exterior. Van dirigidas a favorecer un enfoque global de los derechos del niño, a reforzar los esfuerzos realizados actualmente y a mejorar la coherencia de las actividades en este ámbito. La UE pretende defender activamente sus objetivos en sus relaciones con los terceros países y en los foros internacionales¹¹⁹.

¹¹⁷Ha habido tres Programas *Daphné*. El primero, durante los años 2000-2003; el segundo, desde 2004 hasta 2008; y el tercero, desde 2007 a 2013.

¹¹⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 15 de febrero de 2011, denominada “Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño”, Bruselas, IP/11/156, 15.2.2011, COM (2011) 60 final.

¹¹⁹ Véase, <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16031.07.pdf>.

2. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR

2.1. El deber de protección especial.

El Derecho internacional de los derechos humanos reconoce a los niños el derecho a las medidas de protección que su condición requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, configurándose como un derecho adicional y complementario. Semejante protección especial está basada en su condición de personas en crecimiento y se justifica por las diferencias que los menores tienen con respecto a las personas adultas, para el ejercicio efectivo y la plena vigencia de sus derechos. La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, anteriormente mencionados¹²⁰.

La dependencia de los adultos y su intensidad va cambiando, en función de la evolución de las capacidades del niño y del grado de madurez. La garantía de los cuidados indispensables para los menores y sus derechos más elementales, depende absolutamente de los adultos que los cuidan, sobre todo en los primeros años de vida. Ello supone una adaptación del contenido de los deberes y de las responsabilidades tanto de la familia, de la comunidad, como del Estado, en relación al nivel de desarrollo del menor y de la autonomía que vaya adquiriendo progresivamente. A pesar de que a nivel teórico quedan establecidos cuáles son los límites entre el ámbito de protección familiar y el ámbito de protección estatal o público (tal y como veremos a continuación), en ocasiones, la realidad puede superar dichos límites y se producen situaciones en las que dichos ámbitos colisionan¹²¹.

¹²⁰ Al respecto, el Comité de los Derechos Humanos, en su Observación General nº 17 aclara que “la aplicación de esta disposición entraña, por consiguiente, la adopción de medidas especiales para proteger a los niños, además de las medidas que los Estados deben adoptar en virtud del artículo 2, para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el Pacto” (par.1). Los instrumentos internacionales especializados antecesores a la Convención sobre los Derechos del niño reflejan también el concepto de protección especial, así, la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959”.

¹²¹ A finales del mes de agosto de 2014, el menor británico de cinco años *Ashya King*, fue sacado por sus padres – sin consentimiento médico- del hospital británico en el que estaba ingresado por un tumor

De conformidad con el art. 3.2º CDN, los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores y otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, adoptarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Dicho precepto encuentra complemento en el segundo apartado del art. 18 del mismo texto:

“A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”.

Asimismo, el art. 27 CDN dispone que,

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.(...)”.

cerebral. Las autoridades policiales solicitaron una Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE) contra los progenitores (ambos Testigos de Jehová) y en virtud de la misma fueron localizados en Málaga, detenidos e ingresados en prisión (en Soto del Real). Los padres alegaron que en el hospital británico no le trataron con el tratamiento de protones que ellos solicitaron (argumentando que eso no reportaría beneficios significativos para la salud del menor), y ellos consideraron que esa denegación era contraria al interés de su hijo, porque el agresivo tratamiento que estaba siguiendo iba a dejar al menor “como un vegetal”. Sin embargo, un juez de Portsmouth les retiró la custodia. En esta ocasión, lo que los padres consideran beneficioso para su propio hijo, choca frontalmente con lo que las autoridades sanitarias británicas estiman más beneficioso para el menor.

Por su parte, el art. 5 de la CDN se refiere en estos términos a las responsabilidades parentales en la crianza de los hijos, y al deber de los Estados Parte de respetar el ejercicio de las funciones parentales,

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Y de modo más específico, pero en términos similares, se expresa el artículo 14.2° CDN:

”Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

Por último, el art. 18 CDN establece en su enunciado, las obligaciones del Estado de apoyo y asistencia a los progenitores y a la familia en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales. Frente a las circunstancias particulares en las que se encuentre la familia, se originará el deber por parte del Estado de adoptar una medida especial de protección, tendente a apoyar a la familia para superar tal situación. Sin embargo, en caso de que el interés superior del niño lo justifique, las autoridades deben tomar medidas especiales de protección que impliquen la separación del niño de su familia. No en vano, las leyes y las políticas de apoyo y protección a la familia contribuyen a facilitar el ejercicio de las funciones parentales de los progenitores, así como a evitar que las familias puedan verse inmersas en situaciones que limiten sus posibilidades de ofrecer el cuidado y

bienestar adecuados a sus hijos¹²². Ello se traduce en tres obligaciones que incumben al Estado:

- i) Aplicar políticas de apoyo a la familia, para facilitar el cumplimiento de los deberes que incumben a ésta en relación con el menor y promover el derecho del niño a mantener una relación con el padre y la madre; estas políticas deberían afrontar las causas fundamentales del abandono de niños, la renuncia a su guarda y la separación del niño de su familia.
- ii) Elaborar y aplicar políticas coherentes y mutuamente complementarias orientadas a la familia, con objeto de promover y reforzar la capacidad de los padres para cumplir sus deberes de cuidado de los menores.
- iii) Aplicar medidas eficaces para prevenir el abandono de niños, la renuncia a la guarda y la separación del niño de su familia; las políticas y programas sociales deberían, en particular, dar a las familias los medios para adquirir la conciencia, las aptitudes, las capacidades y las herramientas que les permitan proveer debidamente a la protección, el cuidado y el desarrollo de sus hijos.

A este respecto, tanto el Comité de los Derechos del Niño como el propio Estudio sobre la Violencia contra los Niños, han realizado ciertas recomendaciones a los Estados en materia de prevención. En particular, la puesta en marcha de servicios de apoyo y de asesoramiento a las familias, para que el cuidado del niño no recaiga exclusivamente en la familia del niño; por ejemplo, la asistencia en el hogar o servicios de atención diurna directamente accesibles en la comunidad, servicios que permiten que los padres trabajen y aligeran las presiones en las familias¹²³.

¹²² El Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha vinculado la protección de la que es merecedora la familia -y reconocida en el artículo 23.1º PIDCP- con el cumplimiento del deber de protección de los niños por su especial condición, reconocido en el artículo 24.1 del mismo Pacto. Comité de los Derechos Humanos, Observación General Nº 17, Artículo 24 - Derechos del niño, 35º Período de Sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1989). Y, Observación General Nº. 19, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1990).

¹²³ La Observación General Nº 9, "Los derechos de los niños con discapacidad", del Comité de Derechos del Niño, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, es especialmente relevante a este respecto; en particular, apartado 41 establece que: "la mejor forma de cuidar y atender a los niños con discapacidad es dentro de su propio entorno familiar, siempre y cuando la familia tenga medios suficientes en todos los sentidos. Este apoyo de las familias incluye la educación de los padres y

2.2. El interés superior del menor

A. Configuración del paradigma

El interés superior del menor es –según la doctrina más autorizada- un estándar jurídico que “Se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado; legalmente, por medio de cláusulas generales (...)”¹²⁴. La incorporación de dicho principio o estándar jurídico a los ordenamientos, se hace de diferente manera, según se trate de ordenamientos latinos y germánicos o de ordenamientos anglosajones. En los primeros, se realiza a través de las cláusulas generales. Por el contrario, los ordenamientos anglosajones establecen una lista de criterios explícitos, a tener en cuenta por el intérprete a la hora de adoptar su decisión y unas situaciones en las que se incluye el concepto del interés superior del menor, que también servirán al intérprete como guía para adoptar la misma. Ambas técnicas de incorporación tienen ventajas e inconvenientes. Las cláusulas generales son, por definición, indeterminadas e inconcretas, pero esa misma característica permite al intérprete incluir en su ámbito de aplicación, un mayor número de situaciones. En estos supuestos, el margen de discrecionalidad del intérprete es mayor. Por el contrario, la lista de criterios o de situaciones explícitas es mucho más concreta pero, a su vez, esa concreción puede dejar fuera situaciones que surjan por la evolución social¹²⁵.

los hermanos, no solamente en lo que respecta a la discapacidad y sus causas, sino también las necesidades físicas y mentales únicas de cada niño; el apoyo psicológico receptivo a la presión y a las dificultades que significan para las familias los niños con discapacidad; la educación en cuando el lenguaje común de la familia, por ejemplo, el lenguaje por señas, para que los padres y los hermanos puedan comunicarse con los familiares con discapacidad; apoyo material en forma de prestaciones especiales, así como de artículos de consumo y el equipo necesario, tales como muebles especiales y dispositivos de movilidad que se consideran necesarios para el niño con discapacidad para que tenga un tipo de vida digno e independiente y sea incluido plenamente en la familia y en la comunidad. (...) Los servicios de apoyo también deben incluir diversas formas de cuidados temporales, tales como asistencia en el hogar o servicios de atención diurna directamente accesibles en la comunidad. Estos servicios permiten que los padres trabajen, así como aligeran la presión y mantienen entornos familiares saludables”.

¹²⁴ Vid. F. Rivero Hernández, *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2ª edic, 2007, pp. 70-71.

¹²⁵ Vid. M. Herranz Ballesteros, *El interés del menor...*, loc.cit. pp. 46-51.

Este concepto jurídico indeterminado constituye –cada vez más- un principio rector en el Derecho de menores. Se trata de una expresión relativamente reciente en el ordenamiento jurídico español, así como en la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales. Siguiendo la definición que los reputados profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández¹²⁶ hacen de los “conceptos jurídicos indeterminados”, podemos decir que en estos supuestos, la Ley, para referirse a la realidad que va a regular, utiliza unos conceptos cuyos límites no están determinados en su enunciado, pero dicha Ley intenta delimitar un supuesto concreto. Al referirse a supuestos concretos y no a vaguedades, la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas sólo admite una única solución. Ésta es la principal característica de los conceptos jurídicos indeterminados, que su aplicación sólo admite una única solución justa. Y a esta solución se llega a través de un proceso de “cognición, no de volición”. Posteriormente, serán los jueces los encargados de fiscalizar o de controlar si la solución a la que se ha llegado es la única justa o no.

Según dichos autores, esta técnica normativa es común a todas las ramas del Derecho- entre las que, evidentemente, se encuentra la nuestra- y en las que no ha generado mayores problemas. Nuestra labor consistirá en analizar si la aplicación del concepto jurídico indeterminado del “interés superior del menor” en los supuestos que nos ocupan, cumple con la característica que acabamos de mencionar y cuáles han sido las soluciones justas adoptadas en dichos supuestos.

El concepto del *interés superior del menor* se ha convertido en uno de los principios y valores emergentes del moderno Derecho de la persona y de la familia, que inunda todo su régimen legal, irradia energía jurídica y alcanza a otras partes del ordenamiento español¹²⁷. La influencia del mismo no se ha limitado al ordenamiento español sino –como veremos más adelante-, ha llegado

¹²⁶ Vid. E. García de Enterría, T.R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, 15ª edi., Cizur Menor, Civitas - Thomson Reuters, 2011, pp. 481- 488.

¹²⁷ Vid. F. Rivero Hernández, *op. cit.*, p. 28.

al ordenamiento europeo y al internacional¹²⁸. Para ser más exactos, tendríamos que decir que han sido los numerosos textos internacionales relativos a Derechos Humanos o a Derechos del Niño, los que han influido directamente en el ordenamiento jurídico español y, fruto de dicha influencia, se ha producido un cambio sustancial en la protección del menor. La constatación de este cambio la encontramos, por ejemplo, en la numerosa normativa aprobada durante el mes de julio del año en curso por el Congreso de los Diputados y que afecta directamente a cuestiones relativas a la protección de menores y a cuestiones relacionadas con la inscripción del nacimiento, de la filiación, con la adopción internacional, etc.¹²⁹.

De un sistema de protección paternalista, en el que los menores eran meros objetos de protección, hemos pasado a un sistema en el que la persona del/de la menor tiene un *status* de persona autónoma, como titular de los derechos que ostenta y con capacidad progresiva para ejercerlos¹³⁰. De una protección exclusiva dentro del ámbito privado de la familia, hemos pasado a una protección compartida entre este ámbito privado y el ámbito público. Y esta protección se ha materializado en la asistencia que ofrecen las autoridades o servicios públicos de los Estados. Cuando el ámbito familiar no está en disposición de poder garantizar la protección que los menores necesitan, intervienen las autoridades públicas, a fin de que los mismos no queden desprotegidos. En este aspecto, podemos afirmar que ha habido una apertura del ámbito familiar a favor del público.

¹²⁸Vid. I. Ravetllat Ballesté, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, nº 2, 2012, pp. 89-108.

¹²⁹ Entre dichas normas, destacamos la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (*B.O.E.* núm. 158, de 3 de julio de 2015); la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*B.O.E.* núm. 175, de 23 de julio de 2015), la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*B.O.E.* núm. 180, de 29 de julio de 2015) y la Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, (*B.O.E.* núm. 167, de 14 de julio de 2015).

¹³⁰ Vid. C. Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2002, pp. 16 a 28.

El hecho de que el modelo jerárquico familiar haya cambiado o incluso quebrado a favor de otro tipo de organización familiar más equitativa entre sus miembros, también ha propiciado el que haya personas ajenas a dicho círculo que puedan intervenir con más facilidad que hace unos años. Encontramos un claro ejemplo de ello en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Entre las relevantes modificaciones que dicha Ley incorpora, está la relativa al ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos para ellos, en supuestos en los que los progenitores no puedan ejercer sus responsabilidades parentales por los problemas de adaptación familiar o de violencia que sus propios hijos/as presentan¹³¹.

Si nos retrotraemos cien o doscientos años, podremos observar cómo entonces el ámbito familiar y lo que sucedía dentro del mismo, era tabú o un ámbito infranqueable para el resto de la sociedad, en muchos sentidos. Todo lo que ocurría dentro del hogar, tenía que quedar intramuros, sin que nadie del exterior pudiera tener conocimiento de lo que sucedía (que, en ocasiones, eran situaciones muy duras, sobre todo para las mujeres y para los/as niños/as). En lo referente a los menores, sus progenitores – sobre todo los padres- eran los que decidían todo lo relativo a su educación, formación, administración de sus bienes, etc. Y era muy difícil que las instituciones públicas –entonces con muchas menos competencias que en la actualidad- pudieran intervenir, salvo en supuestos muy graves.

¹³¹ Se introduce un nuevo Capítulo IV, en el Título II, comprensivo de los artículos 25 a 35, ambos inclusive.

B. Origen y evolución

El origen de lo que hoy conocemos como interés superior del menor, está en el derecho anglosajón. En la Inglaterra feudal, era el padre el que tenía todos los derechos de custodia sobre los hijos, que iban unidos a los derechos de propiedad. En los supuestos de divorcio, también era atribuida dicha custodia a los padres y las madres carecían de derecho alguno sobre sus propios hijos. Las mujeres gozaban de muy pocos derechos individuales y los que tenían, derivaban de sus padres o de sus maridos. Dicha situación duró hasta principios del siglo XIX, época en la que Caroline Norton, una dama de la sociedad británica, feminista y periodista, empezó a hacer campaña a favor del derecho de las mujeres a ostentar la custodia de sus hijos en los procesos de divorcio. Ella había sufrido en sus propias carnes un proceso de divorcio en el que le habían retirado la custodia de los suyos.

Su campaña tuvo como resultado la Ley de Custodia de los Niños de 1839 (The Custody of Infants Act). Dicha Ley otorgaba al juez un margen de discrecionalidad, en los supuestos de divorcio, en virtud del cual se establecía una presunción de atribución de la custodia de los hijos menores de siete años a las madres. En 1873, el Parlamento británico extendió dicha presunción a favor de las madres (salvo en los supuestos en los que ésta fuera adúltera o hubiese abandonado a los niños), hasta que los menores alcanzaran la edad de los dieciséis años. Este principio legal ha sido denominado “la doctrina de los años tiernos/temprana edad” (“Tender years doctrine”).

Esta doctrina se extendió- hasta finales del siglo XX- a muchos países del mundo, dado que en aquella época eran parte del Imperio Británico. Y a finales del siglo XX – como decimos- esta doctrina fue sustituida en la mayoría de los Estados, por la doctrina del interés superior del menor, porque se consideró que la doctrina “de los años tiernos” vulneraba el principio de igualdad entre los progenitores en los casos de divorcio.

La *Guardianship of Minors Act* de 1971 establecía que, en los asuntos relativos a la guardia y custodia y educación, el bienestar del menor era la consideración primordial (*the welfare of the child is the first and paramount consideration*), pero no la única. También debían ser tenidos en cuenta la conducta de los progenitores y la existencia de alguna resolución dictada por otro tribunal extranjero con respecto al Reino Unido¹³².

Por otra parte, en Francia, dicho principio apareció por primera vez en la Ley de 24 de julio de 1889, relativa a los menores maltratados o abandonados moralmente. Dicha ley limitaba la figura de la patria potestad de los progenitores “indignos”, retirando dicha patria potestad en los supuestos en los que los menores fueran “maltratados y/o maltratados moralmente” por sus padres¹³³.

Fruto de todo este cambio, actualmente, los menores han pasado a un primer plano, tanto en la familia como en la sociedad. Se les ha dado relevancia como personas, reconociéndoles derechos como tales, en contraposición con lo que ocurría tiempo atrás. Y, en lo que a nuestro ámbito se refiere, constatamos un aumento significativo de la invocación y aplicación de este principio tanto por parte de los tribunales internos – tanto en el TS como en el TC el cambio ha sido radical a favor del menor- como por parte de los tribunales supranacionales, como es el caso del TJUE ó del TEDH (tal y como expondremos en los Capítulos II y III). Tanto el objetivo de preservación y de restitución de derechos como el interés superior del niño, deben guiar la regulación de las diversas modalidades de medidas especiales de protección, así como su contenido, aplicación y revisión. Por consiguiente, las medidas especiales de protección deben estar orientadas a proporcionar la protección, seguridad y bienestar que el niño necesite; deben buscar, desde el primer momento, el restablecimiento de todos sus derechos, incluido el derecho a la familia y a la vida familiar, además de

¹³² Vid. P.M. Bromley, *Family Law*, London, Butterworths, 1971, p. 276.

¹³³ Vid. I. Ravetllat Ballesté, “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Antecedentes a la Observación General núm. 14 (2013)”, *La Ley Derecho de familia*, 13 de noviembre de 2014.

promover la superación de las circunstancias familiares que hayan originado la adopción de la medida especial de protección.

C. Plasmación en el Derecho positivo

1. La regulación en la CDN

El primer texto normativo en el que consta esta noción o principio del *interés superior del menor*, es la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 de las Naciones Unidas (Principio 2)¹³⁴. Posteriormente, la CDN lo reguló en el artículo 3.1:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

De acuerdo con este artículo, el interés superior del menor debe ser una guía en la adopción de todas las medidas concernientes a los niños por parte de las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. El artículo hace referencia a las instancias ejecutivas, legislativas y judiciales, así como a instituciones privadas. Todas las decisiones adoptadas por ellas, deberán tener como referente el interés superior de los menores. El hecho de que el artículo haga referencia “a los niños” en plural, significa, según el Comité de los Derechos del Niño, que será aplicable tanto a un/a menor en concreto como a un grupo de menores o a los menores en general. Una de las cuestiones planteadas en la elaboración del precepto, fue la redacción de dicho principio como “una” consideración primordial o “la” consideración primordial. Uno de los argumentos más contundentes a favor de “una consideración” fue que el apartado 1 estaba

¹³⁴Vid. R. Hodgkin, P. Newell para Unicef, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, United Nations Children’s Fund, Geneva, 2007, p. 35.

redactado de una manera tan general que podía abarcar procesos relativos a menores, pero en los que la consideración primordial no tenía por qué ser el interés superior del menor. Esta redacción supone, en opinión de *Van Bueren*¹³⁵, un lamentable debilitamiento de la primacía del interés superior del menor, con respecto a lo dispuesto en el art. 3 de la Declaración de 1959 y con respecto al art. 4 de la Carta Africana de los Derechos y del Bienestar del Niño, en cuyos textos dicho interés era “la” consideración primordial. La redacción de la CDN permitiría a los Estados Parte primar otros intereses propios del Estado, como los religiosos o los económicos, sobre el interés de los menores.

Según considera el Comité de los Derechos del Niño, estamos ante uno de los cuatro principios fundamentales de la Convención y aunque en principio ninguno de ellos prevalece sobre el resto, el principio del interés superior del menor es la base del resto del articulado. No se trata de un artículo que contiene derechos u obligaciones para los niños, sino de un principio de interpretación en todas las medidas y acciones relativas a ellos. De la misma manera, este principio constituye un principio-guía de la interpretación de los artículos de la Convención¹³⁶, cuando la aplicación de éstos pueda ser contradictoria. Por ejemplo, en supuestos en los que se plantea la contradicción entre el derecho que un/a menor tiene de ver/estar con sus progenitores con el derecho a protegerlo/a de un maltrato/abuso cometido por alguno de ellos. En dicho supuesto, debería primar el interés superior del menor. Asimismo constituye, según algunos autores, un nuevo principio de interpretación en el derecho internacional¹³⁷. Aunque la Convención no se pronuncie sobre cuál es el interés superior del menor en una situación concreta, sí establece un marco normativo que acota –en cierta manera- dicho interés. Entre todos los intentos de definir el concepto,

¹³⁵ *Vid.* The International ..., *op.cit.*, p. 46.

¹³⁶ *Vid.* M. Freeman, *Article 3: The Best Interests of the Child. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, p. 1.

¹³⁷ *Vid.* G. Van Bueren, *loc. cit.*, pág. 45.

destacamos la definición del interés superior del menor dada por *John Eekelaar*¹³⁸, como

“Basic interests, for example to physical, emotional and intellectual care developmental interests, to enter adulthood as far as possible without disadvantage; autonomy interests, especially the freedom to choose a lifestyle of their own”.

El hecho de que no exista un texto de carácter internacional que establezca los parámetros dentro de los que se encuentra dicho interés, lejos de constituir un elemento de unificación, puede -en opinión de A. Borrás¹³⁹- constituir un “elemento de obscurantismos nacionalista” de protección de los niños.

Los artículos de la CDN establecen orientaciones y fijan límites concretos con respecto a la manera en que deben y no deben ser tratados los menores. Así, será en interés del menor recibir una educación (art. 28); mantener relaciones familiares (art. 8); ser oído en todos aquéllos asuntos que le afecten (art. 12); conocer sus orígenes y ser educado por sus progenitores (art. 7), etc. Es evidente que dicho principio debe respetar la importancia de cada niño/a como una persona que tiene una opinión, la consideración de la vida del niño/a, a corto, medio y a largo plazo, teniendo en cuenta que se trata de una persona en desarrollo y, debe tener en cuenta el espíritu global de la CDN.

Además, el Comité ha subrayado en varias ocasiones que la CDN debía ser entendida como un todo e interpretado teniendo en cuenta la relación entre los diferentes artículos, siempre de acuerdo con el espíritu de este instrumento y poniendo el acento en el niño, como individuo dotado de derechos civiles y políticos, alimentando sus propios sentimientos y opiniones. Asimismo, ha insistido en que “para que el interés superior del niño sea una consideración

¹³⁸Vid, “The importance of Thinking That Children Have Rights”, *International Journal of Law and the Family*, 6 (1992), pp. 230-231.

¹³⁹ Vid. “La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989”, *La Protección de los Niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, AA.VV. (Dir. F. Aldecoa, J. Forner), AEDPIRI, AEJI, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 14.

primordial a la que se atiende y para que todas las disposiciones de la Convención se respeten al promulgar disposiciones legislativas y formular políticas en todos los niveles de los poderes públicos (...), se requiere un proceso continuo de valoración (...) y de evaluación de los efectos sobre los niños (juzgando las consecuencias reales de la aplicación)". Este proceso tiene que incorporarse, a todos los niveles de gobierno y lo antes posible, en la formulación de políticas¹⁴⁰ y deberá reflejarse en la legislación adoptada por los Estados y en las medidas adoptadas por los mismos¹⁴¹. Asimismo, en opinión de algunos autores¹⁴², la versión más desarrollada del principio la encontramos en el art. 21 de la CDN, que requiere a los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, a fin de que en dichas adopciones, el interés superior del niño sea la consideración primordial.

También Unicef¹⁴³ considera que el artículo 3 CDN debe interpretarse en el sentido de que el interés superior de los niños debe ser la principal consideración en la toma de decisiones que les afecten. Todos los adultos deben hacer aquello que sea lo mejor para los niños. Cuando los adultos toman decisiones, deben pensar cómo afectarán dichas decisiones a los niños. Esto hace referencia especialmente a los presupuestos, a la política y a los legisladores.

Y, así ha sido en la mayoría de los Estados, en palabras de A. Borrás¹⁴⁴, en los que ha incidido – en el ámbito del Derecho internacional privado- por un lado, en las normas de conflicto y por otro, ha consagrado el derecho del menor a

¹⁴⁰ Observación general nº 5 (2003)..., *loc. cit.*, parágrafo 45, p. 14.

¹⁴¹ The Committee states that the best interests principle, "...requires active measures throughout Government, parliament and the judiciary. Every legislative, administrative and judicial body or institution is required to apply the best interests principle by systematically considering how children's rights and interests are or will be affected by their decisions and actions (...)", *Vid. Implementation Handbook for the Convention on the Rights of The Child*, Hodgkin & Newell, UNICEF, Third ed. 2007, Geneva, pp. 35 y 37.

¹⁴² *Vid.* P. Alston, "The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights", *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 8 (1994), pp. 13; S. Parker, "The best interests of the child: principles and problems", *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 8 (1994), pp. 26-41; J. Eekelaar, "The Interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism", *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 8, (1994), pp. 42-61.

¹⁴³ *Vid.* www.unicef.org, *Rights under the Convention on the Rights of the Child*.

¹⁴⁴ *Vid.* A. Borrás, "La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes", *Pacis Artes: Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, Derecho internacional privado, Derecho constitucional y varios, Madrid, UAM/Eurolex, 2005, p. 1287.

ser oído, a tener acceso a ambos progenitores, etc. Todas las decisiones que adopten por una parte, los padres, tutores, profesionales u otras personas responsables de los niños, deben hacerlo teniendo en cuenta el interés superior del niño y, por otra, las que adopten las autoridades administrativas, legislativas y judiciales y que afecten a los niños, también deben ser adoptadas teniendo en cuenta el mismo interés.

Encontramos en la CDN otras referencias al interés superior del niño, en los artículos 9, 10, 18, 20, 21, 37 c) y el art. 40.2 b) iii):

- a) El artículo 9¹⁴⁵ regula los supuestos de separaciones ó divorcios de los padres y el derecho del niño a no ser separado de ellos contra la voluntad de éstos, salvo que las autoridades consideren que dicha separación es necesaria, en interés superior del menor. El primer párrafo del artículo dice expresamente:

1. “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

¹⁴⁵ Art. 9: “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento en el que se presente una petición de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Asimismo, el tercer párrafo de este mismo artículo regula el derecho que el niño tiene a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores, de manera regular, excepto que dicho contacto sea contrario al interés superior del niño. En estas situaciones de separación o divorcio, hay muchos Estados cuyas legislaciones prevén que, en el momento de la disolución de una relación, el juez otorgue una atención primordial al interés superior del menor¹⁴⁶. Serán, en cualquier caso, las autoridades competentes las encargadas de realizar dicha separación y debe existir la posibilidad de recurrir judicialmente dicha decisión. Este último aspecto ha sido objeto de reservas por parte de algunos Estados¹⁴⁷.

- b) El artículo 18¹⁴⁸, hace referencia a la responsabilidad parental, estableciendo que ambos progenitores deben contribuir conjuntamente en la crianza y desarrollo de sus hijos y que su preocupación fundamental será el interés superior del niño. En estos supuestos, incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Este artículo establece, nuevamente, como primer ámbito de protección en la crianza y el desarrollo, el de los padres y, en el caso en que no pudieran hacerlo éstos, en el de los representantes legales. Y, también en este caso, los padres o los representantes legales, deberían desarrollar esa labor de crianza, teniendo en cuenta fundamentalmente- el interés superior del menor.
- c) También en el caso del artículo 20 se hace referencia al interés superior del niño, en los supuestos en los que dicho interés exija que el menor no esté en su medio familiar, que sea apartado del mismo porque le perjudica. Así, el artículo establece que:

¹⁴⁶ Observación General nº 12..., *loc. cit.*, párrafo 51.

¹⁴⁷ Por ejemplo, Bosnia y Herzegovina. *Vid.* P. Trinidad Núñez, "La cara oscura de las relaciones familiares: la protección internacional del niño frente a los miembros de su propia familia", *Diario La Ley*, 28/05/2004, Año XXV, nº 6028, p.5.

¹⁴⁸ Art. 18: "1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas".

“1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. 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 menores. 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”.

Consideramos que éste es uno de los artículos básicos, desde el punto de vista del bienestar de un menor, ya que la separación del niño de sus padres sólo debería darse en casos puntuales y siempre cuando ello fuera con el fin de proteger al menor. El mejor ámbito de protección de un menor (sin que medien situaciones de peligro o malos tratos, abandono, etc.) es el familiar, empezando por la “familia nuclear” – padres y hermanos- y, siguiendo por la “familia más amplia”, abuelos, tíos, primos, etc. También es un artículo a tener en cuenta – ó debería serlo- por los progenitores, cuando toman la dura decisión de separarse o de divorciarse.

Queremos pensar que el desconocimiento de que algo tan básico está regulado y constituye un derecho que tienen los menores implicados en esas situaciones tan desagradables, lleva a los progenitores a realizar conductas totalmente contrarias al bienestar y equilibrio de sus hijos/as. No hay más que ver el espectacular aumento del número de sustracciones internacionales de menores estos últimos años, habitualmente cometidas por uno de los progenitores. Sin llegar a cometer una sustracción internacional, pero ante la poca consideración que tenían los progenitores con respecto al interés de sus propios hijos, recientemente, un juez argentino estableció en la sentencia de divorcio, la novedosa y curiosa obligación de que los progenitores leyeran los artículos de la

CDN y dos libros, entre los que se encontraba “El Principito”, de *Antoine Saint-Exupéry*¹⁴⁹.

- d) Por otra parte, el art. 21¹⁵⁰ de la Convención regula la adopción, la *Kafala*¹⁵¹ de derecho islámico u otras formas de acogimiento. También en estos casos, “los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”. En estos supuestos, el Comité de los Derechos del Niño, entiende que el “interés superior del menor” no puede ser definido sin tener en cuenta la opinión del menor. Asimismo, “...solicita a todos los Estados parte que informen al menor, si es posible, de los efectos que la adopción, la *kafalah* u otras formas de acogimiento producen y que garanticen a través de la legislación que la opinión del menor sea tenida en cuenta”¹⁵².

¹⁴⁹ Noticia aparecida en el Diario La Prensa, de 28 de julio de 2014: “Un juez rosarino ordenó a padres separados leer el texto de la Convención de los Derechos del Niño”, www.laprensa.com.ar.

¹⁵⁰ Art. 21: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”.

¹⁵¹ El término *kafalah* (en inglés o en francés), se transcribe en castellano como *kafala*. Así lo manifestó también la delegación marroquí participante en la elaboración del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, *Vid. Lagarde, P., Informe explicativo...*, pág. 17.

¹⁵² *Vid. Observación General n° 12 (2009) titulada, El Derecho del menor a ser oído, Comité de los Derechos del Niño, 51° período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo-12 de junio de 2009. CRC/C/GC/12, párrafo 56.*

e) Asimismo, el art. 37 c) prevé que:

“Los Estados partes velarán por que,

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.”

f) Por último, el art. 40 establece que:

1. “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.
2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:
 - iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales”.

2. Otras disposiciones normativas internacionales.

Como hemos citado *ut supra*, en el art. 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, se regulaba la protección especial de la maternidad y de la infancia. Pero en este caso, la regulación del Principio va más allá que la del art. 25.2, ya que recoge la promulgación de normas internas e internacionales, en interés del menor, que protejan de una manera especial a los niños y que permitan su desarrollo físico, mental, moral, etc. De una manera digna y en libertad.

También los artículos 5 y 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación con respecto a las mujeres de 1979 contenían este concepto. Así, en virtud de lo establecido en el art 5 b), los Estados parte deben adoptar todas las medidas necesarias para: "...asegurarse de que la educación familiar contribuya a hacer entender que la maternidad es una función social y a que se reconozca la responsabilidad común del hombre y de la mujer en la educación de sus hijos y de garantizar su desarrollo, entendiendo que *el interés de los menores* es la condición primordial en todos los casos". El art. 16.1 d) de esta Convención establecía que los hombres y las mujeres deben "...tener los mismos derechos y las mismas responsabilidades como padres, cualquiera que sea su estado matrimonial, en las cuestiones relativas a sus hijos; en todos los casos, el interés de los niños es la consideración primordial".

Por otra parte, -en 1977- el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Resolución (77) 33 F, de 3 de noviembre, relativa al *Acogimiento de los niños*, teniendo en cuenta lo establecido por los principios 2, 5 y 6 de la Declaración de los Derechos del Niño y por los artículos 16 y 17 de la Carta Social Europea, insistió en que las medidas de acogimiento de los menores deberían llevarse a cabo en las mejores condiciones posibles para los menores, garantizando el bienestar físico y psíquico de los mismos así como los cuidados médicos y educativos necesarios. Las medidas de acogimiento deberían garantizar –siempre que ello fuera posible y siempre que fuera en *interés del menor*-, el

mantenimiento de los vínculos con la familia del menor, la estabilidad de los vínculos afectivos, teniendo en cuenta el desarrollo del menor, el respeto de la persona del menor como tal, la integración del menor en un colectivo, etc. En estos supuestos, los profesionales encargados de su cuidado – médicos, trabajadores sociales, abogados, etc.- deben tener siempre presente, por el bien de los menores, que ellos no son los progenitores de los menores a los que atienden¹⁵³ y que el objetivo de dicho acogimiento es facilitar y preparar a las familias para que los niños puedan retornar con sus progenitores.

De la misma manera, el Comité de Derechos Humanos¹⁵⁴, en sus Observaciones Generales 17 y 19¹⁵⁵, ha hecho referencia al “interés superior del menor” en caso de divorcio o separación de los padres. En la Observación General n° 17, el Comité ha considerado que, en caso de disolución del matrimonio, es en interés superior del menor que se le garanticen -en la medida de lo posible- relaciones continuas con ambos progenitores. En el caso de menores abandonados, deben ser adoptadas medidas especiales para permitir que los niños se desarrollen, en la medida de lo posible, en condiciones análogas a las que ofrece el entorno familiar. En la Observación n° 19, el Comité ha subrayado que “toda discriminación en materia de divorcio, de derecho de guarda, de derecho de visita, etc. debe ser prohibida, salvo que el interés superior del menor lo exija”.

Por otra parte, en las Directrices del Alto Comisariado para los Refugiados (ACNUR) se recoge que la determinación del “interés superior del niño”¹⁵⁶, “...describe el proceso formal, dotado de garantías procesales estrictas,

¹⁵³ Vid. J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit, S. Goldstein, *In the Best Interests of the Child*, New York, The Free Press, 1986, p. 4.

¹⁵⁴ El Comité de Derechos Humanos es un órgano compuesto por expertos independientes que controla la aplicación por parte de los Estados del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos de 1966. Todos los Estados parte deben presentar al Comité diversos informes relativos a la puesta en práctica de los derechos reconocidos en el Pacto. Un primer informe deberá ser presentado por el Estado un año después de haberse adherido al Pacto y, posteriormente, cada vez que sea requerido al efecto por el Comité (normalmente lo será cada cuatro años).

¹⁵⁵ La Observación General n° 17 fue adoptada en su 35ª sesión de 1989, y la Observación General n° 19, en la 39ª sesión, en 1990.

¹⁵⁶ Vid. *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados, mayo 2008, p. 8.

establecido para determinar el interés superior del niño, especialmente en la adopción de las decisiones importantes que le afecten. Debe asegurar la adecuada participación del niño sin discriminación, involucrar a las personas expertas en áreas relevantes encargadas de tomar las decisiones y equilibrar todos los factores relevantes para valorar la mejor opción”.

No obstante, hasta la aprobación por parte del Comité de los Derechos del Niño de la Observación general nº 14 (2013) *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1)¹⁵⁷, este Comité no había considerado que el interés superior del menor fuera propiamente un derecho, sino uno de los cuatro principios rectores o generales de la Convención¹⁵⁸; pero a partir de la misma, sí lo hace, por lo que la relevancia de dicha Observación es notoria. Los otros tres principios generales de la Convención son: el derecho a la no discriminación (art. 2), el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6) y el derecho a ser oído (art. 12). Estamos ante una Observación muy relevante, dado que en la misma se reconoce -por primera vez y expresamente¹⁵⁹- que el interés superior del menor es un derecho. Aunque las Observaciones Generales no son jurídicamente vinculantes, la importancia de las mismas es elevada¹⁶⁰, dado que establecen los criterios de aplicación de la Convención a los Estados Parte y en este caso también a todos los que se ocupan de los niños, en especial los padres y cuidadores¹⁶¹. En relación a los Estados Parte, la observación contiene una obligación para éstos, que es la de “respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las

¹⁵⁷ Vid. Observación General nº 14 (2013) aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013) y publicada el 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14. Esta Observación sólo hace referencia al párrafo 1 del artículo 3 y no a los otros dos.

¹⁵⁸ Observación General nº 7 (2005)..., *loc. cit.*, párrafo 9: “El Comité ha identificado los artículos 2, 3, 6 y 12 del Convenio como principios generales (...). Cada principio tiene sus consecuencias para los derechos en la primera infancia”.

¹⁵⁹ Capítulo I, A) apartado 1 y I) A) apartado 6 a).

¹⁶⁰ El TEDH también la cita, como normativa relevante a tener en cuenta en la resolución de sus más recientes sentencias. Por ejemplo, en el asunto *G. S. c. Georgia*, de 21 de julio de 2015.

¹⁶¹ Vid. Capítulo II, apartado 10 *in fine*.

medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho”¹⁶².

El Capítulo III de la Observación (apartados 13 a 16) regula la naturaleza de las obligaciones impuestas a los Estados partes y los tipos de medidas que éstos deben adoptar para garantizar el cumplimiento de las primeras. Entre dichas medidas se encuentran, por ejemplo, “examinar y -en su caso-, modificar la legislación nacional y otras fuentes del derecho para incorporar el artículo 3, párrafo 1. Otra medida consistiría en velar por que el requisito de que se tenga en cuenta el interés superior del niño se recoja y aplique en todas las leyes y reglamentos nacionales, como un derecho sustantivo y una norma de procedimiento”; y que de la misma manera se haga también “en las normas que rigen el funcionamiento de las instituciones públicas o privadas que prestan servicios relacionados con los niños o que repercuten en ellos, así como en los procedimientos judiciales y administrativos a todos los niveles”.

En el capítulo I, A, 6 establece que *el interés superior del menor* es un concepto triple: por un lado, se trataría de un derecho sustantivo; por otro, un principio jurídico interpretativo fundamental y, por último, una norma de procedimiento. Veamos cada uno de dichos aspectos, por la relevancia que dicha clasificación tiene:

- *Un derecho sustantivo*: el niño (o la niña) tendrá derecho a que su interés superior sea una consideración primordial, que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. Asimismo, supone la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica, siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico, o a los niños en general. Esta garantía se convierte en una obligación intrínseca para los Estados, que sería de aplicación directa y podría invocarse ante los tribunales.
- *Un principio jurídico interpretativo fundamental*: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que más satisfaga el interés superior del menor. El marco interpretativo está establecido en la Convención y en sus Protocolos facultativos.

¹⁶² Vid. Apartado 13 de la Observación.

- *Una norma de procedimiento:* en este caso, en los supuestos en los que se adopten decisiones relativas a menores, éstas deberán considerar las repercusiones que dicha decisión tendrá en los mismos, teniendo siempre en cuenta cuál es el interés superior del menor en dichos casos. La determinación del interés superior del menor, requiere de garantías procesales.

Con respecto al concepto de *interés superior del niño* en sí, el Comité considera que estamos ante un concepto complejo, aunque flexible y adaptable, cuyo contenido debe determinarse caso por caso. En los supuestos de decisiones particulares, el interés superior del menor se debe evaluar en función de las circunstancias específicas de cada niño/a en concreto. En el caso de las decisiones colectivas, la evaluación y determinación del interés, se debe realizar teniendo en cuenta las circunstancias del grupo concreto o de los/as niños/as en general. En ambos casos, la determinación debe hacerse respetando los derechos regulados en la Convención¹⁶³.

La característica de la flexibilidad del concepto es un arma de doble filo. Por un lado, permite que el concepto se adapte a cada situación particular y a la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil y, por otro, da lugar a que sea utilizado de manera abusiva (tal y como consta en el apartado 34). En este caso, el Comité denuncia que así lo ha sido por parte de gobiernos y autoridades estatales para justificar políticas racistas; por parte de los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y, finalmente, por parte de los profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia.

Previa a esta Observación General, el Comité aprobó otras, entre las que destacamos la nº 5 de 2003, relativa a las *Medidas generales de aplicación de la*

¹⁶³ Apartado 32.

Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)¹⁶⁴.

En aquella ocasión, el Comité explicitaba cómo debía interpretarse el párrafo 1 del art. 3:

“El artículo se refiere a las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”.

Y, continuaba diciendo, “El principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativas, administrativas y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño, estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan directamente”.

También en la Observación general n° 12 de 2009, relativa al *Derecho del menor a ser oído*¹⁶⁵, se hace referencia a este principio:

“... le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est similaire à un droit procédural qui oblige les États parties à intégrer à leur processus d'action des mesures visant à garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant est pris en considération. La Convention oblige les États parties à veiller à ce que les personnes responsables de ces mesures entendent l'enfant comme l'exige l'article 12. Cette mesure est obligatoire”.

¹⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño, 34° período de sesiones, 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párrafo 12, p.5.

¹⁶⁵ *Vid.* Observación General n° 12 (2009) “Sobre el Derecho del menor a ser oído”, del Comité de los Derechos del Niño, 51ª Sesión, Ginebra, 25 de mayo-12 de junio de 2009. CRC/C/GC/12, parágr.70-74.

Siguiendo con esta última Observación, podemos constatar que el interés superior del menor no sólo es un derecho individual sino también colectivo. En el párrafo 72 se reconoce que,

« L'article 3 est consacré à des cas individuels mais, de façon explicite, il exige également que l'intérêt supérieur des enfants en tant que groupe soit pris en compte dans toutes les mesures concernant les enfants. Les États parties sont par conséquent soumis à l'obligation d'examiner non seulement la situation individuelle de chaque enfant pour déterminer leur intérêt supérieur, mais aussi les intérêts des enfants en tant que groupe ».

En relación a esta Observación General, el Comité de los Derechos del Niño aprobó - en 2006- unas Recomendaciones -tras la Discusión General relativa al Derecho del menor a ser oído¹⁶⁶- que reiteraban la obligación de los Estados Parte de implementar el art. 12, adoptando medidas que favorezcan la recepción de información por parte de los menores y su participación en los diferentes ámbitos (hogar, escuela, procedimientos administrativos y judiciales, sociedad, etc.).

3. Incorporación al ordenamiento jurídico español

La influencia ejercida tanto por los Convenios internacionales como por la labor desarrollada por las Naciones Unidas, está dando sus frutos legales en lo que al Estado español se refiere. Los Estados parte de la CDN no pueden interpretar el interés superior del menor de una manera demasiado vinculada a su cultura y tampoco pueden utilizar su propia interpretación del concepto, para denegar derechos ya garantizados a los menores en el Convenio (por ejemplo, la protección contra los tradicionales castigos violentos). Sin embargo, la realidad es que lo que en una cultura o en un Estado se considera “en interés del menor”,

¹⁶⁶ Celebrada en la 43ª Sesión de dicho Comité, 11-29 de septiembre de 2006.

en otro no lo sea¹⁶⁷. O incluso, lo que unos progenitores consideran beneficioso para sus hijos, puede que el Estado al que pertenecen o que debe adoptar las medidas, no lo considere así. También entre los propios miembros de una misma familia (entre los progenitores o entre los familiares de éstos), las opiniones divergentes en relación a lo que se considera más beneficioso para los menores, suelen ser habituales. Los elementos que conforman dichas opiniones son tan variados y -en ocasiones- tan complejos, que resulta dificultoso llegar a un acuerdo sobre dicho interés. Los ejemplos son muy numerosos en el ámbito de las decisiones médicas (supuestos de transfusiones sanguíneas, trasplantes, cuidados paliativos en enfermedades terminales, etc.), o en el ámbito de la religión, de la educación, en el de las medidas de protección, etc.

Las recientemente aprobadas Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas relativas a la modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁶⁸, han incorporado al ordenamiento jurídico español algunos de los aspectos mencionados. Concretamente, la Ley Orgánica 8/2015 ha introducido el principio del interés superior en el artículo 2 de 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. Y la Ley 26/2015, ha realizado modificaciones -que no tienen carácter orgánico, pero sí relevancia en lo que a los deberes de los menores se refiere-, en la misma Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero¹⁶⁹.

¹⁶⁷ En estos casos, el choque entre ordenamientos/cultura musulmanes/a y ordenamientos/cultura occidentales, suele producirse con frecuencia.

¹⁶⁸ La relevante y global reforma legislativa incluye la modificación de numerosas normas españolas relativas al sistema de protección de la infancia y de la adolescencia, tales como la Ley 1/200 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (que también ha sido parcialmente modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, etc.

¹⁶⁹ Introduce un nuevo Capítulo III en el Título I, con la rúbrica “Deberes del menor”, en el que se introducen cuatro artículos en los que se regulan los deberes de los menores en general y en los ámbitos familiar, escolar y social, en particular.

El artículo 2 queda redactado de la siguiente manera:

“Interés superior del menor.

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

- a. La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b. La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c. La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se

valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familiar.

d. La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a. La edad y madurez del menor.

b. La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c. El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d. La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e. La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f. Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

- a. Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.
- b. La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor, se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.
- c. La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso de defensa de sus intereses.
- d. La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.
- e. La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.”

La gran influencia del artículo 3 de la CDN en la redacción de este nuevo artículo 2 es evidente, así como la de la Observación general nº 14 del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. El contenido del derecho del menor a que su interés superior sea la consideración primordial, es triple (tal y como se recoge en la mencionada Observación y en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica): como derecho sustantivo, como principio general de carácter interpretativo y como norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene el objetivo de asegurar el total y efectivo respeto de todos los derechos que correspondan al menor, así como el desarrollo integral de los mismos.

Otra de las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño - afortunadamente- tenida en cuenta por parte del legislador español, ha sido la Observación General nº 12, “sobre el Derecho del niño a ser escuchado”¹⁷⁰. Así, su contenido se ha visto trasladado, en parte, al artículo 9 de la Ley 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 sido modificado a través de la Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio. Por otra parte, el legislador ha establecido un catálogo de derechos y deberes de los menores en diferentes ámbitos (el familiar, el escolar y el social), en la misma Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor¹⁷¹, pero esta última modificación ha sido aprobada a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

El tenor literal del nuevo artículo 9 de la Ley 1/1996 es el siguiente:

“Derecho a ser oído y escuchado.

1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en

¹⁷⁰ CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

¹⁷¹ Se modifican, por una parte, la rúbrica del Título I, que pasa a denominarse “De los derechos y deberes de los menores” y, por otra, los artículos 5.1 y 3, art. 7.1, art. 9 bis, art. 9 ter, art. 9 *quáter* y artículo 9 *quinquies*

que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo, será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores, directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las

resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.”

Por lo tanto, los menores tendrán derecho a ser oídos y escuchados en todos aquellos procedimientos judiciales o administrativos que les afectaren, bien sean en el ámbito familiar, en el ámbito de la mediación o en el ámbito administrativo, sin que puedan ser objeto de discriminación alguna por razón de la edad, de alguna discapacidad o por cualquier otra circunstancia. El menor podrá ejercer este derecho, cuando tenga suficiente madurez para ello, por sí mismo o a través de un representante designado al efecto. La madurez del menor en cuestión será valorada por personas expertas, teniendo en cuenta la capacidad del menor para comprender y evaluar el asunto de que se trate, así como el desarrollo evolutivo del menor. En cualquier caso, se presupone que los menores adquieren el grado de madurez necesario a los doce años.

La introducción de este importante artículo en el ordenamiento jurídico español, se ha realizado teniendo en cuenta también lo establecido en el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y lo regulado en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de 25 de octubre de 2007¹⁷².

Consideramos que, en esta ocasión, el legislador español ha dado un gran paso, reconociendo normativamente el nuevo estatus del menor del que venimos hablando a lo largo de este Capítulo. Y nos atrevemos a decir que *Janusz Korzack* estaría satisfecho de la incorporación efectuada por el legislador español, ya que vería plasmado en una Ley aquello que él defendió durante tantos años: que los menores tuvieran derechos, pero que también tuvieran obligaciones. El hecho de establecer unos derechos y unas obligaciones constituye una gran novedad en el ordenamiento jurídico español, en el ámbito de la protección de menores e incorpora las Recomendaciones efectuadas

¹⁷² Hecho en Lanzarote y firmado por España el 12 de marzo de 2009, Instrumento de ratificación publicado en el *B.O.E.* de 12 de noviembre de 2010.

(anteriormente citadas) por el Comité de los Derechos del Niño en este sentido a los Estados Parte.

D. La regulación en el marco de la Unión Europea

La Unión Europea ha expresado claramente su intención de aplicar y de promover los principios enunciados en el artículo 3 de la CDN. Así, el artículo 3.5 del Tratado de Lisboa estableció que,

“En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas”¹⁷³.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁷⁴, - jurídicamente vinculante y con la misma fuerza que los Tratados constitutivos de la UE, a partir de su entrada en vigor de 2009- recoge por primera vez en una norma de derecho originario y en un único texto, derechos sociales, civiles, políticos y económicos de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión. Los derechos de los menores también son objeto de protección por parte de dicho texto, fundamentalmente en el art. 24¹⁷⁵.

¹⁷³ El artículo 3 fue redactado por el apartado 4) del artículo 1 del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. El citado artículo fue re-numerado por la tabla de correspondencias que figura anexa al Tratado de Lisboa.

¹⁷⁴ *DOCE* C 364/1, de 18 de diciembre de 2000. En junio de 1999, con el fin de destacar su importancia, el Consejo Europeo de Colonia consideró oportuno recoger en una Carta los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea (UE). La Carta debía contener los principios generales recogidos en el CEDH de 1950 y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los países de la UE, así como los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta social europea del Consejo y en la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la del TEDH.

¹⁷⁵ El art. 24 CDFUE dice: “1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Pueden 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. 2. En todos los actos relativos a los

En este caso, se regula el derecho a la protección y a los cuidados necesarios, el derecho a poder expresarse, a ser oído¹⁷⁶ y a que su opinión sea tenida en cuenta, en relación a los asuntos que le afecten, en función de su edad y madurez. La influencia de la CDN (sobre todo, del art. 3) es evidente en el apartado segundo, en el que se regula el principio del interés del menor¹⁷⁷, y también en el párrafo 3, en el que se establece el derecho de los menores a mantener relaciones con ambos progenitores (aspecto muy relevante en los casos de divorcios o separaciones), salvo que dichos contactos sean contrarios al interés de los menores.

A pesar de su carácter no vinculante, también la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo a través de la Resolución de 8 de julio de 1992¹⁷⁸, contiene referencias a los problemas y las posibles soluciones que considera deben ser adoptadas - en materia de protección de menores- por los diversos organismos a los que se dirige. Por ejemplo, en el punto 5, el Parlamento “Pide a la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que intensifique sus trabajos en materia de Derecho de familia y, especialmente, aquellos que se refieren a la aplicabilidad del Convenio de los Derechos del Hombre a los niños, y estudie la posibilidad de completar este Convenio mediante un protocolo que especifique mejor los derechos de los niños”. Asimismo, en el punto 7, “pide a la instancia comunitaria competente que proceda, igualmente, al nombramiento de un defensor de los derechos del niño, con los mismos poderes en el ámbito comunitario”, y en el punto 4, que “Cree, por tanto, que serían necesarios instrumentos comunitarios

menores llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”.

¹⁷⁶ Al hilo de este derecho, véase I. Otaegui Aizpúrua, “Derechos del niño. Art. 24 Carta de los DD.FF.U.E”, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Materiales de innovación docente*, AA.VV. (Dir. J.I. Ugartemendia, S. García, J. Goizueta). Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 239-246.

¹⁷⁷ Según consta en el Informe explicativo de la Carta, los redactores de la misma se basaron en el art. 3 CDN al redactar este apartado.

¹⁷⁸ Doc. A 3-0172/92, DO C, nº 241, de 21/09/1992. La presente Carta no tiene carácter vinculante, ya que se trata de una propuesta que realiza el Parlamento Europeo a la Comisión para que ésta presente el proyecto de Carta comunitaria que se adjunta, con los principios mínimos y definiciones establecidos por el Parlamento.

específicos que, basándose en el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos de los Niños, afrontarán los problemas especiales inherentes a la integración europea de los menores, para los que no existen disposiciones en la legislación de los Estados Miembros”.

El principio del interés superior del menor aparece, asimismo, recogido en el párrafo 15 de la Carta, que establece que “Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses (...)”.

Además, el Plan de Acción de la Comisión Europea para los menores no acompañados, está explícitamente basado en el principio del interés superior del niño, que debe integrarse en todas las acciones. De la misma manera, el Programa de Estocolmo (2010-2014)¹⁷⁹, establece las prioridades de la Unión Europea (UE) respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia. Partiendo de los logros de sus predecesores, los programas de Tampere y La Haya, pretende hacer frente a los desafíos del futuro y reforzar aún más el espacio de libertad, seguridad y justicia, con medidas centradas en los intereses y las necesidades de los ciudadanos. Este Programa se puso en práctica a través de un Plan de acción (COM (2010) 171 Final), que incidió en la protección de los derechos de la infancia y de las personas vulnerables, así como en la lucha contra todas las formas de discriminación, xenofobia, racismo y homofobia.

Por otra parte, el Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) número 1347/2000 (en adelante, “Reglamento Bruselas II bis”)¹⁸⁰, establece en su considerando decimosegundo que: “Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función

¹⁷⁹ Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (Diario Oficial n° C 115 de 4/5/2010).

¹⁸⁰ Publicado en el *DOUE* L 338, de 23 de diciembre de 2003 y que sustituye al Reglamento n° 1347/2000, publicado en el *DOCE* L 160, de 30 de junio de 2000.

del interés superior del menor y, en particular, en función del criterio de proximidad. Esto significa, por lo tanto, que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental”. El criterio de proximidad se corresponde con la residencia habitual del menor¹⁸¹.

Asimismo, cabe la prórroga de la competencia judicial (art. 12 del Reglamento), en determinados supuestos excepcionales y en determinadas condiciones¹⁸², a fin de “atender al interés del menor”, tal y como prevé el considerando decimo tercero¹⁸³.

Recientes Directivas del Consejo hacen referencia al principio en virtud del cual el interés superior del menor debe tenerse en cuenta en la adopción de medidas relativas a las familias migrantes y a los menores migrantes no acompañados. Nos estamos refiriendo, en concreto, a la Directiva 2003/9/CE, del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros o a la Directiva 2005/85/CE, de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, que establece que el interés superior del menor será una consideración primordial para los Estados miembros en la aplicación de medidas especiales, cuando la demanda de estatuto de refugiado es presentada por un menor no acompañado. Asimismo, la Directiva 2008/115/CE estipula que, cuando los Estados miembros aplican esta Directiva, tienen en cuenta el interés superior del menor.

¹⁸¹ Vid. O. Lopes Pegna, “L’interesse superiore del minore nel regolamento n° 2201/2003”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 49, n° 2, 2013, p. 364.

¹⁸² Vid. J.J. Vara Parra, “El interés del menor en los foros de competencia judicial para las acciones de responsabilidad parental en el Reglamento (Ce) núm. 2201/2003”, *REDI*, vol. LVIII (2006), 2.

¹⁸³ Este considerando dice: “(13) Para atender al interés del menor, el presente Reglamento permite al órgano jurisdiccional competente, con carácter excepcional y en condiciones determinadas, remitir el asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que esté mejor situado para conocer del asunto. Ahora bien, en este caso no se debe autorizar al órgano jurisdiccional al que se remitió el asunto a remitirlo a su vez a un tercer órgano jurisdiccional”.

«1. Previa la adopción de una orden de retorno relativa a un menor no acompañado, se acordará la asistencia de organismos competentes diferentes de las autoridades responsables de ejecutar el retorno, teniendo en cuenta el interés superior del menor».

Asimismo, la Directiva 2011/36/UE dispone, en su artículo 16.2, que:

“Los Estados adoptan las medidas necesarias a fin de encontrar una solución duradera, basada en una apreciación individual del interés superior del menor”.

A modo de conclusión y, tras el análisis de la normativa aplicable -en el ámbito del Derecho privado- en materia de protección de menores, queremos destacar que el carácter y el contenido de dicha protección han ido variando, a medida que variaba el estatus de los propios menores. En un primer momento, los menores eran meros objetos de derechos pero, es a partir de la relevante aprobación de la CDN cuando dichos niños y niñas pasan a ser sujetos titulares de los derechos que los protegen. Ese cambio sustancial en el estatus, unido al contenido y al carácter universal de los derechos y principios regulados en la Convención, otorgó a los menores un nivel de protección normativo hasta entonces desconocido. Por primera vez, un texto internacional vinculante reguló los derechos humanos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales referidos a los niños y a las niñas. A partir de este relevante texto convencional, los Estados Parte han ido paulatinamente incorporando a sus legislaciones internas estos derechos. El principio o derecho del interés superior del niño, se ha integrado en la legislación de la mayoría de los Estados miembros de la UE - como lo recomienda el Comité de los Derechos del Niño -, y también se ha consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Capítulo II

INSERCIÓN DEL MENOR EN EL MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. Consideraciones introductorias

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) -a diferencia de otros textos convencionales-, no regula únicamente obligaciones sinalagmáticas o recíprocas entre los Estados, ni el interés individual de cada uno de ellos, sino el interés común de todos, a través de la protección colectiva de los derechos y libertades fundamentales que contiene. Regula, principalmente, derechos civiles y políticos¹⁸⁴ aplicables a todas las personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte (art. 1 CEDH¹⁸⁵) y opera como una norma de mínimos, en el nivel europeo, en cuanto a derechos fundamentales. Los Estados contratantes, a través de sus correspondientes Constituciones, podrán otorgar una protección superior a

¹⁸⁴ Los derechos y libertades regulados por el CEDH son: el derecho a la vida (art. 2), el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5), el derecho a un proceso equitativo (art. 6), el principio de legalidad (art. 7), el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9), la libertad de expresión (art. 10), la libertad de reunión y de asociación (art. 11), el derecho a contraer matrimonio (art. 12) y el derecho a un recurso efectivo (art. 13). Y, las prohibiciones establecidas en dicho texto son: la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes (art.3), la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado (art. 4), la abolición de la pena de muerte (art. 1 del Protocolo nº 4), la prohibición de la detención arbitraria e ilegal y la prohibición de la discriminación en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio (art. 14). Asimismo, hay otros derechos cuya incorporación al Convenio ha sido realizada a través de los sucesivos Protocolos adicionales de carácter facultativo, por lo que sólo son de obligado cumplimiento para los Estados que los han ratificado. Entre estos últimos derechos podemos citar el derecho a la propiedad privada (art. 1 del Protocolo nº 1), el derecho a la educación y a la instrucción (art. 2 del Protocolo nº 1) y el derecho a elecciones libres (art. 3 del Protocolo nº 1).

¹⁸⁵ Art. 1: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción, los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

la establecida por el CEDH, pero en ningún caso inferior a éste, en virtud de lo establecido en el artículo 60 del propio Convenio¹⁸⁶.

El artículo 1 de dicho texto establece que, las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción, los derechos y libertades reconocidos en el mismo. Como podemos constatar, el artículo menciona a la “persona”, sin distinciones entre las mismas en función de su nacionalidad, su religión, el sexo o de su edad y sin hacer mención alguna a nacionales/extranjeros, hombres/mujeres, mayores de edad/menores, etc. Tampoco se establece, tal y como veremos más adelante, cuándo se considera que alguien es persona¹⁸⁷. En el caso concreto de los menores, ante la falta de disposiciones que regulen derechos específicos de los niños y niñas, éstos quedarían incluidos en el término “persona”. Los derechos de los menores son derechos humanos, porque los menores son, evidentemente, personas.

La falta de referencia específica a los menores no es exclusiva del CEDH. Lo mismo sucede en el caso de la Constitución española. En este último supuesto, las referencias terminológicas a los sujetos de dichos derechos son diversas; así, se refiere a “toda persona”, “todos”, “los españoles”, “los ciudadanos”, etc. La única referencia a la persona del menor la encontramos en el apartado 4 del artículo 39, en el que se menciona a “los niños”¹⁸⁸ en relación a la protección que les otorguen los tratados internacionales. Esta remisión constitucional a la normativa internacional significa que dicho ordenamiento será la guía de actuación legislativa en este ámbito.

El CEDH es un Convenio internacional, pero no es un tratado internacional clásico¹⁸⁹, dado que “...excede el marco de la simple reciprocidad entre Estados

¹⁸⁶ El art. 60 del CEDH establece que: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

¹⁸⁷ Esta cuestión tiene relevancia, sobre todos, a efectos de determinar si el *nasciturus* puede ser considerado a estos efectos persona.

¹⁸⁸ Art. 39.4 CE: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

¹⁸⁹ Sobre el CEDH existe numerosa doctrina, ente la que destacamos, I. Lasagabaster, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, AA.VV. (Dir. I. Lasagabaster), Cizur Menor,

contratantes. Además de los compromisos sinalagmáticos bilaterales, crea unas obligaciones objetivas que, según lo establecido en su Preámbulo, se benefician de unas “*garantías colectivas*”¹⁹⁰. En el asunto *Loizidou c. Turquía*¹⁹¹, el Tribunal destacó el carácter especial del Convenio como “instrumento de orden público para la protección de los derechos humanos” y la finalidad del mismo - regulada en el art. 19 del CEDH-, que sería “garantizar el respeto de los compromisos adquiridos por las Altas Partes Contratantes con respecto al Convenio”. El Convenio es mucho más que un simple intercambio de obligaciones entre los Estados contratantes, ya que garantiza -en nombre de unos valores y principios comunes a dichos Estados-, la protección de los derechos individuales y colectivos y su desarrollo. Por esta razón, el propio Convenio responsabiliza a los Estados que forman parte del mismo, de la garantía colectiva y solidaria de los derechos regulados en el texto. El carácter objetivo del Convenio es la base de la solidaridad común y se opone al principio general de reciprocidad, propia del Derecho internacional. Actualmente, forman parte de dicho Convenio cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa, entre ellos, todos los Estados miembros de la UE, pero queda pendiente la adhesión a dicho texto convencional por parte de la Unión Europea¹⁹².

Thomson-Civitas, 2009, pp. 19-28; J.A. Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003; P. Pescatore, “La Cour de Justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l’Homme”, *Protection des droits de l’homme: la dimension. Mélanges en l’honneur de G.J.Wiarda*, AA.VV., Köln, Berlin, Mastcher/Petzold, 1988, pp. 441- 455; E. Martínez Pérez, « La actualización de los derechos fundamentales en Europa: la incidencia de la Carta en la jurisprudencia de Estrasburgo », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, enero-abril 2013, pp. 155-190.

¹⁹⁰ Vid. STEDH, caso *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, serie A nº 25, p. 90, parágrafo 239.

¹⁹¹ Asunto *Loizidou c. Turquía* (excepciones preliminares), sentencia de 23 de marzo de 1995, párrafos 70 y 93.

¹⁹² En el mes de abril de 2013, fue aprobado un proyecto de tratado de adhesión a nivel de los negociadores, que fue considerado como un gran avance- tal y como puso de relieve el Presidente del Tribunal, *Dean Spielmann* en 2014- por lo que parecía que las negociaciones para la adhesión iban por buen camino. Sin embargo, el 18 de diciembre de 2014, el Pleno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, emitió el Dictamen 2/13 que dificulta la adhesión. El dictamen dice lo siguiente: “El acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no es compatible con el artículo 6 TFUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. Vid. J.C. Fernández Rozas, “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, nº 23, febrero 2015, La Ley 1430/2015.

El origen del CEDH está en la Resolución adoptada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, el 8 de septiembre de 1949, en la que dicha institución aconsejaba “al Comité de Ministros del Consejo de Europa que adoptara, en el menor plazo posible, un proyecto de Convenio de garantías colectivas, que tuviera por objeto asegurar a toda persona residente en el territorio, el disfrute efectivo de los derechos y libertades fundamentales”¹⁹³. Esta Recomendación fue examinada por el Comité de Ministros, el cual decidió reunir un Comité de Expertos para la redacción del citado proyecto de Convenio. En marzo de 1950, dicho Comité presentó su informe al Comité de Ministros, junto con un proyecto de Convenio con diferentes versiones, entre las que éste eligió el que hoy conocemos como el Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

La finalidad de dicho texto fue la regulación, en el ámbito del Consejo de Europa, de diversos derechos fundamentales y determinadas libertades, así como el establecimiento de mecanismos de control del respeto -por parte de los Estados contratantes- de los derechos que en el texto se recogían, y de las obligaciones que con su adhesión al mismo habían adquirido. Para ello, el Convenio creó dos órganos jurisdiccionales. Por una parte, la Comisión Europea de los Derechos Humanos¹⁹⁴, cuya misión era decidir sobre la admisión o inadmisión de las demandas interpuestas por la vulneración de algún o algunos derechos regulados en el Convenio, así como la emisión de los “informes” destinados a intentar un acuerdo amistoso en aquellos asuntos que habían sido admitidos. Y, por otra, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹⁵ que, bajo determinadas condiciones, podía revisar los asuntos que le remitía la Comisión y dictar sentencia sobre los mismos. Dicho sistema estuvo vigente hasta el 1 de noviembre de 1998, fecha en la que entró en vigor el Protocolo nº 11 y la Comisión desapareció, quedando únicamente el Tribunal.

¹⁹³ Vid. « Conférence de Hauts Fonctionnaires (8-17 juin 1950). 12. Rapport de la Conférence de Hauts Fonctionnaires », *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Vol. IV, La Haye, Martinus Nijhoff, 1977, p. 243.

¹⁹⁴ Creada el 18 de junio de 1954.

¹⁹⁵ Creado en 1959.

La garantía de la protección de los derechos contenidos en el Convenio, que los Estados contratantes deben llevar a cabo con respecto a las personas que se hallen en el ámbito de su jurisdicción, plantea un problema inicial y es, en palabras del Prof. González Campos¹⁹⁶,”...el de saber si la persona que ha sufrido una violación de estos derechos, está comprendida en el ámbito de la “jurisdicción” de un Estado parte, según la expresión de su artículo 1”. Porque ésta es una de las condiciones -junto con las establecidas en el art. 34 CEDH¹⁹⁷- para que cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación de algún derecho de los reconocidos en el Convenio o en cualquiera de sus Protocolos, pueda interponer una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹⁸ (en adelante, TEDH). El hecho de que el Convenio tenga el carácter de instrumento de orden público europeo, obliga a realizar una interpretación extensiva del concepto de jurisdicción. Éste no se limitaría únicamente al territorio del Estado parte. Englobaría, asimismo, no sólo actos estatales con efectos extraterritoriales, sino también actos extraterritoriales

¹⁹⁶ En “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso”, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 695-716.

¹⁹⁷ Vid. Art. 34 CEDH: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

¹⁹⁸ El actual TEDH es el “sucesor” del antiguo Tribunal y de la Comisión Europea para los Derechos del Hombre y tiene su origen en el Protocolo nº 11 del CEDH, cuya entrada en vigor tuvo lugar en 1998. La “misión” del Tribunal es “garantizar el respeto de los compromisos adquiridos por las Altas Partes Contratantes, al adherirse al CEDH, interpretando y aplicando las disposiciones de éste de una manera que convierta las exigencias en algo concreto y efectivo”. A partir de 1998, la Comisión Europea de derechos humanos se suprime y su labor de filtro previo es asumida por el Tribunal, que actúa organizado en Comités de tres jueces, Salas de siete jueces y en Gran Sala de diecisiete jueces, según establece el art. 27 del CEDH: “1. Para el examen de los asuntos que se le sometan, el Tribunal actuará en comités formados por tres jueces o en Salas de siete jueces o en una Gran Sala de diecisiete jueces. Las Salas del Tribunal constituirán los comités por un período determinado. 2. El juez elegido en representación de un Estado parte en el litigio será miembro de pleno derecho de la respectiva Sala y de la Gran Sala; en su ausencia, o cuando no esté en condiciones de intervenir, dicho Estado parte designará una persona que actúe de juez. 3. Forman también parte de la Gran Sala el presidente del Tribunal, los vicepresidentes, los presidentes de las Salas y demás jueces designados de conformidad con el reglamento del Tribunal. Cuando el asunto sea deferido a la Gran Sala en virtud del artículo 43, ningún juez de la Sala que haya dictado la sentencia podrá actuar en la misma, con excepción del presidente de la Sala y del juez que haya intervenido en representación del Estado parte interesado”.

cometidos y con efectos fuera del territorio del Estado parte en cuestión, cuando éste ejerciera un control efectivo de un territorio fuera de sus fronteras¹⁹⁹.

Esta “extensa vigencia espacial del Convenio” permite -según García Roca²⁰⁰- al Tribunal de Estrasburgo “superar las fronteras nacionales e incluso europeas y una cierta extraterritorialidad que no es extrañar en la tutela de los derechos”. En virtud de dicho concepto, el TEDH estableció que los Estados miembros son responsables de todos los actos y omisiones de sus órganos internos, cualquiera que sea el tipo de normas o el tipo de medida adoptados²⁰¹. Asimismo, en el asunto *Karner c. Austria*, sentencia de 23 de abril de 2003, el Tribunal manifestó que, “...sus sentencias no sirven únicamente para resolver los asuntos que se le plantean, sino para clarificar, salvaguardar y desarrollar las normas del Convenio y para contribuir de esta manera al respeto, por parte de los Estados, de los compromisos que, en calidad de Estados contratantes, han asumido”²⁰².

¹⁹⁹ Vid. F. Sudre, « Un instrument de l'ordre public européen », *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Thémis- PUF, 2003, p. 13.

²⁰⁰ Vid. J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Cuadernos Civitas, 2010, p. 48.

²⁰¹ Vid. STEDH, asunto *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, serie A, nº 25, párrafo 238.

²⁰² Vid. Párrafo 26: « La Cour a fréquemment déclaré que ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les Etats, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes ».

2. La protección del menor en el marco del TEDH y su acceso al Tribunal

2.1. El concepto de “víctima” ante el TEDH.

El TEDH puede conocer tanto de demandas individuales (art. 34 CEDH²⁰³) como de demandas inter-estatales (art.33 CEDH²⁰⁴). En nuestro caso, el análisis se hará -por razón de la materia- únicamente con respecto a las demandas individuales. Estas últimas son las interpuestas por personas físicas o jurídicas, por una organización no gubernamental ó por un grupo de particulares que entienden han sido víctimas de la violación, por parte de un Estado ó varios Estados contratantes, de uno ó unos derechos reconocidos en el CEDH ó en cualquiera de sus Protocolos²⁰⁵. Uno de los principales requisitos para la interposición de la demanda es, que la parte demandante (ya sea persona física o jurídica, organización no gubernamental o grupo de particulares) debe ser “víctima” de la vulneración- por parte de las autoridades nacionales de uno ó varios Estados- de alguno o algunos de los artículos recogidos en el CEDH o en cualquiera de sus Protocolos. Pero, ¿Todas las vulneraciones de los derechos regulados tienen la misma consideración a esos efectos?, ¿qué se entiende por “víctima”?, ¿Cualquier persona puede serlo?

El CEDH no hace -a efectos de la interposición de la correspondiente demanda-, distinción alguna con respecto a la naturaleza de los derechos y de las libertades que regula. Con respecto a las dos siguientes preguntas, podemos afirmar que cualquier persona no puede ser considerada, sin más, víctima. Para que lo sea, debe cumplir una serie de requisitos, que analizaremos a continuación.

²⁰³ El actual art. 34 del CEDH era - hasta la entrada en vigor del Protocolo nº 11- el art. 25.

²⁰⁴ *Vid.* art. 33 del CEDH:” Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante”.

Según la reiterada doctrina de dicho Tribunal²⁰⁶, el concepto de “víctima” debe interpretarse de forma autónoma e independiente de nociones de derecho interno, tales como el interés ó la condición para actuar²⁰⁷. La noción de “víctima”, ha sido interpretada, en la actualidad, en función de las condiciones de vida actuales y su aplicación, según el mismo Tribunal, debe hacerse sin demasiados formalismos. Puede ser invocada en todo tipo de procedimientos y en cualquier momento procesal. Como señalábamos al inicio de este epígrafe, serán los arts. 34 y 35 CEDH, los que determinen qué otros requisitos deben cumplir las personas privadas para interponer una demanda. Del análisis de los mismos podemos destacar los siguientes:

- a) La compatibilidad *ratione loci* requiere que la violación del CEDH alegada por la “víctima”, tenga lugar dentro de la jurisdicción del Estado demandado o sobre el territorio efectivamente controlado por este Estado. Si los hechos objeto de la demanda tienen lugar fuera del territorio de este Estado contratante y no hay ningún vínculo entre los hechos y una autoridad del ámbito jurisdiccional del Estado contratante, la demanda será rechazada por incompatibilidad *ratione loci*. La nacionalidad, el estado civil, la capacidad jurídica, el lugar de residencia, etc., carecen de relevancia jurídica a efectos de poder interponer la demanda. El hecho relevante es que se trate de una persona privada, que se halle dentro de la jurisdicción de un Estado parte del CEDH y que el acto o la omisión litigiosa le haya afectado de manera directa.
- b) Por otra parte, la parte demandante debe agotar previamente todos los recursos internos a su alcance y debe interponer la demanda en el plazo de seis meses, a partir de la fecha de la decisión interna definitiva (art. 35.1 CEDH²⁰⁸). Las condiciones de admisibilidad están basadas en los principios de Derecho internacional, reconocidos tanto a nivel jurisprudencial (a través de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia), como a nivel convencional.

²⁰⁶ Vid. STEDH en el asunto *Inze c. Austria*, sentencia de 28 de octubre de 1987, párrafo 32: « Par “victime”, l’article 25 désigne la personne directement concernée par l’acte ou omission litigieux, l’existence d’une violation se concevant même en l’absence de préjudice ». Asimismo, la STEDH en el caso *Schmidt c. Francia*, sentencia de 26 de julio de 2007, párrafo 45.

²⁰⁷ Vid. STEDH en el caso *Gorraiz Lizarraga y otros c. España*, de 27 de abril de 2004, párrafo 35.

²⁰⁸ Art. 35 CEDH: “1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva”.

- c) Con respecto a los derechos vulnerados, éstos deben ser “...derechos efectivos y concretos, y no ilusorios o teóricos”²⁰⁹. La víctima debe poder imputar a uno o a varios Estados contratantes la violación (por acción u omisión), de un derecho ó derechos regulados por el CEDH ó sus Protocolos. El acto o actos impugnados deben emanar de una/s autoridad/es pública/s del Estado o Estados demandados y tienen que afectarle de manera directa. No caben las *actio popularis*²¹⁰, las imputaciones genéricas o generales ó las realizadas en nombre de un grupo indeterminado de la población, sino que quien alega una vulneración del Convenio (como mencionábamos *ut supra*), debe haber sido directamente afectado por la vulneración que invoca²¹¹.
- d) La parte demandante tiene que ser, en principio, la víctima directa pero el Tribunal ha aceptado -en ocasiones- que también pueden serlo las víctimas indirectas. En estos supuestos, tiene que haber un vínculo especial y personal entre la víctima directa y la indirecta²¹². Tampoco se pueden interponer demandas en base a una “futura violación de un derecho”. Es decir, el ejercicio del derecho al recurso individual, no puede tener por objeto prevenir la violación del CEDH. En este sentido se manifestó el TEDH, en su decisión de 4 de diciembre de 1995, en el asunto *Tauira y otros c. Francia*²¹³. Y, en el mismo sentido se pronunció en el asunto *Fairfield y otros c. Reino Unido*, decisión de 8 de marzo de 2005, al establecer que “...cet article n'institue pas au profit des particuliers une sorte d'actio popularis pour l'interprétation de la Convention et ne les autorise pas non plus à se plaindre d'une loi au seul motif qu'elle leur

²⁰⁹ Vid. J.A., Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, p.103. Y las sentencias del TEDH, asunto *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (GS), sentencia de 4 de febrero de 2005, párrafo 121; asunto *Artico c. Italia*, sentencia de 13 de mayo de 1980, párrafo 33; asunto *Soering c. Reino Unido*, sentencia de 7 de julio de 1989, párrafo 87, entre otras.

²¹⁰ Vid. STEDH caso *Ternovsky c. Hungría*, sentencia de 14 de diciembre de 2010 y STEDH caso *Monnat c. Suiza*, de 21 de septiembre de 2006, párrafo 31.

²¹¹ Vid. C. Morte Gómez, *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 79.

²¹² Así sucedió en los asuntos *Yasa c. Turquía*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, *Brudnicka y otros c. Polonia*, STEDH de 3 de marzo de 2005; en el asunto *Nölkenbockhoff c. Alemania*, STEDH de 25 de agosto de 1987 o en el asunto *McCann y otros c. Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1995.

²¹³ Caso *Tauira y otros c. Francia*, nº 28204/1995, decisión de 4 de diciembre de 1995, « *Des termes "victime" et "violation"... découle la constatation que, dans le système de protection des droits de l'homme imaginé par les auteurs de la Convention, l'exercice du droit de recours individuel ne saurait avoir pour objet de prévenir une violation de la Convention : en principe, les organes chargés, aux termes de l'article 19 (art. 19), d'assurer le respect des engagements résultants pour les Etats de la Convention ne peuvent examiner et, le cas échéant, constater une violation qu'a posteriori, lorsque celle-ci a déjà eu lieu* ».

*semble enfreindre la Convention*²¹⁴. Sólo en circunstancias muy excepcionales ha estimado el citado Tribunal la condición de víctima a una persona que alegaba el riesgo de una futura violación del Convenio. Para que la demanda sea estimada en tales circunstancias, la parte demandante tiene que presentar indicios razonables y convincentes de que la violación del CEDH puede tener lugar y que le puede afectar personalmente. Las simples sospechas ó conjeturas no son suficientes. Tal es el caso en materia de expulsión ó de extradición, cuando el demandante puede demostrar que corre peligro de sufrir un trato inhumano y degradante, trato cuya responsabilidad puede recaer en el Estado que ha adoptado la decisión de extraditar ó de expulsar a esa persona, si no ha adoptado todas las medidas necesarias para evitar que el demandante lo sufra²¹⁵.

- e) Por otra parte, para que un/a demandante pueda pretenderse víctima de una violación del Convenio, debe existir un vínculo suficientemente directo entre el demandante y el perjuicio que considere haber sufrido por la violación alegada²¹⁶. La noción no implica siempre la existencia de un perjuicio importante, pero sí el haber sufrido directamente los efectos de la medida litigiosa²¹⁷. Asimismo, una persona puede alegar que una norma, una ley viola sus derechos – incluso en ausencia de actos individuales de ejecución de la misma- si está obligada a cambiar su comportamiento bajo pena de acciones legales o si dicha persona forma parte de una categoría de personas que corren el riesgo de padecer directamente los efectos de dicha legislación²¹⁸.

²¹⁴ Vid. Asimismo, el caso *Norris c. Irlanda*, sentencia de 26 octubre 1988, serie A nº 142, pp. 15-16, § 31; y *Sanles Sanles c. España* (dec.), nº 48335/99, CEDH 2000-XI.

²¹⁵ Vid. *Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía*, decisión de 31 de agosto de 1999 y caso *Aksu c. Turquía* (GS), sentencia de 15 de marzo de 2012, párrafo 51: “*En conséquence, l’existence d’une victime personnellement touchée par la violation alléguée d’un droit garanti par la Convention est une condition indispensable à la mise en œuvre du mécanisme de protection de la Convention, même si ce critère ne doit pas s’appliquer de manière rigide et inflexible...*».

²¹⁶ Vid. I. Otaegui Aizpúrua, “La “víctima” en las demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”/ *Víctimas en distintos ámbitos del Derecho. Biktimak zuzenbidearen arlo desberdinetan*, AA.VV. (Dir. I. Ordeñana), Bilbao, UPV-EHU, 2011, pp. 203-222.

²¹⁷ Vid. STEDH, caso *Micallef c. Malta* (GS), sentencia de 15 de octubre de 2009, párrafo 44, “*Pour pouvoir se prétendre victime d’une violation, un individu doit avoir subi directement les effets de la mesure litigieuse*”, o el asunto *Burden c. Reino Unido*, (GS), sentencia de 29 de abril de 2008, párrafo 33.

²¹⁸ Vid. Asunto *Michaud c. Francia*, sentencia de 6 de diciembre de 2012, párrafo 51 : “*Un particulier peut toutefois soutenir qu’une loi viole ses droits en l’absence d’actes individuels d’exécution, et donc se dire « victime » au sens de l’article 34 de la Convention, s’il est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites ou s’il fait partie d’une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation*». Y los asuntos *Marckx c. Bélgica*, sentencia de 13 junio de 1979, párrafo 27; *Johnston y otros c. Irlanda*, sentencia de 18 diciembre de 1986, párrafo 42.

- f) En relación al aspecto relativo al “perjuicio importante”, el artículo 12 del Protocolo de modificación nº 14 introdujo una nueva condición de admisibilidad de las demandas, en el apartado b) del tercer párrafo del art. 35 del CEDH, que está directamente relacionado con el mismo.

Así, dicho artículo establece que:

“3. El Tribunal declarará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que (...)

b) El demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un Tribunal nacional”.

Qué se entiende por “perjuicio importante” es algo que requiere ser interpretado. El TEDH es consciente de ello, tal y como consta en el Informe explicativo del Protocolo nº 14²¹⁹, en el que se subraya la importancia de esa labor de calificación jurídica:

« La principal élément de ce nouveau critère est la question de savoir si le requérant n'a subi aucun préjudice important. Il faut reconnaître que ces termes demandent à être interprétés... »

Y es también el propio Tribunal el que en el Informe de investigación sobre el nuevo criterio de admisión incluido en el art. 35.3 b) del CEDH²²⁰, nos ofrece unos criterios de interpretación del concepto:

« La notion de «préjudice important» repose sur l'idée que la violation d'un droit, quelle que soit sa réalité d'un point de vue purement juridique, doit atteindre un niveau minimum de gravité pour justifier son examen par une juridiction internationale. Les violations purement techniques et insignifiantes

²¹⁹ Vid. « Rapport explicatif sur le Protocole nº 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et de Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention », STCE nº 194, Accord de Madrid, 12-V-2009, apartado 80.

²²⁰ Vid. « Rapport de recherche: le nouveau critère de recevabilité inséré à l'article 35.3 b) de la Convention : les principes jurisprudentiels deux ans après son introduction », Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 2012.

en dehors d'un cadre formaliste ne méritent pas un contrôle européen (...). L'appréciation de ce minimum est relative par essence et dépend de l'ensemble des données de la cause. La gravité d'une violation doit être appréciée compte tenu à la fois de la perception subjective du requérant et de l'enjeu objectif d'une affaire donnée (...). Toutefois, la perception subjective d'un requérant ne suffit pas à elle seule pour conclure qu'il a subi un préjudice important. L'impression subjective doit pouvoir être justifiée par des motifs objectifs (Ladygin c. Russie (déc.), n° 35365/05, 30 août 2011). Une violation de la Convention peut avoir trait à une importante question de principe et causer ainsi un préjudice important, sans pour autant avoir lésé un intérêt patrimonial ».

Junto a los artículos 34 y 35 del CEDH, también deberá ser tenido en cuenta el artículo 47 del Reglamento del TEDH. A partir del día 1 de enero de 2014, entraron en vigor las nuevas modificaciones realizadas en dicho artículo, referentes a los requisitos de forma que debe cumplir el contenido de una demanda. Con estas modificaciones, en la actualidad, la interposición de una demanda ante el TEDH debe cumplir unos requisitos formales más estrictos, a fin de que el Tribunal incremente su eficacia y, al mismo tiempo, pueda acelerar el examen de los asuntos. Este nuevo artículo introduce, fundamentalmente, dos cambios sustanciales:

- a) El primero de ellos hace referencia al formulario de la demanda. Para poder interponer una demanda, deberá ser cumplimentado en su totalidad el formulario destinado al efecto y publicado en la página web del Tribunal²²¹ y acompañado de las copias correspondientes a los documentos adjuntos a la misma. Si la demanda fuera incompleta, correría el riesgo de ser desestimada.
- b) El segundo cambio hace referencia a la interrupción del plazo de seis meses para interponer la demanda ante el TEDH, a contar desde la última resolución firme que agote las vías internas. El plazo sólo será interrumpido por una demanda/formulario que esté totalmente cumplimentada/o y debidamente acompañada de los correspondientes documentos. Una demanda incompleta, no interrumpirá el plazo de los seis meses.

²²¹ <http://www.echr.coe.int>.

a) Diversidad de víctimas.

En los supuestos que nos ocupan, suele haber varias víctimas. Por un lado, los progenitores cuyos derechos se ven vulnerados por las autoridades estatales y, por otro, los menores implicados o directamente afectados por dichas vulneraciones. Por ejemplo, en el relevante asunto *Marckx c. Bélgica*²²², la madre interpuso la demanda en su nombre y en el de su hija, menor de edad, porque consideró que determinadas disposiciones del Código civil en materia de familia vulneraban tanto derechos fundamentales suyos como derechos de su hija. La Comisión Europea para los Derechos del Hombre estimó la demanda y, posteriormente, el TEDH falló en contra del Estado belga.

Por otra parte, la posibilidad de presentar demandas individuales, encubre un verdadero derecho de acción del individuo en el ámbito internacional, al tiempo que constituye uno de los pilares básicos de la eficacia del sistema del CEDH. Podríamos decir que forma parte del “entramado” de protección de los Derechos humanos. Y, al mismo tiempo, implica una libertad de comunicación con los órganos del Convenio que, necesariamente, debe ir acompañada de una total ausencia de obstáculos por parte de las autoridades estatales²²³.

Efectivamente, las autoridades estatales deben abstenerse de ejercer presión alguna para que el demandante retire su demanda contra el Estado. Según lo establecido por el propio TEDH, “...dicha “presión” incluye no sólo una coerción directa y actos flagrantes de intimidación contra la parte demandante o las potenciales demandantes, contra miembros de su familia o sus representantes legales, sino otros actos indirectos o contactos dirigidos a disuadir a la parte demandante de la continuación de su demanda (...)”²²⁴. En determinadas ocasiones, los demandantes pueden estar en situaciones especialmente

²²² STEDH de 13 de junio de 1979.

²²³ Art. 34 *in fine*.

²²⁴ *Vid.* Asunto *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (GS), sentencia de 4 de febrero de 2005, párrafo 102.

vulnerables (cuando se hallan en prisión ó detenidos, en casos en los que no pueden contactar con sus familiares, etc.), por lo que dicha abstención, se hace más necesaria.

La Declaración de *Interlaken*, de 19 de febrero de 2010, aprobada por la Conferencia de Alto Nivel sobre el futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reafirmó "...la importancia fundamental del derecho al recurso individual como piedra angular del sistema convencional garante de que cualquier violación alegada, que no haya sido tratada de manera efectiva por las autoridades nacionales, pueda ser presentada ante el Tribunal..."²²⁵. Asimismo, las personas que participen en dichos procedimientos gozan del ámbito de protección que les ofrece el Acuerdo Europeo relativo a las Personas que Participan en los Procedimientos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, firmado en Estrasburgo, el 5 de marzo de 1996²²⁶. Las personas participantes pueden ser, por un lado, las partes, sus representantes ó sus consejeros. Y, por otro, los testigos, los peritos llamados por el Tribunal, así como otras personas que el Presidente del Tribunal hubiese invitado a participar en el procedimiento²²⁷. La protección se materializa a través de la inmunidad con respecto a las declaraciones orales o escritas que pudieran realizar ante el Tribunal, o en relación a los documentos u otro tipo de pruebas presentados por dichas personas al Tribunal²²⁸.

Sirvan como ejemplos de los numerosos y diversos temas en los que se puede invocar la condición de "víctima", las siguientes sentencias:

²²⁵ Vid. Apartado A del Plan de Acción de la Declaración, "*Droit de recours individuel. 1.- La Conférence réaffirme l'importance fondamentale du droit de recours individuel en tant que pierre angulaire du système conventionnel garantissant que toute violation alléguée, qui n'a pas été traitée de façon effective par les autorités nationales, puisse être portée devant la Cour*".

²²⁶ Vid. Consejo de Europa, STE, nº 161.

²²⁷ Vid. Artículo 1 del Acuerdo.

²²⁸ Vid. Artículo 2 del Acuerdo: "2.1 Las personas a que se refiere el apartado 1 del presente Acuerdo, gozarán de inmunidad (de jurisdicción) respecto de las declaraciones orales o escritas hechas ante el Tribunal, o de los documentos u otro tipo de pruebas presentados por ellas al Tribunal. 2.2 Dicha inmunidad no será aplicable a la comunicación fuera del Tribunal de cualesquiera declaraciones hechas al Tribunal o de documentos o pruebas presentados al mismo".

1.- El asunto *Konstantin Markin c. Rusia*, de 7 de octubre de 2010, el demandante era el padre de tres hijos, de profesión militar y divorciado, que tenía a su cargo a los tres hijos. Solicitó un permiso de excedencia para el cuidado de los mismos, durante tres años, tal y como podían y solían hacer las mujeres militares. Las autoridades militares rusas le denegaron el permiso. Según se desprende de la sentencia, el jefe de la unidad militar rechazó su solicitud porque dicho permiso sólo se podía otorgar al personal militar femenino²²⁹. En su caso, se lo denegaron por el hecho de ser hombre y no mujer. El Sr. *Markin* recurrió ante todas las instancias internas rusas y, posteriormente, interpuso demanda ante el TEDH. Alegó su condición de “víctima”, por entender que las autoridades internas, no habían reconocido ni reparado la violación del principio de igualdad ó principio de no discriminación y el TEDH entendió que, efectivamente, las autoridades nacionales no habían reconocido los derechos regulados por el CEDH y que, en consecuencia, podía invocar su calidad de víctima del alegado trato discriminatorio en base al artículo 34 del CEDH²³⁰.

2.- Otro supuesto en el que la “víctima” también es un hombre y en el que también hay un menor implicado, es el asunto *Carlson c. Suiza*, sentencia de 6 de noviembre de 2008. En este caso estamos ante un supuesto de sustracción internacional de un menor. El Sr. *Carlson* era un ciudadano americano casado, en su momento, con una nacional suiza, con la que tuvo un hijo. Residentes ambos en Estados Unidos, la mujer se trasladó con el niño a Suiza, para pasar- en principio- unas vacaciones, pero finalizado el período vacacional, la mujer no regresó a Estados Unidos. Durante dicho período, ambos progenitores interpusieron sendas demandas de divorcio. El marido presentó ante las autoridades suizas, asimismo, una solicitud de restitución inmediata del menor a su lugar de residencia habitual (Estados Unidos), por entender que se trataba de un claro supuesto de sustracción internacional de menores. Las autoridades suizas que conocieron de esta solicitud, sobrepasaron el plazo de seis semanas establecido por el art. 11 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, para la resolución de las demandas de restitución de menores. Las autoridades internas no

²²⁹ Vid. Párrafo 8 de la sentencia: « On October 2005, the head of the military unit rejected his request because three years parental leave could be granted only to female military personnel».

²³⁰ Vid. Párrafo 37 de la sentencia.

sólo habían excedido el plazo establecido por un convenio internacional, sino que no habían llevado a cabo ninguna acción tendente a reparar dicha violación. Por ello, el demandante consideró que gozaba del “*status de víctima*” para interponer la demanda ante el TEDH y así se lo reconoció el propio Tribunal en la sentencia²³¹.

3.- Asunto muy diferente es el tratado en el caso *Aksu c. Turquía*²³². En este supuesto, el demandante -un nacional turco de origen romaní- se sintió ofendido por el lenguaje relativo a los gitanos contenido en dos publicaciones. Consideró que el libro sobre “Los Gitanos de Turquía”, publicado por el Ministerio de Cultura de Turquía, era ofensivo y discriminatorio. Asimismo, entendió que las definiciones contenidas en el “Diccionario de Turco para Estudiantes”, publicado por la Asociación de la Lengua, una organización no gubernamental, pero que recibió dinero del Ministerio de Cultura turco para financiar la publicación del diccionario, eran discriminatorias con respecto a los gitanos e interpuso sendas demandas ante el TEDH. Dicho demandante no era la persona directamente afectada, ya que las alusiones a los gitanos no eran relativas a su persona, pero el TEDH entendió que sí debía ser considerada “víctima”, atendiendo a la siguiente argumentación:

“(…)En las presentes demandas, el demandante, de origen romaní/gitano, se sintió ofendido por el lenguaje empleado en el libro y el diccionario en cuestión. Si bien ni el autor del libro ni los editores del diccionario se referían directamente a él en persona, le fue posible, en virtud de los artículos 24 y 25 del Código Civil, interponer una demanda de indemnización ante los tribunales internos. Resulta por tanto especialmente importante subrayar, en opinión del Tribunal, que si bien las demandas fueron finalmente desestimadas, al demandante le fue reconocido el derecho de defender sus demandas ante los tribunales internos, y el fondo de los litigios del demandante fueron examinados por dos instancias judiciales. Así

²³¹ Vid. Párrafo 55 de la sentencia: «...la Cour relève que rien n'a apparemment été entrepris pour réparer la violation constatée. Le requérant n'a notamment bénéficié ni du versement d'une indemnité ni d'une réduction des frais de procédure à la suite de ce constat de manquement à l'obligation de diligence. Le Gouvernement n'a pas indiqué non plus que le requérant avait à sa disposition une procédure tendant à l'obtention d'une réparation ».

²³² La primera sentencia de la Sala fue dictada el 27 de julio de 2010 y la misma remitida a la Gran Sala el 22 de noviembre de 2010, que dictó sentencia el 15 de marzo de 2012.

pues, el Tribunal concluye que en las presentes demandas, el demandante tiene la condición de víctima en virtud del artículo 34 del Convenio”.

En la sentencia de la Gran Sala relativa a este mismo asunto, el TEDH reafirmó que el demandante podía ser considerado víctima, a pesar de no serlo directamente, porque

« ...L'intéressé n'est certes pas personnellement visé, mais les remarques concernant le groupe ethnique auquel il appartient peuvent heurter sa susceptibilité. En outre, la qualité pour agir du requérant n'a pas été contestée au cours de la procédure interne, le fond de l'affaire ayant ainsi été examiné par les tribunaux nationaux à deux degrés de juridiction.

54. Eu égard à ce qui précède, ainsi qu'à la nécessité d'appliquer de manière flexible les critères déterminant la qualité de victime, la Cour admet que le requérant, bien que n'étant pas directement visé par les passages litigieux, peut, au regard de l'article 34 de la Convention, passer pour être victime des faits qu'il dénonce. Dès lors, elle rejette l'exception préliminaire du Gouvernement concernant la qualité de victime ».

Por otro lado, cuando la demanda la interpone una persona jurídica, el TEDH ha considerado²³³ que “... los demandantes deben ser los órganos dirigentes de la sociedad o, en caso de liquidación, sus liquidadores. Sólo en circunstancias excepcionales puede admitir el Tribunal que concurren otras personas en relación a los derechos de la sociedad en cuestión y, a condición de que justifiquen un interés personal suficiente que se materialice, por ejemplo, en la posesión de la cuasi-totalidad de las acciones...”. En el caso del “grupo de particulares”, se trata de una asociación de personas, habitualmente, con carácter temporal e informal²³⁴.

²³³ En la STEDH caso *Tunnel Report Limited c. Francia*, de 18 de noviembre de 2010, párrafo 25.

²³⁴ Vid. La STEDH en el caso “*Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*” c. *Bélgica*, de 23 de julio de 1968, serie A, nº 6, más conocido como “*Asunto lingüístico belga*”, varios padres/madres de familia interpusieron demandas (seis) contra el Estado belga, por considerar que determinados artículos de la legislación belga relativa a los aspectos lingüísticos en la enseñanza, eran un obstáculo para que sus hijos/as accedieran a los colegios de lengua francesa y constituían una discriminación en su derecho a la educación.

2.2. El menor como “víctima”

Como decíamos al inicio de este Capítulo, el CEDH carece de artículo alguno que regule específicamente los derechos de los menores, entendiéndose que están incluidos en los artículos relativos a las personas. Lógicamente, los/as niños/as o los/las menores -como personas que son- estarían incluidas en dicha regulación, pero quedan totalmente “difuminados” como sujetos de dicha protección. La falta de mención expresa de los menores conlleva otro problema y es el de la determinación de la edad a partir de la cual o hasta la cual les sería aplicable el texto. La edad en la que un/a menor tiene derecho a la protección de los derechos establecidos en el Convenio y la edad en la que realmente puede disfrutar de los mismos, puede y suele ser diferente. Tampoco existe referencia alguna a este aspecto. Los menores incluidos en el propio término “menor” o los que abarca el término “niño/a”, pueden ser desde los bebés recién nacidos, hasta los menores de dieciocho años. Evidentemente, la capacidad legal de unos y de otros no se puede equiparar y tampoco el disfrute de los derechos.

Las razones de esta “laguna” las podemos encontrar, por un lado, en la fecha en la que fue elaborado el Convenio (1950) y, por otro, en que no se trata de un Convenio específico de protección de derechos de los niños o de los menores. Entendemos que la fecha es relevante porque en la década de los años 50, la consideración de los/as niños/as o de los menores, desde el punto de vista legislativo y social, no era la de sujetos de derechos, sino la de meros objetos de derecho y ello tenía su reflejo directo tanto a nivel internacional como a nivel interno. Y, en este caso, también lo tuvo.

El CEDH no hace una mención específica a los menores, pero tampoco establece impedimento legal alguno para que puedan interponer directamente una demanda ante el TEDH, a pesar de que en su Derecho interno no estén legitimados activamente para hacerlo. Este último aspecto es importante, porque puede darse la paradoja de que no estando legitimados activamente para interponer una demanda en su ordenamiento interno, sí lo estén para hacerlo ante

el TEDH, tal y como sucedió en el asunto *A. c. Reino Unido*²³⁵. En este caso, la demanda la interpuso un niño –que, en el momento de la interposición de la demanda, tenía diez años- con la correspondiente asistencia letrada, porque las autoridades del Reino Unido no lo habían protegido adecuadamente de los malos tratos a los que había sido sometido por parte de su padrastro. Asimismo, en el asunto *A.M.M. c. Rumanía*, el demandante era un menor de ocho años (en el momento de la presentación de la demanda) que presentó una demanda de paternidad, que fue representado en un primer momento por su madre y, posteriormente, por la abuela materna, dado que la primera tenía una minusvalía severa²³⁶.

El TEDH aceptó la legitimación del menor para interponer dicha demanda. En otras ocasiones, los demandantes no eran menores de edad, pero eran personas con discapacidad, como sucedió en los asuntos *X. e Y. c. Países Bajos*, sentencia de 26 de marzo de 1985 o en el asunto *Stubbings y otros c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996. A pesar de estos ejemplos, la realidad es que las ocasiones en las que los menores han interpuesto demandas ante el TEDH han sido escasas. Las razones de dicha realidad radican, por una parte, en la escasez de información que los menores tienen acerca de sus derechos y, por otro, en la falta de capacidad legal de los mismos para actuar en su derecho interno. Una de las cuestiones que se plantea en este sentido, es si el menor debe agotar o no -a través de su representante legal- los recursos internos a su alcance, en la medida en que el art. 35.1º de la Convención exige haber agotado dicho recurso para que una demanda pueda ser admitida a trámite ante el TEDH.

En el asunto *S.D., D.P. y A.T. c. Reino Unido*, decisión de la Comisión de 20 de mayo de 1996, la Comisión realizó las siguientes manifestaciones en relación a la representación de los menores ante el TEDH y al carácter especialmente vulnerable de los mismos,

²³⁵ STEDH de 23 de septiembre de 1998.

²³⁶ STEDH de 14 de febrero de 2012. La finalidad de la demanda era conocer la identidad del padre del menor.

“The Commission would emphasize first of all that the involvement of children is a special feature which attracts considerations not necessarily applicable where adult applicants are concerned. It observes that there has been a growing recognition of the vulnerability of children and the need to provide them with specific protection of their interests eg. The UN Convention on the Rights of the Child and the European Convention on the Exercise of Children's Rights recently opened for signature. The Commission and Court have consistently underlined that the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions, both procedural and substantive, be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (...). In the context of Article 25 (Art. 25), the position of children qualifies for careful consideration: children must generally rely on their persons to present their claims and represent their interests and may not be of an age or capacity to authorize steps to be taken on their behalf in any real sense. The Commission considers that a restrictive or technical approach in this area is to be avoided. The Commission has examined whether other or more appropriate representation exists or is available, the nature of the links between Mr. Clements and the children, the object and scope of the application introduced on their behalf and whether there are any conflicts of interest”.

Habitualmente, los demandantes suelen ser los progenitores o las personas u organismos que ostentan el derecho de guarda o custodia o el derecho de visita sobre los menores. En estos supuestos, los progenitores deben tener plena capacidad para ejercer dicha representación, aunque el Tribunal ha resuelto supuestos en los que, careciendo dichos progenitores de la correspondiente patria potestad, han interpuesto la demanda en nombre y representación de los menores ante el TEDH. Un ejemplo significativo de dicha situación fue el grave asunto *Scozzari y Giunta c. Italia*²³⁷. En este caso la madre -a la cual se le suspendió la patria potestad sobre sus hijos-, interpuso una demanda ante el TEDH en su nombre y en el de los hijos. El gobierno italiano planteó la excepción preliminar de falta de capacidad de representación por parte de la madre con respecto a los menores, pero dicha excepción fue denegada por el TEDH, alegando que, incluso

²³⁷ Sentencia de la Gran Sala, de 13 de julio de 2000.

en los supuestos en los que una persona no puede representar a nivel interno a otra, puede -en determinadas circunstancias- actuar ante el Tribunal en nombre de esa persona o personas (apartado 138)²³⁸.

En el caso de los menores representados por una madre en conflicto con las autoridades, cuyas decisiones y conductas ésta cuestiona en base a los derechos regulados por el Convenio, los menores pueden presentar una demanda ante el Tribunal con más razón si cabe. En estos supuestos, según el Tribunal, existe un mayor riesgo de que determinados intereses de los menores no sean planteados ante el Tribunal o que los menores no sean convenientemente protegidos. Por esa razón, aunque la madre haya sido privada de la patria potestad, su cualidad de madre biológica es suficiente para otorgarle el poder de demandar ante el Tribunal también en nombre de sus hijos, a fin de proteger los intereses de los mismos (apartado 138 *in fine*). El TEDH recuerda que las condiciones que rigen las demandas individuales no tienen necesariamente que ser coincidentes con los criterios nacionales relativos al *locus standi* (capacidad de representación).

A pesar de que entre las normas internas y el art. 34 CEDH pueda existir similitud en los fines perseguidos, no siempre tiene por qué ser así y hay ocasiones en que dichos fines difieren. En estos supuestos, el Tribunal considera que se debe evitar un enfoque restrictivo o puramente técnico y que se deben tener en cuenta los vínculos entre el menor afectado y sus “representantes”, el objeto y la finalidad de la demanda, así como la eventual existencia de un conflicto de intereses entre el menor y los representantes.

Por el contrario, en uno de los asuntos más recientes resueltos por el TEDH, en materia de gestación por sustitución, el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*²³⁹, el Tribunal no reconoció a los demandantes “desde un punto de vista jurídico, la cualidad suficiente para representar los intereses del menor en el

²³⁸ Y, en el mismo sentido, asunto *Nielsen c. Dinamarca*, sentencia de 28 de noviembre de 1988, apartados 56 y 57.

²³⁹ Sentencia de 27 de enero de 2015.

marco de un proceso judicial” (apartado 49). En esta ocasión, los demandantes (los Sres. *Paradiso-Campanelli*) interpusieron la demanda en su nombre y en el de Teodoro *Campanelli*, según el certificado de nacimiento de las autoridades rusas, su hijo. Los Sres. *Paradiso-Campanelli* eran un matrimonio que no podía tener descendencia y que recurrió a la gestación por sustitución para poder ser padres. Contrataron una madre gestante en la Federación Rusa, que dio a luz a un niño. El Sr. *Campanelli* aportó material genético para dicha fecundación, pero un error cometido por el personal sanitario ruso hizo que finalmente el niño no fuera fecundado con dicho material, por lo que los comitentes carecían de vínculo biológico alguno con el menor. Además, el menor fue puesto bajo tutela a los ocho meses de su nacimiento, siendo representado a nivel interno por dicho tutor. Por otra parte, las autoridades italianas desestimaron la participación de dicho matrimonio en el proceso de adopción del menor. Todos estos elementos, llevaron al TEDH a resolver que los demandantes no tenían la cualidad suficiente para actuar ante dicho Tribunal en nombre del niño (apartado 50).

Por otra parte, en el asunto *Moretti y Benedetti c. Italia*²⁴⁰, en el que unos cónyuges interpusieron una demanda ante el TEDH en su propio nombre y en el de la menor a la que habían acogido en su familia durante diecinueve meses (y que había sido posteriormente dada en adopción a otro matrimonio), el Tribunal consideró que los primeros no estaban jurídicamente legitimados para interponerla en nombre y representación de la niña, ya que no ostentaban ningún vínculo jurídico con la misma (no eran tutores ni tenían vínculo biológico alguno con ella). Sin embargo, el Tribunal sí consideró que existía entre ellos “vida familiar” en virtud del art. 8 CEDH, porque existían vínculos familiares *de facto* (apartado 52).

²⁴⁰ Vid. STEDH, asunto *Moretti y Benedetti c. Italia*, sentencia de 27 de abril de 2010, párrafo 32, “*La Cour rappelle qu’il convient d’éviter une approche restrictive ou purement technique en ce qui concerne la représentation des enfants devant les organes de la Convention : en particulier, il faut tenir compte des liens entre l’enfant concerné et ses « représentants », de l’objet et du but de la requête ainsi que de l’existence éventuelle d’un conflit d’intérêts* ».

Como conclusión, podemos decir que para beneficiarse de la aplicación del artículo 34 del Convenio, la parte demandante debe cumplir dos condiciones:

- 1.- Debe entrar en una de las categorías de demandantes mencionadas en esta disposición del Convenio y,
- 2.- Debe poder pretenderse “víctima” de una violación del Convenio²⁴¹.

3. Las diferentes dimensiones de los derechos incluidos en el CEDH

A pesar de que los menores no gozan de una protección específica en este ámbito convencional, ello no significa que queden al margen de la protección que dicho texto ofrece. De hecho, cada vez son más numerosos los asuntos en los que el TEDH resuelve cuestiones que afectan directamente a los menores. Podríamos distinguir varios ámbitos de protección, que serán objeto de análisis en los apartados siguientes. El primero de ellos y, el más relevante desde nuestro punto de vista *iusprivatista*, sería el ámbito de protección familiar; el segundo ámbito estaría constituido por otros ámbitos de Derecho público (por ejemplo, el ámbito penal). En el ámbito de protección familiar, los supuestos más habituales serían aquéllos en los que se invoca la vulneración del derecho al respeto de la vida privada o familiar de las partes demandantes, regulado en el art. 8 del CEDH.

En lo que a los menores se refiere, los asuntos en los que se suele invocar el citado artículo – en muchos de ellos, junto con otros artículos- son, principalmente, supuestos de separación o divorcio de sus progenitores, demandas de derecho de custodia o visita de los niños interpuestas por los padres²⁴² -habitualmente, como consecuencia de la separación ó el divorcio-, demandas de retorno del menor porque uno de los progenitores lo ha sustraído

²⁴¹Vid. Asunto *Tauira y otros c. Francia*, nº 28204/1995, decisión de 4 de diciembre de 1995, « *Pour pouvoir se prévaloir de cette disposition il faut remplir deux conditions: le requérant doit entrer dans l'une des catégories de demandeurs mentionnés à l'article 25 (art. 25) et il doit pouvoir, à premier examen, se prétendre victime d'une violation de la Convention* ».

²⁴²Tal y como consta en la propia jurisprudencia. Así, en la STEDH asunto *Hoffmann c. Austria*, de 23 de junio de 1993, serie A nº 255-C, párrafo 29.

ilícitamente de su residencia habitual, demandas de reconocimiento o de impugnación de la paternidad, adopciones internacionales y, durante este último lustro, los supuestos de la llamada gestación por sustitución o maternidad subrogada. Pero, antes de analizar con detalle todos estos ámbitos, debemos mencionar los derechos en los que la protección de dichos menores tendría lugar, a pesar de no constituir aquéllos unos derechos específicos para estos últimos. Así, los derechos regulados en el CEDH se podrían clasificar en tres categorías²⁴³.

En primer lugar, estarían los derechos absolutos, es decir, aquellos derechos considerados tan fundamentales que merecen una protección absoluta. Una vez establecidos, ninguna vulneración estaría justificada y no podrían ser limitados. Estos derechos son: el derecho a la vida (art. 2), la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 4.1), la prohibición de la tortura y de las penas o del trato inhumano o degradante (art. 3), la prohibición de adoptar leyes penales con efecto retroactivo o la prohibición de que nadie sea condenado por una infracción u omisión que no esté prevista en la ley (art. 7). En segundo lugar, tendríamos los derechos limitados. Estos derechos serían aquéllos que es posible limitar o acotar en determinadas circunstancias muy precisas y de una determinada manera; el margen de apreciación del que gozan los Estados en estos casos, es mucho más limitado que en los anteriores. Los derechos regulados en los artículos 5 y 6 formarían parte de este grupo. Por último, estarían aquellos derechos que conllevan una reserva. En estos casos, la aplicación del derecho en cuestión se ve limitada por el ejercicio de otros derechos o por las necesidades de la sociedad; asimismo, el margen de apreciación de los Estados contratantes en estos supuestos, suele ser más relevante que en los supuestos anteriores. En este grupo estarían incluidos los derechos regulados en los artículos 8 a 11, así como el artículo 12 (derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia), el artículo 2 del Protocolo nº 1 (derecho a la educación) y el artículo 2 del Protocolo nº 4 (derecho a la libre circulación).

²⁴³ Según H. Lambert, « La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dossier sur les droits de l'homme*, nº 8 (révisé), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2001.

3.1. Derechos que pueden ser objeto de reserva

Los derechos incluidos en este grupo constituyen derechos humanos de los llamados “de primera generación” o *qualified rights*, es decir, aquellos que se definen por constituir un límite a la acción de los poderes públicos²⁴⁴. Incluyen artículos que regulan un derecho o una libertad concreta- en el primer párrafo de los artículos-, cuyo ámbito puede ser limitado en determinadas circunstancias y en virtud de unos motivos tasados y enumerados en el segundo párrafo de los mismos. Asimismo, tanto en este caso como en el resto de derechos humanos de este grupo, el principio o criterio de proporcionalidad establece que el ejercicio de los mismos por parte de los individuos no es absoluto, dado que el ejercicio debe apreciarse siempre con respecto al interés público, el interés de los Estados. Este principio constituye un medio para conseguir ese equilibrio y es muy utilizado en la aplicación del CEDH.

Entre todos estos derechos, centraremos nuestro interés en el art. 8 CEDH²⁴⁵, por ser éste el artículo que incluye dentro de su ámbito de aplicación aquellas cuestiones relativas a la vida privada y familiar de las personas en general y de los menores en particular. A pesar de que el mayor número de las sentencias dictadas por el TEDH - desde su creación hasta el año 2014- no ha sido por la vulneración del artículo 8 del CEDH sino por la del artículo 6, el número de las primeras ha aumentado estos últimos años, llegando a constituir un 5,68% del total de las sentencias dictadas durante el año 2014²⁴⁶.

²⁴⁴ Vid. M. Lezertúa, “El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Perfiles del Derecho constitucional en la vida privada y familiar*, (López Ortega, J.J, dir.), Madrid, CGPJ, 1996.

²⁴⁵ Art. 8 CEDH: « 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esa injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

²⁴⁶ Según datos facilitados por la Unidad de Relaciones Públicas del TEDH, en febrero de 2015 y disponibles en <http://www.echr.coe.int>. Durante el año 2014, de las 891 sentencias dictadas por el Tribunal, el mayor volumen de sentencias era relativa a la vulneración del derecho a un proceso equitativo (art. 6), con un 25%; un 19, 85% de ellas lo fue por la vulneración de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes regulados en el artículo 3 y un 16, 97%, por la vulneración del derecho a la libertad y a la seguridad. En lo que al artículo 8 CEDH se refiere, desde el

El primer apartado del artículo 8 protege cuatro ámbitos de la autonomía de las personas; el derecho al respeto de la vida privada, el de la vida familiar, el respeto del domicilio y el de la correspondencia. Estos ámbitos personales no son excluyentes entre sí y una medida adoptada por las autoridades puede constituir, a la vez, una injerencia en la vida privada y en la vida familiar. En muchas ocasiones, el límite entre uno y otro derecho, no suele ser fácil de establecer. Lo que se protege es el *derecho al respeto de* – la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia- no el *derecho a* la vida familiar..., etc. Según algunos autores²⁴⁷, esta redacción podría obedecer a la voluntad de otorgar a los Estados contratantes cierta libertad para regular el mencionado derecho. Asimismo, el efectivo respeto de estos derechos genera unas obligaciones a los Estados parte²⁴⁸, clasificándose dichas obligaciones, a su vez, en obligaciones positivas y en obligaciones negativas.

3.1.1 - Las obligaciones positivas

La noción de “obligación positiva” se estableció, por primera, vez en el asunto *Airey c. Irlanda*²⁴⁹ y se puede decir que tras la misma, se generó una abundante jurisprudencia que ha ampliado el alcance de las obligaciones positivas y ha definido las modalidades de control del respeto a las mismas²⁵⁰. Estas obligaciones pueden ser clasificadas, a su vez, en obligaciones sustanciales (o materiales) y procesales. Podríamos considerar que son obligaciones

año 1959 hasta el año 2014, el número de sentencias dictadas por vulneración del mismo, fue de 1.085 sentencias.

²⁴⁷ Vid. X. Arzoz Santisteban, “Art. 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar”, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, AA.VV., (Dir. I. Lasagabaster Herrarte), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2009, pp. 293-389.

²⁴⁸ Vid. M. Melchior, « Rapport sur la jurisprudence relative à l'article 8 de la Convention », AA. VV. *Jornadas : Jurisprudencia europea en materia de Derechos humanos/Ihardunaldiak: Giza eskubideei buruzko europear jurisprudentzia*, Vitoria-Gasteiz, Gobierno Vasco/Eusko Jaurlaritzza, 1991, pág. 202.

²⁴⁹ STEDH de 9 de octubre de 1979, serie A, nº 32. La Sra. *Airey* quería separarse judicialmente de su marido, pero ante la falta de recursos para hacer frente al proceso y ante la falta de la concesión del beneficio de la justicia gratuita por parte de las autoridades irlandesas, no pudo hacerlo. Demandó a dicho Estado ante el TEDH y éste lo condenó por no haber cumplido con su obligación positiva de proporcionar a la demandante una asistencia jurídica gratuita, a fin de que pudiera interponer la correspondiente demanda.

²⁵⁰ Vid. F. Sudre, « L'effectivité des droits. La théorie des obligations positives », *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, AA.VV. (Dir. D. Truchet), Paris, Thémis- PUF, 2003, p. 19.

sustanciales aquéllas obligaciones inherentes, consustanciales al respeto efectivo de los derechos²⁵¹, porque son necesarias para ello. Se concretan en diversas actuaciones que deben realizar las autoridades, en orden a garantizar que los citados derechos se protegen y se disfrutan por todas las personas afectadas²⁵². Pero el Estado puede incurrir en responsabilidad no sólo por una injerencia “activa”, sino por una “pasiva”, es decir, por no adoptar medidas positivas necesarias para la aplicación del derecho en cuestión. Esta injerencia pasiva puede ser, a su vez, de dos tipos: puede que la abstención del Estado suponga en sí un ataque al derecho o puede que dicha abstención permita a un tercero inmiscuirse en dicho derecho²⁵³. En este último supuesto, el Estado incurriría en responsabilidad en virtud del llamado “efecto horizontal” del Convenio²⁵⁴. Este efecto radica en la aplicación de dicho texto a las relaciones privadas, cuando el causante de la vulneración del derecho no sea directamente el Estado sino un tercero, una persona privada²⁵⁵.

En el ámbito del CEDH, la responsabilidad sería imputable al Estado en dos supuestos: el primero de ellos, cuando se vulnerara un derecho fundamental por la inacción del Estado, en los casos en los que un fallo en su derecho interno permitiera la vulneración de dicho derecho por parte de una persona privada. La responsabilidad del Estado se situaría en este caso en el terreno de las obligaciones positivas, porque la vulneración del derecho sería el resultado de una “falta de acción” por parte del Estado que habría permitido a una tercera persona inmiscuirse en el derecho garantizado por el Convenio. Y, el segundo

²⁵¹ Vid. A.R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 127-187.

²⁵² Vid. STEDH asunto *Wagner y J.M.W.L c. Luxemburgo*, sentencia de 28 de junio de 2007, párrafo 123.

²⁵³ El asunto *Airey c. Irlanda* sería ejemplo del primer tipo y el asunto *López-Ostra c. España*, ejemplo del segundo. En este último supuesto, las autoridades españolas no adoptaron las medidas necesarias- y por ello fue condenado el Estado- para proteger el derecho a la vida privada y familiar de la demandante que vulneraron las emisiones de una planta depuradora de residuos del cuero. La que vulneró el art. 8 del CEDH fue la empresa privada propietaria de la planta, pero el Estado español fue condenado en base a su actuación pasiva y al “efecto horizontal” del Convenio.

²⁵⁴ Esta construcción doctrinal está inspirada en la teoría alemana del *Drittwirkung der Grundrechte* (efectos con respecto a terceros) que pretende garantizar la efectividad de los derechos protegidos incluso en acciones cometidas por terceros.

²⁵⁵ Vid. J.P. Marguénaud, “La délimitation par la Cour de Strasbourg du domaine de « l’effet horizontal » de la CEDH », *RTD Civ.* 199, p. 498.

supuesto sería por la acción del Estado, en los supuestos en los que el Estado haya facilitado los medios o haya animado a la tercera persona para realizar dicha vulneración. La base de esta responsabilidad estatal la encontramos en el art. 1 del CEDH. En virtud del mismo, los Estados contratantes son responsables de todos los actos u omisiones de sus órganos internos, cualquiera que sea el tipo de norma o de medida en cuestión. El efecto horizontal se ha aplicado no sólo al artículo 8 sino a otros artículos del Convenio. Así, se aplicó también al art. 3 (derecho a no ser sometido a torturas o a tratos inhumanos o degradantes), con ocasión del asunto *A. c. Reino Unido*²⁵⁶ o en el asunto *X. e Y. c. Países Bajos*, sentencia de 26 de marzo de 1985.

Por otra parte, las obligaciones positivas procesales serían aquellas relativas a los procesos en los que resuelve el derecho a la vida privada o la familiar de los progenitores²⁵⁷. Aunque el artículo 8 CEDH no contenga requisito procesal alguno, esto no significa que no deban cumplirse unos requisitos procesales en estos procesos. En el asunto *W. c. Reino Unido* citado, el Tribunal consideró que los procedimientos de las autoridades locales tienen influencia en el fondo del asunto, teniendo dichas autoridades la obligación de adoptar las correspondientes decisiones, garantizando la protección de los intereses protegidos por el artículo 8²⁵⁸. Estas obligaciones serán analizadas con más detalle en el apartado 4 del presente capítulo.

²⁵⁶ STEDH de 23 de septiembre de 1998. El demandante A., era un menor que fue maltratado por su padrastro que, decidió interponer la correspondiente demanda ante el TEDH porque consideraba que había sido objeto de un trato inhumano y que los tribunales internos no lo habían estimado así. El TEDH entendió que los menores y otras personas vulnerables, especialmente, tienen derecho a la protección del Estado, a través de una protección eficaz, poniéndolos al amparo de esas formas tan graves de atentado a la integridad de la persona. Asimismo, estableció que "...combinado con el art. 3, la obligación que impone el art. 1 del Convenio a los Estados Parte de garantizar a toda persona bajo su jurisdicción, los derechos y libertades consagrados por el Convenio, también les ordena adoptar medidas que eviten que las citadas personas no sean sometidas a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes, incluso cuando se lleven a cabo por particulares" (párrafo 22).

²⁵⁷ Vid. Por ejemplo, STEDH asunto *W. c. Reino Unido*, sentencia de 8 de julio de 1987, « *La controverse se concentre sur le point de savoir si les procédures suivies se conciliaient avec le droit du requérant au respect de sa vie familiale ou constituait des ingérences dans l'exercice de ce droit, lesquelles ne pouvaient passer pour "nécessaires dans une société démocratique" ».*

²⁵⁸ Párrafo 62 de la sentencia, « *D'après le requérant et la Commission, les procédures applicables au règlement de questions relatives à la vie familiale doivent témoigner de respect pour celle-ci; la Commission estime, en particulier, que les parents ont normalement le droit d'être entendus et pleinement informés à ce sujet, encore que des restrictions puissent, dans certaines circonstances, se*

La distinción entre las obligaciones positivas y negativas es, en numerosas ocasiones, tenue y la elección realizada por el TEDH puede parecer arbitraria²⁵⁹. El propio Tribunal así lo ha establecido en diferentes asuntos²⁶⁰: « *La frontière entre les obligations positives et négatives de l'État au titre de cette disposition ne se prête toutefois pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables* ». Esta indecisión del control ejercido por el Tribunal se explica, según *Sudre*²⁶¹, “por la inversión del juego de la proporcionalidad en materia de obligaciones positivas, dado que la proporcionalidad no consiste en comprobar, como suele hacer, que las injerencias en el derecho individual son excesivas con respecto al interés general perseguido, sino que las obligaciones que recaen en los Estados no son demasiado pesadas en relación al interés individual a proteger”.

3.1.2. - Las obligaciones negativas y sus excepciones

Las obligaciones negativas, en cambio, consisten en abstenerse de realizar injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar de las personas, en sus domicilios y en su correspondencia; y, en caso de que dicha injerencia se realice, se tiene que poder justificar según lo dispuesto en los segundos apartados de los artículos 8 a 11. Esta cláusula de orden público, inspirada en el art. 29. 2 de la

justifier sous l'angle de l'article 8 § 2 (art. 8-2). A titre principal, le Gouvernement plaide que ces matières procédurales ne relèvent pas de l'article 8 (art. 8) et que les droits de savoir ou d'être entendu ne figurent point parmi les éléments de la garantie offerte par ce texte (...) ». Sans doute l'article 8 (art. 8) ne renferme-t-il aucune condition explicite de procédure, mais cela n'est pas déterminant. A l'évidence, le processus décisionnel de l'autorité locale ne saurait manquer d'influer sur le fond de la décision, notamment en assurant qu'elle repose sur les considérations pertinentes et soit impartiale, donc non entachée d'arbitraire, même en apparence. Partant, la Cour peut y avoir égard pour dire s'il a joué d'une manière qui, au total, était équitable et respectait comme il se doit les intérêts protégés par l'article 8 (art. 8). D'ailleurs, une demande en contrôle judiciaire d'une décision de l'autorité locale peut amener une juridiction anglaise à rechercher si cette dernière a équitablement usé d'un pouvoir que lui attribue la loi (paragraphe 48 ci-dessus) ».

²⁵⁹ Vid. F. Sudre, « La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale. Rapport Introductif », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, AA.VV. (Dir. F. Sudre), Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2002, p. 47.

²⁶⁰ Vid. Apartado 52 del asunto *Gnahoré*, así como los asuntos *Hokkanen c. Finlandia*, sentencia de 23 de septiembre de 1994, apartado 55; *Kroon y otros c. Países Bajos*, sentencia de 27 de octubre de 1994, apartado 31; *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía*, sentencia de 25 de enero de 2000, apartado 94; asunto *Zambotto Perrin c. Francia*, de 26 de septiembre de 2013, apartado 91.

²⁶¹ *Loc. Cit.*, p. 49.

DUDH de 1948²⁶², es común a los artículos que regulan los anteriormente denominados *qualified rights*²⁶³. Con una excepción: la mención al “bienestar económico del país”, que sólo aparece como causa de restricción de derechos en el artículo 8 CEDH y no lo hace en el resto de artículos. La inclusión de la misma obedece a una enmienda propuesta por la delegación británica asistente al Comité de Ministros que adoptó el texto y cuyo objetivo era asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera y de control de cambios²⁶⁴.

Siendo cierto que la frontera entre las obligaciones positivas y negativas es difícil de determinar, los principios aplicables a las mismas son similares. En ambos casos, hay que tener en cuenta el justo equilibrio que debe establecerse entre los intereses de la persona y los de la sociedad en su conjunto, es decir, entre el interés individual y el general. En los supuestos en los que haya menores, el interés superior de éstos será el que prevalezca, según su naturaleza y gravedad, incluso por encima del de sus progenitores. Tanto en el caso de las obligaciones positivas como en el de las negativas, los Estados gozan de un cierto margen de apreciación, que varía en función de la naturaleza de las cuestiones en litigio y de la gravedad o importancia de los intereses en juego²⁶⁵.

²⁶² Vid. V. Coussirat-Coustère, “Article 8.2”, *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, AA.VV. (Dir. L-E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert), Paris, Economica, 1999, p. 323.

²⁶³ Vid. C. Ovey, R. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 218- 299; **Art. 9 CEDH**, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. El párrafo 2 dice: “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”. **Art. 10 CEDH**, Libertad de expresión. Párrafo 2: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. **Art. 11 CEDH**, Libertad de reunión y de asociación. El párrafo 2 dice: “El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

²⁶⁴ Vid. M. Lezertúa, “El derecho a ...”, *loc.cit.*, p. 59.

²⁶⁵ Vid. STEDH, asunto *Zambotto Perrin c. Francia*... apartado 92.

Volviendo al artículo 8 CEDH, el objetivo del mismo es -según numerosa jurisprudencia del Tribunal²⁶⁶-, proteger a las personas de las injerencias arbitrarias que pudieran realizar los poderes públicos de los Estados²⁶⁷, por una parte y los particulares o las instituciones privadas, por otra. Pero la protección no es ilimitada. Los Estados parte están obligados a no inmiscuirse en la vida familiar de los particulares, salvo que razones de peso legitimen su actuación conforme al segundo párrafo del precepto. Es en el segundo apartado del artículo donde se regula dicha limitación.

En algunas circunstancias especiales y por determinadas razones -que ahora veremos- caben determinadas injerencias públicas. Es decir, las autoridades públicas de los Estados estarían autorizadas para realizar injerencias en los derechos regulados en el primer párrafo, siempre y cuando se cumplieran los requisitos establecidos en la cláusula de orden público regulada en el segundo párrafo, cuyo tenor literal dice: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo cuando esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros”.

Veamos a continuación en qué consisten todos y cada uno de los requisitos o condiciones que debe cumplir –cumulativamente- toda injerencia para que sea admitida o permitida como tal por el TEDH y que están presentes en todos los artículos mencionados anteriormente (arts. 8 a 11).

²⁶⁶ Vid. STEDH, asunto *Karoussiotis c. Portugal*, sentencia de 1 de febrero de 2011.

²⁶⁷ Vid. STEDH, asunto *Qama c. Albania e Italia*, sentencia de 8 de enero de 2013, apartado 80.

a) Que la injerencia esté prevista por la Ley

La expresión “que la injerencia esté prevista por la Ley” ha sido interpretada por el Tribunal en el sentido de que toda medida adoptada que suponga la restricción de un derecho, debe tener una base legal en el derecho interno correspondiente, no bastando que sean compatibles con él. La primera sentencia que hizo alusión a esta expresión fue dictada en el asunto *Sunday Times c. Reino Unido*²⁶⁸. Aunque en dicha ocasión se planteaba la vulneración del art. 10 del CEDH, el propio TEDH consideró que la doctrina allí dictada era también

²⁶⁸ STEDH, asunto *Sunday Times c. Reino Unido* (nº 1), sentencia de 26 de abril de 1979, párrafos 47 a 49. El párrafo 47 hace referencia a la posibilidad de que “la ley” sea una ley no escrita, tal y como sucede en el *common law*. En el párrafo 48, se plantearon ciertas diferencias lingüísticas de la expresión “prevista por la ley” existentes entre las versiones francesa e inglesa de los artículos 9.2, 10.2, 11.2, por un lado y el 8.2, el art. 1 del Protocolo nº 1 y el art. 2 del Protocolo nº 4, por el otro. Y, en el párrafo 49, el Tribunal manifiesta los principios que se deducen de la expresión “prevista por la ley”. **Párrafo 47**, « *La Cour constate que dans "prévues par la loi" le mot "loi" englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit. Elle n'attache donc pas ici d'importance au fait que le contempt of court est une création de la common law et non de la législation. On irait manifestement à l'encontre de l'intention des auteurs de la Convention si l'on disait qu'une restriction imposée en vertu de la common law n'est pas "prévues par la loi" au seul motif qu'elle ne ressort d'aucun texte législatif: on priverait un État de common law, partie à la Convention, de la protection de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) et l'on frapperait à la base son système juridique. Au demeurant, les requérants ne prétendent pas que les termes "prévues par la loi" exigent pareil texte dans tous les cas; il ne leur semble nécessaire que si - comme en l'espèce - les règles de la common law sont incertaines au point de ne pas correspondre au concept consacré, d'après eux, par ces termes: le principe de la sécurité juridique* ». **Párrafo 48**, « *L'expression "prescribed by law" apparaît au paragraphe 2 des articles 9, 10 et 11 (art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2) de la Convention, son équivalent en français étant chaque fois "prévues par la loi". Cependant, alors que la même expression française se retrouve aux articles 8 par. 2 de la Convention, 1 du Protocole nº 1 et 2 du Protocole nº 4 (art. 8-2, P1-1, P4-2), la version anglaise la rend respectivement par "in accordance with the law", "provided for by law" et "in accordance with law". Placée ainsi devant des textes d'un même traité normatif faisant également foi mais ne concordant pas entièrement, la Cour doit les interpréter d'une manière qui les concilie dans la mesure du possible et soit la plus propre à atteindre le but et réaliser l'objet de ce traité (arrêt Wemhoff du 27 juin 1968, série A no 7, p. 23, par. 8, et article 33 par. 4 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités)* ». **Párrafo 49**, « *Aux yeux de la Cour, les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots "prévues par la loi". Il faut d'abord que la "loi" soit suffisamment accessible: le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue: l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique*».

aplicable al art. 8²⁶⁹. A partir de esta sentencia, el TEDH interpretó que de la citada expresión se desprendían tres principios:

- a) El primero, que “la ley” tenga una base en derecho interno. La “base legal” necesaria puede estar constituida por diversos tipos de normas, no sólo leyes escritas, sino también las normas adoptadas por un colegio profesional²⁷⁰, las dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria, un convenio internacional, normativa comunitaria²⁷¹, etc. Asimismo, la “ley” incluye también el derecho no escrito, es decir, la doctrina legal de los tribunales internos del Estado.

Por otra parte, dicha expresión debe ser interpretada por las autoridades judiciales internas en sentido material y no formal²⁷². Si la injerencia cometida por las autoridades del Estado no tuviera base legal alguna, sería considerada una violación de alguno de los derechos regulados en el primer párrafo y no sería necesario estudiar el fondo del asunto. También ha sido relevante en asuntos relacionados con las escuchas telefónicas – como el asunto *Malone c. Reino Unido*, sentencia de 2 de agosto de 1984, serie A, nº 82- y otras medidas de vigilancia.

- b) El segundo principio es el denominado por la jurisprudencia como “calidad de la ley”. Es decir, la ley, para ser considerada como tal, debe ser “lo suficientemente precisa y contener medidas de protección contra la arbitrariedad de los poderes públicos”²⁷³ a fin de que cualquier persona – asesorada, si fuera necesario-, pueda prever a un nivel razonable y teniendo en cuenta las circunstancias del caso, las consecuencias que puedan derivar

²⁶⁹ Vid. STEDH, asunto *Silver y otros c. Reino Unido*, sentencia de 25 de febrero de 1983, párrafo 85: “In its *Sunday Times* judgment of 26 April 1979, the Court examined the meaning of the expression “prescribed by law”, noting in this connection certain differences which exist between the French and English versions of Articles 8, 9, 10 and 11 (art.8, art. 9, art. 10, art. 11) of the Convention, Article 1 of Protocol N° 1 (P1-1) and Article 2 of Protocol N° 4 (P4-2) (ibid., p. 30, § 48). The Government accepted that the principles enounced in the said judgment concerning the expression “prescribed by law/prevues par la loi” in Article 10 (art. 10) were also applicable to the expression “in accordance with the law/prevue par la loi” in Article 8 (art. 8). Indeed, this must be so, particularly because the two provisions overlap as regards freedom of expression through correspondence and not to give them an identical interpretation could lead to different conclusions in respect of the same interference”.

²⁷⁰ Por ejemplo, en el asunto *Barthold c. Alemania*, sentencia de 23 de marzo de 1985, serie A, nº 90, párrafo 46, se trataba de normas deontológicas dictadas por el Colegio de Veterinarios de Hamburgo.

²⁷¹ Como ocurrió en el asunto *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anomim Sirleti* (conocido como *Bosphorus Airways*) c. *Irlanda*, STEDH de 30 de junio de 2005 (GS), en el que se invocaba la aplicación del Reglamento CEE nº 990/93.

²⁷² Vid. M. Lezertúa, *loc. cit.*, p. 87.

²⁷³ Vid. U. Kilkelly, *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme, nº 1, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003, p.25.

de un acto concreto. Aunque dicha certitud no tiene que ser absoluta. La certitud de las leyes suele ir acompañada, en muchas ocasiones, de una excesiva rigidez y ésta no es lo más aconsejable para el Derecho, dado que este último debería poder adaptarse a los cambios que se suceden en la realidad. Este carácter preciso de la ley -también denominado “exigencia de previsibilidad”-, lo hizo constar el TEDH, entre otros, en el asunto *Olsson c. Suecia* (nº 1), de 24 de marzo de 1988²⁷⁴. Por eso, en dicha sentencia el Tribunal mencionaba que

- c) Y, el tercer principio radica en que dicha ley sea lo suficientemente accesible. Es decir, cualquier persona tiene que poder acceder u obtener información relativa a las normas aplicables a una determinada situación.

b) Que persiga un fin legítimo

El “fin legítimo” estaría constituido por “la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros”. Como podemos comprobar, el “fin legítimo” lo conforman diversos “fines” de carácter muy diferente. Así, podríamos clasificarlos, en “fines que protegen intereses de carácter público” y “fines que protegen intereses de carácter privado”. Los primeros serían “la seguridad pública, la seguridad nacional, la protección de la salud o de la moral, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales”.

²⁷⁴ Vid. Párrafo 61 de la sentencia, « a) *On ne peut qualifier de "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre à chacun - en s'entourant au besoin de conseils éclairés - de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à découler d'un acte déterminé; toutefois, l'expérience montre l'impossibilité d'arriver à une précision absolue et beaucoup de lois, du fait de la nécessité d'éviter une rigidité excessive comme de s'adapter aux changements de situation, se servent par la force des choses de formules plus ou moins vagues. b) Le membre de phrase "prévues par la loi" ne se borne pas à renvoyer au droit interne, mais concerne aussi la qualité de la "loi"; il la veut compatible avec la prééminence du droit. Il implique ainsi que le droit interne doit assurer une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis, entre autres, par le paragraphe 1 de l'article 8 (art. 8-1). c) Ne méconnaît pas, en soi, la condition de prévisibilité une loi qui, tout en ménageant un pouvoir d'appréciation, en précise l'étendue et les modalités avec assez de netteté, compte tenu du but légitime poursuivi, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire (arrêt Gillow du 24 novembre 1986, série A no 109, p. 21, § 51)». En el mismo sentido, la STEDH de 25 de febrero de 1992 (ojo, en sentencia 20/01/1992), asunto *Margareta y Roger Andersson c. Suecia*, pár. 67.*

Y, dentro de los fines de “carácter privado” tendríamos la protección de los derechos y libertades de terceros, así como la protección de la moral, cuyo ámbito privado bien podría estar dentro de este “grupo”. En los asuntos que nos ocupan, el fin legítimo invocado por las autoridades de los Estados, suele ser “la protección de la salud o de la moral” y “la protección de los derechos y libertades de terceros”,²⁷⁵. Por ejemplo, en el asunto *Sofia y Doris Povse c. Austria*²⁷⁶, en el que las demandantes alegaban que la decisión por la que se acordaba la ejecución de la orden de retorno de la menor a Italia vulneraba el derecho a la vida familiar de las demandantes, el Tribunal consideró que la interferencia realizada por las autoridades austriacas, tenía como fin legítimo “la protección de los derechos de terceros”, además del interés legítimo general de que un Estado Parte cumpla con el Derecho comunitario (a la sazón, con el Reglamento nº 2201/2003²⁷⁷).

c) Que sea necesaria en una sociedad democrática.

Este último requisito suele ser –habitualmente– el requisito clave para determinar si las autoridades del Estado demandado han vulnerado o no uno ó varios artículos del CEDH o de sus Protocolos y en él suele centrar su argumentación el Tribunal. Generalmente, cuando el Estado demandado comete una injerencia en un derecho fundamental, dicha injerencia suele– en la mayoría de los casos– estar prevista en una norma interna. Asimismo, suele perseguir uno de los “fines legítimos” regulados en el segundo apartado, pero el que dicha

²⁷⁵ Vid. Entre otras muchas, la STEDH dictada en el asunto *Kearns c. Francia*, sentencia de 10 de enero de 2008, párrafo 73 « El Tribunal estima (...) y que perseguía un fin legítimo, a saber, la protección de los derechos y libertades ajenos, en el presente caso, de la niña ». También en el asunto *Margareta y Roger Andersson c. Suecia*, sentencia de 20 de enero de 1992, párrafo 87 consta, “*Aux yeux de la Cour, la législation suédoise pertinente avait pour but manifeste de protéger « la santé » ou « la morale » ainsi que les « droits et libertés » des enfants »* ; STEDH asunto *Olsson c. Suecia* (nº 1), párrafo 64 : « *Pour la Commission au contraire, les mesures de prise en charge et de placement des enfants furent arrêtées dans leur intérêt et visaient des buts légitimes : protéger la santé ou la morale ainsi que les « droits et libertés d’autrui »*. Del mismo modo, en la STEDH asunto *Rieme c. Suecia*, párrafo 66, « *De l’avis de la Cour, la législation suédoise applicable voulait protéger « la santé » et « les droits et libertés » de l’enfant*».

²⁷⁶ STEDH de 18 de junio de 2013. Párrafo 73, « *the Court considers that the interference, which was aimed at reuniting the first applicant with her father, pursued one of the legitimate aims set out in the second paragraph of Article 8, namely the protection of the rights of others* ».

²⁷⁷ Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) número 1347/2000, (DO núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003).

injerencia “sea o no necesaria en una sociedad democrática”, plantea muchos más problemas y debates doctrinales. Para que así sea y en consecuencia, el Estado demandado no sea condenado, la injerencia en cuestión debe reunir los requisitos de ser “necesaria en una sociedad democrática”.

El sistema de derechos garantizados por el CEDH reposa sobre un régimen verdaderamente democrático²⁷⁸ y sobre una concepción común por parte de los Estados contratantes en relación al respeto de los derechos humanos. La interpretación de estos últimos, “debe conciliarse con el espíritu general de la Carta Magna europea, es decir, “salvaguardar y promover los ideales y los valores de una sociedad democrática”²⁷⁹. La Gran Sala del TEDH consideró en el asunto *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía*²⁸⁰, que “*la démocratie apparaît ainsi comme l’unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle*”, es decir, que la democracia sería el único modelo político previsto por el CEDH y el único compatible con dicho texto. Esta relevante sentencia detalló cuáles eran esos principios y valores constitutivos de una “sociedad democrática”, así como los medios existentes para garantizarlos. Entre otros, consideró que el carácter contradictorio y público de un proceso judicial (reconocido en el art. 6 CEDH), era un principio democrático, así como la libertad de expresión (regulada en el art. 10 CEDH), el pluralismo político o la libertad de asociación. De la misma manera, estableció que la protección de la vida y de la integridad personal, el respeto de la primacía del Derecho o la prohibición de las discriminaciones, constituyen valores fundamentales de las sociedades democráticas.

²⁷⁸ Vid. STEDH asunto *Lingens c. Austria*, sentencia de 8 de julio de 1986, párrafo 42 : « ... le libre jeu du débat politique se trouve au coeur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention tout entière » ; y asunto *Klass y otros c. Alemania*, sentencia de 6 de septiembre de 1978, párrafo 59.

²⁷⁹ Vid. STEDH *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, párrafo 53.

²⁸⁰ Sentencia de 30 de enero de 1998.

El concepto “necesaria”, implica que la injerencia está basada en una necesidad social imperiosa y que debe existir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido²⁸¹. Para ello, el Tribunal deberá analizar si las medidas litigiosas adoptadas por las autoridades del Estado contratante, eran “necesarias” teniendo en cuenta el asunto concreto en su totalidad. Comprobará si los motivos alegados por el Estado (demandado) son pertinentes y suficientes- proporcionales- para conseguir uno de los fines legítimos regulados en este párrafo. La necesidad o no de la medida la tienen que valorar, en primera instancia, las autoridades nacionales que la adoptan y éstas, como hemos citado anteriormente, disponen de un cierto margen de apreciación para dicha estimación²⁸².

En dicha valoración, lo que debe primar es la ponderación entre los intereses en juego, entre la finalidad perseguida y la intensidad del ataque que se realiza al derecho fundamental en cuestión, a través de la medida que se adopta. Se trataría del control jurisdiccional de las obligaciones - que recaen sobre los Estados- y que está basado en el principio de proporcionalidad. Por ejemplo, en el asunto *Wagner y J.M.W.L c. Luxemburgo* anteriormente citado, el Tribunal estimó que las autoridades luxemburguesas no tuvieron en cuenta la realidad social y la situación de las personas afectadas e hicieron prevalecer las normas de conflicto internas sobre dicha realidad. Asimismo, consideró que los motivos invocados para justificar la “necesidad” de las medidas adoptadas “en una sociedad democrática”, no eran “suficientes” a efectos de lo dispuesto en el

²⁸¹ STEDH asunto *Gnavoré c. Francia*, sentencia de 19 de septiembre de 2000, párrafo 30 in fine, «*La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux, et notamment proportionnée au but légitime recherché (voir, par exemple, les arrêts W., B. et R. c. Royaume-Uni précités, respectivement, p. 27, § 60, p. 72, § 61, et p. 117, § 65)*». Y, párrafo 54 «*Pour apprécier la « nécessité » des mesures litigieuses « dans une société démocratique », la Cour examinera, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les motifs invoqués pour les justifier sont pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 (voir, notamment, les arrêts Olsson (n° 1), précité, p. 32, § 68, Johansen, précité, pp. 1003-1004, § 64, Olsson (n° 2), précité, p. 34, § 87, et Bronda, précité, p. 1491, § 59)*».

²⁸² Vid. STEDH asunto *Eriksson c. Suecia*, sentencia de 23 de mayo de 1989, párrafo 69, «*...pour se prononcer sur la “nécessité” d'une ingérence “dans une société démocratique », la Cour tient compte de ce que les Etats contractants jouissent d'une marge d'appréciation... »*.

párrafo 2 del artículo 8²⁸³, por lo que consideró que se había vulnerado el art. 8 del CEDH.

Pero, no podemos olvidar que el control de proporcionalidad jurisdiccional se ejerce en relación con el margen de apreciación reconocido a los Estados, cuyo contenido analizamos a continuación. Por último, estas restricciones deben ser conformes al principio de no-discriminación.

3.2. El principio de subsidiariedad

A pesar de que no exista artículo alguno que lo recoja expresamente en el texto, el sistema de protección del CEDH está basado en el principio de subsidiariedad. Principio en virtud del cual “(...) pese a la existencia de normas y mecanismos internacionales al respecto, el Estado es el protector principal de los derechos humanos y libertades fundamentales, lo que quiere decir que a él compete la responsabilidad primordial de respetarlos, hacerlos respetar y asegurar la reparación de las violaciones (...). La consecuencia del principio es que la Comunidad internacional sólo interviene subsidiariamente, esto es, en la medida en que el Estado falla en el desempeño de aquella responsabilidad primordial”²⁸⁴.

El que sí lo regula es el Protocolo de modificación nº 15 del CEDH²⁸⁵, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en el mes de mayo de 2013. Este Protocolo es el resultado del “encargo” realizado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa al Comité Director para los Derechos del

²⁸³ Vid. Párrafos 127 y 135 de la sentencia.

²⁸⁴ Vid. J.A. Pastor Ridruejo, “La subsidiariedad, principio estructural del Derecho internacional de los derechos humanos”, *CEBDI*, vol. VIII (2004).

²⁸⁵ Vid. 123ª Sesión del Comité de Ministros, Estrasburgo, 16 de mayo de 2013. <https://wcd.coe.int/>. Abierto a la firma el 24 de junio de 2013. Al cierre del presente trabajo, no ha entrado en vigor.

Hombre²⁸⁶ y a las instancias dependientes del mismo (el Comité de Expertos para la reforma del CEDH), a fin de que elaborara un proyecto de protocolo de modificación del CEDH, con el objetivo de hacer efectivas determinadas disposiciones de la Declaración de Brighton²⁸⁷. En dicha Declaración sí se hacía mención expresa al principio de subsidiariedad²⁸⁸.

Una de las modificaciones del Protocolo es la introducción de un nuevo Considerando, al final del Preámbulo del Convenio²⁸⁹, en el que se hace referencia explícita al principio de subsidiariedad y a la doctrina del “margen de apreciación” de los Estados. A través de dicha disposición, se refuerzan dos ideas; por un lado, la idea de que el sistema del Convenio es subsidiario con respecto a la garantía o protección de los derechos humanos a nivel nacional y que las autoridades nacionales están, en principio, mejor situadas que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y las condiciones existentes a nivel nacional. Y por otro, que los Estados Contratantes disponen, a la hora de aplicar el Convenio, de un margen de apreciación que depende de las circunstancias del asunto y de los derechos y libertades en cuestión.

En el ámbito del TEDH, este principio significa que sólo en los supuestos en los que los propios Estados contratantes no garanticen el efectivo ejercicio de dichos derechos, será el propio Tribunal el que garantice la aplicación de los mismos. Así lo ponía de manifiesto el entonces Presidente del Tribunal, Jean-

²⁸⁶ La labor que desarrolla el Comité es la siguiente: “*Le CDDH a pour rôle principal, sous l’égide du Comité des Ministres, de mettre en place des normes communément acceptées par les 47 Etats membres pour développer et promouvoir les droits de l’Homme en Europe et pour améliorer l’efficacité du mécanisme de contrôle instauré par la Convention européenne des droits de l’Homme*». El proyecto de protocolo fue aprobado por el Comité Director en su 76ª reunión, de 27-30 de noviembre de 2012, para su posterior aprobación por el Comité de Ministros.

²⁸⁷ La Declaración de Brighton, fue aprobada en la Conferencia de Alto nivel reunida en la ciudad del mismo nombre, los días 19 y 20 de abril de 2012, a iniciativa de la presidencia británica del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

²⁸⁸ Apartado 3: « *Les États parties et la Cour partagent la responsabilité de la mise en oeuvre effective de la Convention, sur la base du principe fondamental de subsidiarité. La Convention a été conclue sur la base, entre autres, de l’égalité souveraine des États. Les États parties doivent respecter les droits et libertés garantis par la Convention, et remédier de manière effective aux violations au niveau national. La Cour agit en tant que sauvegarde si des violations n’ont pas obtenu de remède au niveau national. Lorsque la Cour constate une violation, les États parties doivent se conformer à son arrêt définitif* ».

²⁸⁹ El Considerando dice, « *Affirmant qu’il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d’une marge d’appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l’Homme instituée par la présente Convention*».

Paul Costa²⁹⁰, «*Le principe de subsidiarité signifie que la tâche d'assurer le respect des droits consacrés par la Convention incombe en premier lieu aux autorités des États contractants, et non à la Cour*». Y así lo constató – por primera vez en 1968- el propio Tribunal, en el anteriormente citado “Asunto lingüístico belga”²⁹¹. Posteriormente, le han sucedido otras sentencias que ratifican el carácter subsidiario del Tribunal²⁹². En el sistema del CEDH, este principio de subsidiariedad implica una serie de obligaciones a los diversos actores del sistema, es decir, a los demandantes, a los Estados contratantes y – finalmente- al propio TEDH²⁹³.

Los demandantes, en virtud de lo establecido en el artículo 35.1 del CEDH²⁹⁴, antes de interponer una demanda ante el TEDH, tienen la obligación de agotar las vías de recurso establecidas en sus ordenamientos internos. La finalidad de dicha norma es otorgar a las autoridades nacionales la posibilidad de constatar y de reparar las vulneraciones del Convenio invocadas por los demandantes. Es decir, el sistema del Convenio está basado en el principio de que los ordenamientos internos disponen de vías de recurso efectivas para poder solucionar o reparar las vulneraciones de los derechos y libertades regulados en

²⁹⁰ En la Conferencia n° 1, de 19 de abril de 2010, titulada “*Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*”, en el marco del ciclo de conferencias organizadas por el Consejo de Estado en colaboración con el TEDH, “*Le droit européen des droits de l'homme*”, período 2010-2011.

²⁹¹ Vid. Párrafo 10 *in fine* de la sentencia, «*En recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu ou non distinction arbitraire, la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention*».

²⁹² Vid. Caso *Handyside c. Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, párrafo 48: “*La Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention, revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme...*”; asunto *Eckle c. Alemania*, sentencia de 15 de julio de 1982, párrafo 66: “*... doubler la procédure interne d'une instance devant la Commission et la Cour paraît peu compatible avec le caractère subsidiaire du mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention. Celle-ci confie d'abord à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre...*”; y, asunto *Miragall Escolano y otros c. España*, sentencia de 23 de enero de 2000, párrafo 33, entre otras.

²⁹³ Según manifestaba la juez del TEDH, Françoise Tulkens, en el Seminario organizado por el propio Tribunal, “*Dialogue entre juges*”, *Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe*, 2010.

²⁹⁴ Art. 35.1: “*Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva*”.

el CEDH (art. 13)²⁹⁵. Sólo en el caso de que hayan agotado estas vías podrán acudir al TEDH.

Los Estados contratantes –por su parte-, tienen dos obligaciones fundamentales: la primera de ellas -la obligación negativa-, garantizar que los derechos regulados en el CEDH se protegen de manera efectiva en su Estado o, dicho de otro modo, no vulnerar dichos derechos. Y, la segunda – la obligación positiva-, asegurar, en caso de que dicha protección no se lleve a cabo a nivel interno, la existencia de recursos al alcance de las personas afectadas que permitan la reparación del daño causado, en un plazo razonable. No basta con que exista el derecho a nivel interno, sino que en caso de haya una vulneración de ese ó esos derechos, el Estado contratante debe garantizar que la reparación se efectúa a nivel interno.

Finalmente, el Tribunal tiene que respetar la autonomía de los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes y, respetando el principio de subsidiariedad, tiene que intentar no convertirse en una “cuarta instancia”. Su función jurisprudencial es fundamental para que el principio de subsidiariedad no se convierta en una denegación de justicia ni en una libertad interpretativa demasiado grande por parte de los Estados.

En última instancia, será el TEDH quien examine si las decisiones que suponen una injerencia en alguno de los derechos regulados en el CEDH y que han sido adoptadas por las autoridades de los Estados -dentro del citado margen de apreciación-, son o no compatibles o acordes con lo dispuesto en el CEDH. Y, por otro lado, también examinará - en aquellos supuestos en los que los Estados deban realizar obligaciones positivas-, si realmente dicho Estado ha adoptado las medidas necesarias para llevarlas a cabo. El propio sistema del Convenio ha establecido este control, a fin de que los Estados, amparándose en el margen de apreciación de que disponen, no vulneren derechos y libertades de cualquier

²⁹⁵ Art. 13 CEDH: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

persona que se halle bajo su jurisdicción. Estamos ante un control europeo del margen de apreciación de los Estados contratantes.

3.3. La doctrina del “margen de apreciación nacional”

Estrechamente unida al principio de subsidiariedad, está la doctrina del “margen de apreciación de los Estados”. Corresponde a las autoridades nacionales –en primera instancia- aplicar y respetar los derechos contenidos en el CEDH y, sólo tras dicha intervención, será cuando quepa el recurso ante el TEDH (una vez agotadas todas las instancias internas, evidentemente). Este último ha manifestado en numerosas ocasiones que “...las autoridades estatales, por su cercanía y contacto directo con las fuerzas vivas de su país se encuentran, en principio, mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse con respecto al contenido y a la necesidad de una restricción o de una sanción...”²⁹⁶.

En asuntos en los que las decisiones a adoptar requieren de un conocimiento detallado de la situación real de las personas afectadas (por ejemplo, cualquier decisión relativa a la retirada de menores de su ámbito familiar y su ingreso en centros públicos, o la denegación del derecho de visita, etc.), la cercanía de las autoridades que tienen que adoptar dichas decisiones es fundamental. Los jueces europeos están –en esas circunstancias-, muy lejos del problema real y, en virtud de dicha “posición subsidiaria”, otorgan a los Estados contratantes un cierto margen de apreciación, una cierta confianza en que, teniendo todos los elementos de juicio necesarios para ello, adopten la decisión correcta en cada situación. Podríamos considerar que dicho margen es un

²⁹⁶Vid. Entre otras muchas, STEDH asunto *Handyside c. Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, apartado 48.

“criterio hermenéutico utilizado por parte de los tribunales regionales, con el fin de interpretar y aplicar el CEDH”²⁹⁷.

Según diversos autores²⁹⁸, el desarrollo de dicha doctrina se ha efectuado a dos niveles: a nivel interno y a nivel internacional. Tanto en uno como en otro, la definición de “margen de apreciación nacional” podría ser, “el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado por parte de los tribunales internacionales”. Nosotros nos ocuparemos únicamente del desarrollo y aplicación de la citada noción a nivel internacional y, más concretamente, a nivel del CEDH y del TEDH. En este ámbito y, según García Roca²⁹⁹, “... es más una herramienta jurisprudencial, una noción, que una verdadera categoría jurídica. (...) La doctrina del margen ofrece una cobertura para ponderar realidades sociales nacionales muy diversas. Unos mismos derechos y análogos supuestos de hecho o pretendidas violaciones, e incluso unas mismas normas electorales, traídos a colación en las demandas, pueden constituir o no violaciones del Convenio en función de esas muy diferentes realidades sociales”.

Las definiciones de dicho concepto son numerosas³⁰⁰, pero la mayoría de ellas coinciden en que consiste en un instrumento jurisprudencial, en virtud del cual el TEDH otorga a los Estados parte un amplio margen de apreciación o una cierta autonomía para determinar las medidas que deben tomar, a fin de garantizar el cumplimiento del Convenio. El hecho de que en determinadas y delicadas materias no exista una posición común en los Estados contratantes,

²⁹⁷Vid. F.R. Barbosa Delgado, “El margen nacional de apreciación en el Derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”, *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2012, México, pág. 51; y “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado*, n° 26, enero-junio 2011, pp. 107-135.

²⁹⁸Vid. F.R. Barbosa Delgado, *op. cit.*; M.Delmas-Marty, M.L. Izorche, « Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste », *Revue du Droit de McGill*, n° 46, 2001, p. 925.

²⁹⁹ Vid. J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 132 y 170.

³⁰⁰ La Juez *Tulkens* y L. *Donnay* hacen mención de una serie de definiciones doctrinales en « L’usage de la marge d’appréciation par la Cour européenne des droits de l’homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC*, 2006, p. 2.

permite al Tribunal justificar la falta de definición con respecto a determinados derechos y otorgar el citado margen a los Estados contratantes. La extensión del margen de apreciación variará en función de la relevancia del derecho en cuestión para las personas, de la naturaleza de la actividad que se ha visto reducida por la medida establecida por el Estado y por el fin perseguido por dicha medida restrictiva. Cuanto más relevante o crucial sea el derecho para la persona, más reducido será, en principio, el margen de apreciación del Estado.

A pesar de que la doctrina no se pone de acuerdo con respecto a la primera vez en la que el TEDH hizo una mención expresa de esta doctrina³⁰¹, lo que sí parece estar más consensuado es que primero se planteó con respecto al art. 15 del CEDH³⁰² y que, posteriormente, fue extendiéndose a otros artículos del Convenio. En el asunto *Handyside c. Reino Unido*³⁰³, se planteó por primera vez

³⁰¹ La Juez *Tulkens* y L. *Donnay* consideraron que el TEDH utilizó por primera vez dicho concepto en el asunto *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978; *Vid.* «L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC*, 2006, p. 1. Por el contrario, tanto J. García Roca como F.R. Barbosa, localizan dicho origen antes de dicha fecha. F. R. Barbosa lo hace en el año 1972, en el asunto *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, sentencia de 10 de marzo y J. García Roca, en el año 1976, en el asunto *Handyside c. Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre. Aunque también hay quien dice que dicha doctrina estuvo implícitamente mencionada en el asunto *relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica*, de 23 de julio de 1968.

³⁰² Dicho artículo regula la posibilidad de que un Estado suspenda determinados derechos fundamentales, en caso de guerra o de otro peligro público.

³⁰³ Párrafos 48 y 49. El párrafo 48 dice, «*La Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme (arrêt du 23 juillet 1968 sur le fond de l'affaire "linguistique belge", série A no 6, p. 35, par. 10 in fine). La Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elles y contribuent de leur côté, mais elles n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes (article 26) (art. 26). Ces constatations valent, entre autres, pour l'article 10 par. 2 (art. 10-2). (...). Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre (...). Dès lors, l'article 10 par. 2 (art. 10-2) réserve aux États contractants une marge d'appréciation. Il l'accorde à la fois au législateur national ("prévues par la loi") et aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les lois en vigueur (arrêt Engel et autres du 8 juin 1976, série A no 22, pp. 41-42, par. 100; comp., pour l'article 8 par. 2 (art. 8-2), l'arrêt de Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, série A no 12, pp. 45-46, par. 93, et l'arrêt Golder du 21 février 1975, série A no 18, pp. 21-22, par. 45)*».

Y, el párrafo 49 establece que, «*L'article 10 par. 2 (art. 10-2) n'attribue pas pour autant aux États contractants un pouvoir d'appréciation illimité. Chargée, avec la Commission, d'assurer le respect de leurs engagements (article 19) (art. 19), la Cour a compétence pour statuer par un arrêt définitif sur le point de savoir si une "restriction" ou "sanction" se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10 (art. 10). La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen. Celui-ci concerne à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa "nécessité". Il porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante* ».

dicha doctrina con respecto al art.10 CEDH. Este asunto es, según algunos autores³⁰⁴, “una sentencia de principio sobre el control judicial de las restricciones a las libertades” ya que estableció, tanto el reconocimiento como el control del margen de apreciación, reiterando el carácter subsidiario que el mecanismo instaurado por el Convenio reviste (párrafo 48). El Tribunal reafirmó que correspondía tanto a las autoridades legislativas como a las judiciales de los Estados contratantes, un margen de apreciación, pero vinculó dicho margen con una supervisión europea. Esta última afectaría a la finalidad de la medida litigiosa y a su “necesidad”, es decir, tanto a la ley en que se basa, como a la decisión que la aplica, incluso cuando emane de una jurisdicción independiente. Su función supervisora impone al Tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una «sociedad democrática» (párrafo 49).

Y, en relación al concepto de “necesidad”, también determinó que correspondería en primer lugar a las autoridades nacionales determinar su contenido exacto, acotando previamente los límites del término³⁰⁵.

Posteriormente, en el asunto *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, también hizo referencia a dicho principio, al interpretar el art. 15 del Convenio. Asimismo, en la sentencia dictada en el asunto *Rasmussen c. Dinamarca*, de 28 de noviembre de 1984, el Tribunal consideró que “*el alcance del margen de apreciación varía en función de las circunstancias, de los ámbitos y del contexto; la presencia o ausencia de un denominador común con respecto a todos los sistemas jurídicos de los Estados contratantes, puede ser un factor relevante en este sentido*”³⁰⁶. En el asunto *Johnston y otros c. Irlanda*, 18 de

³⁰⁴ Vid. P. Rolland, *Chronique, JDI* 1978, p. 706.

³⁰⁵ Vid. Párrafo 48. “El Tribunal nota en esta ocasión que si el adjetivo «necesario» en el sentido del artículo 10.2 no es sinónimo de «indispensable» (comparar en los artículos 2.2 y 6.1 las palabras «absolutamente necesario» y «estrictamente necesario» y en el art. 15.1 la frase «en la estricta medida en que la situación lo exija»), no tiene tampoco la flexibilidad de términos tales como «admisible», «normal» (comparar el artículo 4.3), «útil» (comparar la primera línea del artículo 1.1 del Protocolo), «razonable» (comparar los artículos 5.3 y 6.1) u «oportuno». Por ello, no corresponde menos a las autoridades nacionales que juzgar con carácter previo sobre la realidad de la necesidad social imperiosa que implica la noción de «necesidad» en este contexto”.

³⁰⁶ Vid. Párrafo 40.

diciembre de 1986, el Tribunal hacía referencia al citado margen de apreciación en los supuestos relativos al art. 8. Así, estableció que,

« c) *S'il tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale. La notion de "respect" manque cependant de netteté, surtout quand de telles obligations se trouvent en cause; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les États contractants. Partant, il s'agit d'un domaine dans lequel ils jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention (arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali du 28 mai 1985, série A no 94, p. 33-34, § 67) ».*

No obstante, el margen de apreciación no es ilimitado, sino que va parejo con un “control europeo” por parte del TEDH, tal y como consta en el párrafo 49 de la sentencia *Handyside*. Los jueces europeos controlarán que el Estado demandado en cuestión no se ha excedido del margen de apreciación que le corresponde, vulnerando derechos fundamentales sin justificación y sin proporcionalidad suficiente entre los intereses en juego. Los principios de dicho control se establecieron en la sentencia *Handyside* y en la dictada en el asunto *Sunday Times* y fueron posteriormente sistematizados en el asunto *Gillow c. Reino Unido*, de 24 de noviembre de 1986. Según algunos autores³⁰⁷, el ámbito del artículo 8 es uno de los ámbitos en los que dicho control es más severo y más seguro.

³⁰⁷ Vid. C. Picheral, A. D Olinga, « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence », *Revue trimestrielle de Droits de l'homme*, 1995, n° 24, p. 593

4. Los derechos del menor en el entorno familiar

4.1. El derecho al respeto de la vida privada y familiar

El Derecho internacional de los derechos humanos reconoce a la familia como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, además de reconocer el derecho que los niños tienen de vivir con su familia. Como vimos en el Capítulo I, la CDN realiza un reconocimiento de la familia como el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y, en particular, de los niños. Adicionalmente, la CDN declara en diversas disposiciones el derecho del niño a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos, así como el deber de los Estados de apoyar a la familia para que ésta pueda cumplir cabalmente con sus funciones. El reconocimiento del derecho a la familia y a desarrollar una vida familiar libre de injerencias ilegítimas se encuentra reconocido en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, como el art. 16.3° DUDH³⁰⁸, el art. 23.1° PIDCP o el art. 10 PIDESC.

La responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos, recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen, independientemente de la composición y la forma de constitución de ésta. Los progenitores tienen, a su vez, una serie de derechos y de obligaciones en el marco de las relaciones familiares paterno-filiales que deben ser respetados y garantizados por los Estados.

El artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, también regula el derecho al respeto de la vida privada y familiar³⁰⁹, de una manera muy similar a la que realiza el CEDH, pero con algunas diferencias. En el caso del art. 8 CEDH, éste protege el derecho al respeto de la “correspondencia”, y el artículo 7 de la Carta Europea, el de las “comunicaciones”. Consideramos que esta diferencia terminológica, obedece

³⁰⁸ “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

³⁰⁹ Art. 7 de la Carta: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

más a la evolución tecnológica producida en la sociedad moderna que a una voluntad del legislador comunitario por modificar sustancialmente el contenido de dicho ámbito.

La Carta Europea abarca un ámbito más amplio que el meramente postal, incluyendo de esta manera la protección de todas las comunicaciones, independientemente del medio a través del que se realicen. Sin embargo, existe una diferencia más destacable entre ambas disposiciones, y es el segundo apartado del art. 8 CEDH, inexistente en el caso del art. 7. Tal y como hemos mencionado en el apartado 3.2.2. de este Capítulo, la protección otorgada por dicho artículo, no es ilimitada. El segundo párrafo del mismo establece los supuestos en los que los Estados contratantes podrán vulnerar el derecho en cuestión, siempre que cumplan con los requisitos establecidos, sin que por ello sean condenados. En el caso del artículo 7, no consta limitación alguna.

Tal y como reflejábamos en el Capítulo I, otra disposición que regula específicamente el derecho a la vida privada y familiar, a su domicilio y a la correspondencia, es el artículo 16 de la CDN³¹⁰, pero con una diferencia notable con respecto al resto y es que, en esta ocasión, los sujetos de dicho derecho son los niños y las niñas, no las personas en general. Es este caso, la influencia del art. 8 CEDH es fácilmente constatable.

En el marco del CEDH, será aplicable -fundamentalmente- el art. 8, aunque otros artículos también lo sean, como los arts. 6, 12 ó 14 CEDH³¹¹. Asimismo, el TEDH velará por que el Convenio sea interpretado y aplicado de manera que los derechos sean efectivos y prácticos, no teóricos e ilusorios³¹². Por otra parte, para que la vulneración de dicho derecho pueda ser reconocida por el citado tribunal, la situación objeto de análisis debe entrar en el ámbito de

³¹⁰ El artículo 16 CDN establece: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

³¹¹ El art. 14 CEDH es un artículo que completa al resto del articulado del Convenio y de sus Protocolos, dado que únicamente sirve “para el disfrute de los derechos y libertades”, no pudiendo ser invocado solo.

³¹² Vid. STEDH *Bayatyan c. Armenia*, sentencia de 7 de julio de 2011, párrafo 98; y asunto *Christine Goodwin c. Reino Unido (GS)*, sentencia de 11 de julio de 2002, párrafo 74, entre otros muchos.

aplicación del artículo 8. Debe poder enmarcarse dentro del concepto de “vida privada y familiar”, tal y como lo entiende dicho Tribunal. Pero, ¿qué se entiende por vida privada y por vida familiar en el ámbito del CEDH?

a) La vida privada como marco de protección: el artículo 8 CEDH

El artículo 8 regula el “derecho al respeto de la vida privada y familiar, el respeto del domicilio y de la correspondencia de todas las personas”. Garantiza el mantenimiento de la vida privada y familiar, pero carece de mecanismos para proteger a los menores en caso de que dicho vínculo familiar le perjudique seriamente o atente gravemente su integridad física y moral. El artículo 3 del CEDH garantizaría a los menores la protección que no les otorga el art. 8, en los supuestos en los que los propios progenitores o familiares maltrataran a los mismos, tal y como sucedió en el asunto *Z y otros c. Reino Unido*³¹³.

Este artículo –como el resto del CEDH- está inspirado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, concretamente, en el art. 12³¹⁴. Así constaba expresamente en la Recomendación nº 38 (1949)³¹⁵ aprobada por la Asamblea Parlamentaria y propuesta al Comité de Ministros del Consejo de Europa³¹⁶. En

³¹³ STEDH de 10 de mayo de 2001. En este caso, el Tribunal consideró que la protección de la infancia entraba dentro del ámbito de aplicación del art. 3 y que era aplicable a las relaciones interpersonales. En este caso en concreto, cuatro menores de edad fueron objeto de malos tratos físicos y psíquicos por parte de sus progenitores, durante un largo período (más de cuatro años). Las autoridades nacionales – los servicios sociales-, no fueron capaces de evitar dichos malos tratos y el Estado demandado fue condenado porque no fue capaz de realizar la obligación positiva de proteger a las personas (niños) bajo su jurisdicción. Los demandantes alegaron, asimismo, la vulneración del art.8 del CEDH, por entender que el art. 8 al proteger el derecho a la vida privada, también protege la integridad física y la moral. Y, así lo consideró el Tribunal “*Eu égard à son constat de violation de l’article 3 de la Convention, la Cour estime qu’aucune question distincte ne se pose sous l’angle de l’article 8 de la Convention*” (párrafo 77).

³¹⁴ Art. 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o de su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. La DUDH fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, reunida en París, el 10 de diciembre de 1948, a través de la Resolución 217-A (III).

³¹⁵ Fue aprobada el 1 de septiembre de 1949. Disponible en, <http://assembly.coe.int>. Vid. C. Russo, « Article 8.1 », *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, AA.VV. (Dir. L-E. Pettiti, E.Decaux, P.H. Imbert), Paris, Economica, 1999, p. 305.

³¹⁶ Art. 2.4, « *L’immunité contre toutes immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile et sa correspondance, conformément à l’article 12 de la Déclaration des Nations Unies* ».

dicho documento, la Asamblea elaboró un proyecto de Convenio de derechos y libertades fundamentales (el futuro CEDH), en el que se recogían determinados derechos y libertades y una serie de disposiciones relativas al TEDH (arts. 19 y 21 a 27) y a la Comisión (art. 28). A pesar de su indiscutible influencia, el art. 8 no recoge la literalidad del artículo 12 DUDH, dejando a un lado la protección contra “los ataques a la honra o a la reputación de las personas”, que el segundo sí regula, porque dichas referencias fueron consideradas demasiado imprecisas por los parlamentarios que debatieron el texto. Sin embargo, el art. 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, sí recoge este aspecto³¹⁷, así como la protección específica de la vida familiar, la vida privada, de la correspondencia o del domicilio. Es decir, el contenido de este artículo es idéntico al del art. 12 de la DUDH. Y, el artículo que sí regula de manera expresa el derecho a la vida privada y familiar de los niños y de las niñas, así como a “su honra y a su reputación” –como decimos *ut supra*- es el art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño.

La vida familiar es uno de los bienes jurídicos protegidos por el art. 8, que está estrechamente relacionado con el domicilio y la correspondencia. Todos ellos forman parte del bien jurídico que los engloba, el derecho “a la vida privada”. Según algún autor³¹⁸, “la mención expresa de aspectos parciales inherentes a la vida privada, no obstante, no es superflua. Por de pronto subraya la relevancia de esos aspectos para una garantía efectiva y cualitativa de la vida privada y, naturalmente, evita dudas interpretativas y problemas de concretización (...). La misma especificidad de esos intereses jurídicos supone un reconocimiento de la posibilidad de desgajar progresivamente otros aspectos parciales pero sustantivos de la vida privada y de convertirlos en contenidos materialmente autónomos, susceptibles de una aplicación separada e independiente respecto al derecho “general” al respeto de la vida privada”.

³¹⁷ Artículo 17: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

³¹⁸ Vid. X. Arzo, *loc. cit.*, p. 295.

Esta definición abarca las múltiples manifestaciones de ese ámbito privado, como son la vida familiar, el domicilio, el honor, la reputación, el derecho a que no se publiquen sin previa autorización fotografías privadas, el derecho a que no sean divulgados hechos o sucesos comprometedores o embarazosos, la protección contra la utilización abusiva de comunicaciones privadas, etc. Y, todas ellas, merecen la protección que les otorga el art. 8. Siguiendo el criterio del TEDH, analizaremos por una parte el concepto de vida privada y por otro, el de la vida familiar, extendiéndonos en este último por razón de las materias y de las personas a las que se les aplica, dado que los asuntos que nos ocupan entran habitualmente en el ámbito de este último.

El TEDH ha considerado expresamente este concepto como un concepto autónomo³¹⁹, pero sin facilitar definición alguna del mismo. Dicha falta de definición es aplicable tanto a la noción de “vida privada” como a la de “vida familiar”, por lo que la concreción de ambas se ha ido realizando, sobre todo, a través de la numerosa jurisprudencia del TEDH y de alguna Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Entre las Resoluciones de la citada Asamblea, cabe destacar la n° 428 de 1970³²⁰, que acotó el concepto de “derecho al respeto de la vida privada”. Así, consideró que « *Le droit au respect de la vie privée consiste essentiellement à pouvoir mener sa vie comme on l'entend avec un minimum d'ingérence. Il concerne la vie privée, la vie familiale et la vie au foyer, l'intégrité physique et morale, l'honneur et la réputation, le fait de ne pas être présenté sous un faux jour, la non divulgation de faits inutiles et embarrassants, la publication sans autorisation de photographies privées, la protection contre l'espionnage et les indiscretions injustifiables ou inadmissibles, la protection contre l'utilisation abusive des communications privées, la protection contre la divulgation d'informations communiquées ou reçues confidentiellement par un particulier. Ne peuvent se prévaloir du droit à la protection de leur vie privée les personnes*

³¹⁹ STEDH asunto *Marckx c. Belgique*, sentencia de 13 de junio de 1979, párrafo 31.

³²⁰ Resolución de la Asamblea Parlamentaria, 23 de enero de 1970, 18ª Sesión, en la que se aprobó la *Déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme*.

qui, par leurs propres agissements, ont encouragé les indiscretions dont elles viendraient à se plaindre ultérieurement ».

Según consta en diferentes fuentes consultadas, el origen del concepto de “vida privada o *privacy*”, estaría en el relevante ensayo que los abogados norteamericanos³²¹ *Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis* publicaron en 1890, “*The Right to Privacy*”³²². Éste “es considerado el ensayo fundacional de la protección de la privacidad en Estados Unidos y el artículo doctrinal más influyente en la literatura jurídica norteamericana”³²³. El concepto de *privacy* era entendido genéricamente como el “derecho a ser dejado solo, a no ser molestado”, *the right to be let alone*³²⁴. El artículo tuvo una gran repercusión y algunos autores consideraron que –probablemente- era uno de los mejores artículos jamás escritos y que fue el origen de que se aprobara en diferentes Estados americanos el “derecho a la privacidad”. Posteriormente, dicho concepto se extendió a otros países anglosajones y a Europa.

En lo que al TEDH se refiere, el Tribunal manifestó a través de numerosas sentencias, que estamos “ante una noción amplia, sin una definición exhaustiva”³²⁵. Al establecer una acepción amplia del término “vida privada”, el juez europeo consigue ampliar la aplicabilidad del artículo y, en consecuencia, ampliar el ámbito de aplicación del derecho que regula. Lo relevante, a efectos de interpretación del concepto, es la efectividad del derecho. Ante la indeterminación o generalidad del término, el Tribunal ha resuelto que elementos

³²¹ A pesar de que ya en 1880, el juez Thomas M. *Cooley* citó dicho concepto en la siguiente publicación, *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, Boston, Little, Brown, p. 10.

³²² Fue publicado en *Harvard Law Review*, Vol. IV, nº 5, de 15 de diciembre de 1890. Este ensayo fue publicado en España bajo el título *El derecho a la intimidad*, en 1995, (Madrid, Civitas), por Benigno Pendás y Pilar Baselga.

³²³ Vid. M^a N. Saldaña, “‘*The Right to Privacy*’. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: el centenario legado de *Warren y Brandeis*”, *Revista de Derecho Político*, nº 85, sept-dic. 2012, p. 238.

³²⁴ El primero en citar esta expresión fue también el juez *Cooley*, pero hacía referencia al ámbito de los daños o agresiones físicas. *Warren y Brandeis* la reformularon y la circunscribieron no tanto al ámbito de los daños físicos como al de la divulgación por parte de la prensa de la vida privada de las personas. Parece ser que el origen de dicho artículo está en que la vida privada de la familia Warren se vio expuesta en la prensa, a raíz de la boda de una de sus hijas.

³²⁵ Vid. Entre otras, STEDH asunto *Ebru y Tayfun Engin Çolak c. Turquía*, sentencia de 30 de mayo de 2006, párrafo 83, «*La Cour rappelle que la notion de “vie privée” est une notion large, non susceptible d’une définition exhaustive...»*.

como la identificación del género, la integridad física y psíquica, la salud mental, el derecho a la imagen de la persona, el nombre y los apellidos de las personas físicas, la orientación sexual, la reputación, el honor, el derecho a la autonomía personal, la identidad étnica, los registros y los embargos, etc., son elementos importantes que forman parte de la esfera personal protegidos por el artículo 8³²⁶.

El artículo 8 CEDH protege también un derecho a la identidad y al desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el exterior, pudiendo incluir actividades de naturaleza profesional o de negocios³²⁷. Por lo tanto, existe una zona de interacción de la persona con los demás, incluso en un contexto público, que entra en el ámbito de la "vida privada". De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, la noción de vida privada no se restringe al ámbito íntimo o doméstico, sino que abarca determinados comportamientos realizados en lugares públicos, protegiéndose más allá del círculo privado de las personas también la dimensión social de éstas. Pero, uno de los elementos que tiene en cuenta el Tribunal para determinar cuándo existe vida privada- entre otros muchos-, son "las expectativas razonables" de la propia persona³²⁸. Es decir, hay situaciones que tienen lugar en espacios públicos pero no por ello dejan de pertenecer a la esfera o vida privada de las personas en cuestión.

El TEDH analiza los procesos relativos al conocimiento de los orígenes biológicos, los relativos al establecimiento o a la determinación de la paternidad así como a su impugnación, desde el punto de vista de la "vida privada" y no desde el prisma de la "vida familiar" (a pesar de que están directamente relacionados con la familia), porque considera que estos aspectos están

³²⁶ Vid. STEDH asunto *Odièvre c. Francia* (GS) sentencia de 13 de febrero de 2003, párrafo 29 : « *La Cour rappelle à cet égard que « l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur (...)* » », o la STEDH en el asunto *Dudgeon c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1981, párrafo 41.

³²⁷ Vid. STEDH asunto *Peck c. Reino Unido*, sentencia de 28 de enero de 2003, párrafo 57 y STEDH en el asunto *E.B. c. Francia* (GS) de 22 de enero de 2008, párrafo 43, entre otras muchas.

³²⁸ Vid. STEDH caso *P.G y J.H. c. Reino Unido*, sentencia de 25 de septiembre de 2001, apartado 57, «... *Puisqu'à certaines occasions les gens se livrent sciemment ou intentionnellement à des activités qui sont ou peuvent être enregistrées ou rapportées publiquement, ce qu'un individu est raisonnablement en droit d'attendre quant au respect de sa vie privée peut constituer un facteur significatif, quoique pas nécessairement décisif...* ».

relacionados con la identidad personal, de la que forma parte la identidad de los progenitores. Así lo establecieron los jueces europeos en los asuntos *Jäggi c. Suiza o Mikulic c. Croacia*, “*le droit de connaître son ascendance se trouve dans le champ d’application de la notion de «vie privée», qui englobe des aspects importants d’identité personnelle dont l’identité des géniteurs fait partie (...). Il apparaît d’ailleurs n’y avoir aucune raison de principe de considérer la notion de «vie privée» comme excluant l’établissement d’un lien juridique ou biologique entre un enfant né hors mariage et son géniteur*». O que «*La Cour a déjà déclaré que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d’être humain et que le droit d’un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité ...*»³²⁹. Aunque en muchas ocasiones la línea entre el derecho a la vida privada y la vida familiar es difícil de determinar, o una injerencia vulnera ambos derechos³³⁰, los elementos que forman parte de la vida privada - habitualmente- no suelen encontrarse en los asuntos en los que los menores son las víctimas. Por dicha razón, nos centraremos más en el concepto de vida familiar y en el contenido del mismo, sin dejar de lado los aspectos relativos a la filiación.

³²⁹ Apartado 25 del asunto *Jäggi c. Suiza* el primero y, párrafo 54 del asunto *Mikulic*, el segundo. Asimismo, en el asunto *A.M.M. c. Rumanía*, sentencia de 14 de febrero de 2012, en el párrafo 51, el Tribunal manifestó que los procesos relativos a la paternidad entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 8, cuando no se haya establecido vínculo alguno entre el progenitor y el hijo/a, entrará en el ámbito de la “vida privada”. Lo mismo sucedió en el asunto *Ebru y Tayfun Engin Çolak c. Turquía*, anteriormente citada, párrafo 84.

³³⁰ Como sucedió en la sentencia dictada por la Gran Sala, el 16 de julio de 2014, en el asunto *Hämäläinen c. Finlandia*, párrafo 61, «*Partant, l’article 8 de la Convention trouve à s’appliquer en l’espèce, tant en son volet “vie privée” qu’en son volet «vie familiale»*».

4.2. Noción de vida familiar: contenido y alcance

Al igual que sucede con el concepto de “vida privada”, el concepto de “vida familiar” constituye un concepto autónomo, bastante amplio, cuyo contenido se ha ido conformando “caso a caso”³³¹, con un significado específico en el ámbito del Consejo de Europa. Ante la indefinición y amplitud del término, son los jueces del TEDH los encargados de interpretarlo y de dotarlo de contenido. Pero, ¿qué método de interpretación ha seguido el Tribunal europeo en el concepto de “derecho a la vida familiar”?

Uno de los más reputados autores en la materia de la doctrina francesa³³², considera que el derecho al respeto de la vida privada y familiar es el ámbito privilegiado para realizar una interpretación “dinámica” y “constructiva” del Convenio, en lugar de la interpretación consensuada y evolutiva que defiende otra gran parte de la doctrina francesa. Según *Sudre*, el TEDH - único órgano de interpretación del CEDH, en virtud del art. 32 y del Preámbulo de dicho texto- realiza una interpretación dirigida a la efectividad de los derechos contenidos en el Convenio, a través de la ampliación del ámbito de aplicación del derecho en cuestión -por una parte- y de la extensión del contenido del derecho, por otra. Se trataría, por tanto, de garantizar a los derechos regulados en el texto convencional una verdadera efectividad. Pero, “en nombre de dicha efectividad, el concepto de “vida familiar” es remodelado por el juez europeo en un doble movimiento de ampliación y de disolución del concepto”³³³. Por su parte, la interpretación evolutiva y consensuada, tendría su base en las alusiones que el propio Tribunal hace en numerosas sentencias al hecho de que “el Convenio es un instrumento

³³¹ Vid. J.A. Pastor Ridruejo, “La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, UPV/EHU, 2007, pp. 240-276; F. Sudre, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, AA.VV. (Dir. F. Sudre), Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2002, pp. 11-54.

³³² Vid. F. Sudre, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l’homme », *JCP G*, 2008, I 335, n° 1365 y las sentencias en los asuntos *Marckx c. Bélgica*, párrafo 41 y *Tyrer*, de 25 de abril de 1978, párrafo 31.

³³³ Vid. F. Sudre, « Rapport introductif... », *loc. cit.*, p. 17.

vivo que se interpreta a la luz de las condiciones actuales”³³⁴, y en que dicha interpretación es evolutiva porque se basa en la evolución de los ordenamientos internos de los Estados parte. Según el citado autor, realmente, el Tribunal se apoya en contadas ocasiones en principios jurídicos comunes a los Estados parte (en muchas ocasiones, porque no los hay) y es, precisamente, esa falta de principios comunes lo que le permite al Tribunal determinar el contenido del concepto en cuestión.

A lo largo de estos sesenta años de jurisprudencia europea, parece que la “vida familiar” se ha “separado” de la “familia”, dado que actualmente entran dentro de su ámbito de aplicación diversos aspectos relacionados con dicho ámbito pero que, *a priori*, no están directamente relacionados con el núcleo familiar (por ejemplo, el medio ambiente³³⁵, la expulsión del territorio, el alojamiento, la detención, etc.).

En la mayoría de los asuntos resueltos por el Tribunal europeo, hemos podido constatar que el concepto de “vida familiar” ha sido interpretado en el sentido amplio de la palabra. El hecho de que no haya una definición clara del concepto en el Convenio, ha permitido a los jueces de dicho Tribunal realizar una interpretación extensa del término. El origen de la vida familiar estaría en una relación de hecho bilateral, que genera un vínculo constitutivo de dicha vida, al que se le unen otros elementos afectivos. La vida familiar lo formarían dos elementos: el vínculo de parentesco y la efectividad del vínculo personal. Aunque, como veremos más adelante, el Tribunal ha reconocido dicha vida familiar en supuestos en los que no existe uno de estos elementos en la relación. El texto originario del Convenio se refiere a “la familia”, pero según algunos autores³³⁶, la finalidad del texto del Convenio no es proteger la institución de la familia como tal (contrariamente a lo que hacen el art. 16.3 de la DUDH o el art.

³³⁴ Vid. Entre otras muchas, asunto *Cossey c. Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1990, párrafos 35 y 42.

³³⁵ Vid. STEDH asunto *López Ostra c. España*, sentencia de 9 de diciembre de 1994, serie A, nº 303.

³³⁶ Vid. F. Sudre, «Rapport introductif... », *loc. cit.*, pp.12-13.

23.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos), sino el “derecho individual de cada persona al respeto de su propia vida familiar”.

En otras palabras, el art. 8 CEDH garantizaría el derecho que cada persona tiene a vivir con su familia, sin que los poderes o autoridades públicos se inmiscuyan en ella y la invocación del mismo sólo podría hacerse cuando ya existiera una relación entre las personas que la conforman o que la pudieren conformar. El derecho al respeto de una “vida familiar” presupone la existencia de una familia y, desde el momento en que se reconoce la existencia de la misma por parte del Tribunal, sería aplicable el art. 8 CEDH. Siendo esto así, lo que dicho artículo no garantiza es el derecho a formar una familia ni el derecho a adoptar.

El derecho fundamental a formar una familia estaría protegido por el art. 12 del CEDH³³⁷, pero no cualquier tipo de familia sino únicamente la formada a través del matrimonio, por un hombre y una mujer. Sin embargo, en el primer asunto en el que el TEDH tuvo que pronunciarse a propósito del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, en el asunto *Shalk y Kopf c. Austria*³³⁸, el TEDH estableció que, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el derecho a contraer matrimonio regulado en el artículo 12 CEDH no debe limitarse al matrimonio entre personas de diferente sexo. Sin embargo, la autorización o la prohibición del matrimonio homosexual se rige por las leyes nacionales de los Estados contratantes.

³³⁷ El art. 12 del CEDH regula el derecho a contraer matrimonio, de la siguiente manera “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia, según las leyes nacionales que rijan este derecho”. Vid. M. Enrich Mas, «Article 12 », *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, AA.VV. (Dir. Louis-Edmond Pettiti, F. Decaux, Pierre-Henri Imbert), Paris, Economica, 1999, pp. 437-454; P. Van Dijk, « The right to marry and to found a family (article 12)”, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 2006, pp. 841-862.

³³⁸ Sentencia de 24 de junio de 2010, apartado 61. “Dès lors, prenant en compte l’article 9 de la Charte, la Cour ne considère plus que le droit de se marier consacré par l’article 12 de la Convention doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé. C’est pourquoi on ne saurait dire que l’article 12 ne s’applique pas au grief des requérants. Néanmoins, en l’état actuel des choses, l’autorisation ou l’interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des Etats contractant ».

En anteriores sentencias relativas al derecho a contraer matrimonio³³⁹ el Tribunal hizo una interpretación literal de la letra del artículo, acotando este derecho únicamente a los hombres y mujeres (entre sí). Las sentencias dictadas en los asuntos *Johnston y otros c. Irlanda, Sheffield y Horsham c. Reino Unido*, fueron muy contundentes³⁴⁰. En una de las más recientes sentencias relativas al matrimonio entre homosexuales, el asunto *Olliari y otros c. Italia*, sentencia de 21 de julio de 2015, el TEDH mantiene que el artículo 12 CEDH no obliga a los Estados contratantes a facilitar el acceso a los matrimonios de personas del mismo sexo³⁴¹.

Con respecto a la adopción, el Tribunal ha sido muy firme ante los supuestos de solicitudes de adopciones denegadas a personas o parejas homosexuales. Por ejemplo, en los asuntos *Fretté c. Francia*, sentencia de 26 de febrero de 2002 y *E.B. c. Francia*, de 22 de enero de 2008³⁴², las autoridades francesas denegaron a los demandantes (ambos eran homosexuales), la aprobación administrativa o la idoneidad para la adopción (aunque no llegó a materializarse, en ambos casos la preferencia de los solicitantes era la adopción internacional). En los dos supuestos el Tribunal reiteró que el derecho de adoptar no está protegido por el artículo 8³⁴³. Una de las primeras resoluciones en las que

³³⁹ Asunto *Hämäläinen c. Finlandia* (GS), sentencia de 16 de julio de 2014, párrafo 96, « *La Cour rappelle que l'article 12 de la Convention constitue la lex specialis pour le droit au mariage. Il garantit le droit fondamental pour un homme et une femme de se marier et de fonder une famille. Il prévoit expressément que le mariage est réglementé par le droit national. Il consacre le concept traditionnel du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme (Rees, précité, § 49). S'il est vrai qu'un certain nombre d'États membres ont ouvert le mariage aux partenaires de même sexe, l'article 12 ne saurait être compris comme imposant pareille obligation aux États contractants (Schalk et Kopf, précité, § 63) ».*

³⁴⁰ Vid. Asunto *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*, sentencia de 30 de julio de 1998, apartado 66; y asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, sentencia de 24 de junio de 2010, apartado 49, que dice: « *D'après la jurisprudence constante de la Cour, par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Son exercice entraîne des conséquences d'ordre personnel, social et juridique. Il « obéit aux lois nationales des États contractants », mais les limitations en résultant ne doivent pas restreindre ou réduire le droit en cause d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même ».*

³⁴¹ Apartado 191, « *The Court notes that in Schalk and Kopf the Court found under Article 12 that it would no longer consider that the right to marry must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. (...) Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage* ».

³⁴² Vid. J.P. Marguénaud, « *Le droit des homosexuels de pouvoir adopter trouve sa limite caricaturale dans l'intérêt des enfants* », *RTD Civ.* 2002, p.389; A. Gouttenoire y F. Sudre, comentario, *JCP G* 2002, II, n° 10074 y con respecto al asunto *E. B. c. Francia*, comentario de A. Gouttenoire y F. Sudre, *JCP G* 2008, II, n° 10071.

³⁴³ Vid. Párrafo 32 de la STEDH *Fretté c. Francia* y párrafo 41 de la STEDH *E.B. c. Francia*.

se realizó esta afirmación fue en 1975, en el asunto *X. c. Bélgica y Países Bajos*, decisión de 10 de julio. En aquella ocasión, la Comisión declaró la inadmisión de la demanda, por entender que la demanda del derecho de adopción era incompatible *ratione materiae* con el CEDH (no entraba dentro del ámbito material del art. 8 ni del art. 12). Afirmó que «*La Commission observe que le droit d'adopter ne figure pas, en tant que tel, au nombre des droits garantis par la Convention*»³⁴⁴. El “derecho a la vida familiar” no protege el simple deseo de formar una familia, especialmente a través de la adopción³⁴⁵.

4.2.1. Elementos constitutivos de la vida familiar

4.2.1.1. - La relación de parentesco como base de la vida familiar

De conformidad con el Tribunal, la “vida familiar” se basa en un cúmulo de relaciones físicas, jurídicas y afectivas, así como en responsabilidades económicas y sociales. En principio, la familia se fundamenta en vínculos biológicos y físicos, convivencia y procreación, que el Estado reconoce³⁴⁶. Con carácter general, la naturaleza de la relación entre los progenitores del menor no influye en el reconocimiento del parentesco que une a cada uno de los progenitores con su hijo/a. El Tribunal ha admitido que existe vida familiar entre un progenitor y su hijo/a adulterino/a³⁴⁷, de la misma manera que el carácter poligámico del matrimonio no constituye un obstáculo para el reconocimiento de la vida familiar entre el esposo polígamo y sus hijos/as³⁴⁸.

³⁴⁴ Párrafo 2 de la Decisión. En el mismo sentido se pronunció en el asunto *Di Lazzaro c. Italia*, decisión de 10 de julio de 1997. En aquella ocasión fue la Comisión la que estableció que «*La Commission rappelle que le droit d'adopter ne figure pas, en tant que tel, au nombre des droits garantis par la Convention et que l'article 8 (art.8) de la Convention n'oblige pas les Etats à accorder à une personne le statut d'adoptant ou d'adopté*». En este asunto no constaba que la demandante fuera una persona homosexual, sino una únicamente una mujer soltera que deseaba adoptar.

³⁴⁵ Vid. Entre otras, STEDH asunto *Moretti y Benedetti c. Italia*, párrafo 47; STEDH asunto *E.B. c. Francia* (GS), sentencia de 22 de enero de 2008, párrafo 41 y STEDH *Marckx c. Bélgica*, párrafo 31.

³⁴⁶ Sentencia *Marckx* antes citada, apartado 41.

³⁴⁷ STEDH *Kroon y otros c. Países Bajos*, sentencia de 27 de octubre 1994; *JCP G 1995*, I, 3823, obs. F. Sudre.

³⁴⁸ Vid. *A. y A. c. Países Bajos*, decisión de 6 de enero de 1992.

El vínculo de parentesco constitutivo de la “vida familiar”- según el TEDH- se encuentra entre un/a menor nacido/a de una relación fuera del matrimonio y su progenitor/a, desde el momento del nacimiento del hijo/a³⁴⁹; entre los progenitores de acogida y el/la menor acogido/a³⁵⁰. La filiación adoptiva³⁵¹ también es un vínculo constitutivo de la vida familiar, entre el adoptante y el adoptando, desde el momento en que la adopción está legalmente constituida, aunque no haya relación efectiva ni afectiva entre los padres y los hijos adoptivos, siempre y cuando dicha falta de relación no sea imputable a los adoptantes sino a las autoridades estatales, tal y como reconoció el TEDH en el asunto *Pini y Bertani y otros c. Rumanía*³⁵². El Tribunal tampoco exige que el vínculo de parentesco esté reconocido jurídicamente para otorgarle la protección, tal y como sucedió en los asuntos *Lebbink c. Países Bajos*³⁵³, *Görgülü c. Alemania*, sentencia de 26 de febrero de 2004³⁵⁴ o en el asunto *X c. Francia*, decisión de 5 de octubre de 1982. De la misma manera, ha sido reconocida la existencia de vida familiar en supuestos de relaciones entre parientes, véase entre nietos y sus abuelos³⁵⁵, entre esposos³⁵⁶ o entre tíos y sobrinos³⁵⁷.

³⁴⁹ Vid. Asunto *Johnston y otros c. Irlanda*.

³⁵⁰ Como en el asunto *Moretti y Benedetti c. Italia*.

³⁵¹ Vid. J.L. Iriarte, “La filiación adoptiva”, AA.VV. (Dir. Calvo Caravaca, A.-L., Carrascosa, J.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Comares, 1998, pp. 169-186.

³⁵² STEDH de 22 de junio de 2004. En este asunto se acumularon las demandas de los Sres. *Pini y Bertani* a la de los Sres. *Manera y Atripaldi* contra Rumanía, porque ambos matrimonios querían adoptar unas niñas rumanas.

³⁵³ Sentencia de 1 de junio de 2004. En este asunto, a pesar de que el padre no había reconocido a su hija, el TEDH estimó que la presencia del padre en el momento del nacimiento de la niña y las sucesivas visitas que durante dieciséis meses había realizado a la misma en casa de su madre (con la que nunca convivió), eran suficientes para considerar existente una vida familiar efectiva.

³⁵⁴ Ambos asuntos se distinguen en virtud de la efectividad de la relación entre los padres e hijos, existente en el primer supuesto y no en el segundo. Vid. P. Murat, *Droit de la famille*, 2004, comentario nº 48.

³⁵⁵ Por ejemplo, en el asunto *Pla y Puncernau c. Andorra*, sentencia de 13 de julio de 2004.

³⁵⁶ Asunto *Beldjoudi c. Francia*, de 26 de marzo de 1992, serie A, nº 234-A. En este caso, el demandante estaba casado y no tenía hijos, hecho que no fue relevante a la hora de estimar la existencia de “vida familiar” entre los cónyuges.

³⁵⁷ En el asunto *Negrepointis-Giannisis c. Grecia*, de 3 de mayo de 2011. En este caso, el TEDH estableció en el párrafo 56 de la sentencia que: « *La Cour ne voit aucune raison de ne pas admettre la réalité d'une vie familiale entre le requérant et son père adoptif et qui a entraîné des conséquences dans la vie du requérant lui-même et de sa famille* ». Se trataba de una adopción entre adultos, en la que el tío adoptó al sobrino, mayor de edad.

Podemos afirmar, por tanto, que la “vida familiar” no se limita a las relaciones establecidas únicamente dentro del matrimonio³⁵⁸, sino que también abarca aquéllas que se desarrollan en una convivencia análoga a la matrimonial³⁵⁹, en las que existen otros vínculos familiares *de facto*. Este requisito de la convivencia es necesario – aunque no absolutamente imprescindible³⁶⁰ – para que se constituya la “vida familiar” y, excepcionalmente, otros factores también pueden servir para demostrar que una relación tiene la suficiente constancia como para crear *de facto* “vínculos familiares”³⁶¹.

Por otra parte, el hecho de que los hijos/as puedan convivir y/o mantener relaciones estables con ambos progenitores, es un aspecto incluido en el “derecho a la vida familiar”³⁶², por lo que, en los supuestos en los que se produce una sustracción internacional de menores³⁶³, tanto al menor como al progenitor privado de su compañía, se les vulnera su derecho al respeto de la vida privada y familiar. Lo mismo se puede decir de los asuntos en los que se ha denegado un derecho de custodia o de visita con respecto a hijos comunes³⁶⁴ o de aquéllos en los que las parejas, por el hecho de ser homosexuales, no pueden acceder a la

³⁵⁸ Vid. A. Bucher, “La famille en droit international privé”, *RCADI*, 2000, t. 283, The Hague, Martinus Nijhoff, p. 82.

³⁵⁹ Vid. STEDH asunto *Keegan c. Irlanda*, sentencia de 26 de mayo de 1994, párrafos 44-45; asunto *Hokkanen c. Finlandia*, sentencia de 23 de septiembre de 2004; asunto *Chavdarov c. Bulgaria*, sentencia de 21 de diciembre de 2011, párrafo 40; asunto *Yousef c. Países Bajos*, sentencia de 5 de noviembre de 2002 y el asunto *Anayo c. Alemania*, sentencia de 21 de diciembre de 2010.

³⁶⁰ En el asunto *Kroon y otros c. Países Bajos*, sentencia de 27 de octubre de 1994, en el asunto *Berrehab c. Países Bajos*, sentencia de 21 de junio de 1988 o en el asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, sentencia de 28 de marzo de 1985, el Tribunal admitió que existía vida familiar entre un progenitor y su hijo, a pesar de que no habían convivido nunca, en el primer caso; y, entre unos cónyuges que residían en países diferentes, por causas ajenas a su voluntad, en el segundo supuesto. Vid. S. Perrin, “Établissement de la filiation par le sang au regard de la jurisprudence de la CEDH”, *AJ Famille*, 2012, p. 23; Douris, M. “L’adoption, palliatif à la non-contestation de la filiation biologique”, *AJ Famille*, 2011, p. 108; I. Arriaga Iraburu, *El Derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Pamplona, Eunsa, 2003, pp. 88-91.

³⁶¹ Vid. A. Bucher, *L’Enfant en droit international privé*, Genève, Paris, Helbing & Lichtenhahn-L.G.D.J., 2003, p. 6.

³⁶² « La Cour constate d’emblée que, pour Mme Maumousseau et sa fille Charlotte, continuer à vivre ensemble est un élément fondamental qui relève à l’évidence de leur vie familiale au sens de l’article 8 de la Convention... », párrafo 93 de la Sentencia *Maumousseau y Washington c. Francia*, sentencia de 6 de diciembre de 2007, CEDH 2007-XIII.

³⁶³ Entre otras muchas sentencias del TEDH, el asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, sentencia (GS) de 6 de julio de 2010, CEDH 2010-...; asunto *Koons c. Italia*, sentencia de 30 de septiembre de 2008; asunto *Karoussiotis c. Portugal*, sentencia de 1 de febrero de 2011; *Maire c. Portugal*, sentencia de 26 de junio de 2003, CEDH-2003-VII.

³⁶⁴ STEDH asunto *Veljkov c. Serbia*, sentencia de 19 de abril de 2011; STEDH, asunto *Monory c. Rumanía y Hungría*, sentencia de 5 de abril de 2005.

adopción co-parental³⁶⁵. El nombre, como medio de identificación personal y de vínculo familiar, también constituye un elemento de la vida privada y familiar³⁶⁶.

Una vez considerada como “unidad familiar” la relación existente entre los progenitores, el Tribunal ha considerado que el nacimiento de un/a niño/a de dicha relación, se integra de “pleno derecho” en la misma, desde el mismo momento de su nacimiento³⁶⁷. Pero también ha establecido, por ejemplo, en los asuntos *L. c. Países Bajos*³⁶⁸, *Nylund c. Finlandia*, decisión de 29 de junio de 1999 o *M.B. y G.B. c. Reino Unido*, decisión de 29 de junio de 1999, que el simple parentesco biológico, desprovisto de otros elementos fácticos o jurídicos que indiquen la existencia de una relación personal estrecha, no es suficiente para beneficiarse de la protección del artículo 8 CEDH. Serán tenidos en cuenta otros aspectos fácticos, como el tipo de relación existente entre los padres naturales, así como el interés y el apego puesto de manifiesto por el padre natural hacia el/ la hijo/a antes y después del nacimiento.

Sin embargo, tal y como mencionábamos al inicio de este apartado, en determinadas ocasiones el Tribunal ha reconocido este derecho al respeto de la vida familiar incluso sin que hubiese vínculo de parentesco alguno entre los demandantes. Así, en el conocido asunto *X. Y. y Z. c. Reino Unido*³⁶⁹, el TEDH reconoció la existencia de dicha vida familiar entre un transexual (mujer-hombre), su pareja (mujer) y la hija de ésta, nacida por inseminación artificial con donante masculino anónimo. En esta ocasión el parentesco fue sustituido por la apariencia de paternidad, dado que el transexual se comportaba a todos los

³⁶⁵ STEDH, asunto *X. y otros c. Austria*, sentencia de 19 de febrero de 2013.

³⁶⁶ STEDH, asunto *Znamenskaya c. Rusia*, sentencia de 2 de junio 2005, párrafo 23.

³⁶⁷ Vid. *Keegan v. Ireland*, apartado 44; *L. c. Países Bajos*, apartado 35; y *Znamenskaya c. Russia*, sentencia de 2 de junio de 2005, apartado 26.

³⁶⁸ Sentencia de 1 de junio de 1994, párrafo 37.

³⁶⁹ STEDH de la Gran Sala, de 22 de abril de 1997. En el párrafo 3, el Tribunal reconoce la existencia de dicha vida familiar, « ...*Hormis le fait que X a été déclaré de sexe féminin à la naissance et ne peut donc légalement épouser Y ou se faire enregistrer comme le père de Z, les requérants vivent d'une manière qui ne se distingue en rien de la "vie familiale" dans son acception traditionnelle* ». Vid. A. Gouttenoire, “Le droit au respect de...”, *loc. cit.*, p. 377; M. Levinet, “Couple et vie familiale”, AA.VV. (Dir. F. Sudre), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2002, pp. 143-145.

efectos como si fuera el padre de la menor³⁷⁰. Pero lo que no hizo la Gran Sala, ante la falta de consenso entre los Estados miembros en este aspecto, fue establecer la obligación positiva -con respecto al Estado miembro demandado- de tener que reconocer legalmente la paternidad de un señor que biológicamente no lo era.

En este ámbito debemos destacar la relevante sentencia *Marckx c. Bélgica*³⁷¹, porque marcó un antes y un después en lo que al concepto moderno o actual de vida familiar se refiere, ya que el TEDH estableció un nuevo concepto de “familia”³⁷².

El Tribunal determinó que, « ...En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 (art.8) présuppose l'existence d'une famille. (...) l'article 8 ne distingue pas entre famille “légitime” et famille “naturelle”. (...) L'article 8

³⁷⁰ Vid. Párrafos 36 y 37 de la sentencia: “36. *La Cour rappelle que le concept de "vie familiale" visé par l'article 8 (art. 8) ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage mais peut englober d'autres relations de facto (voir les arrêts Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A no 31, p. 14, par. 31, Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, série A no 290, p. 17, par. 44, et Kroon et autres c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A no 297-C, pp. 55-56, par. 30). Pour déterminer si une relation s'analyse en une "vie familiale", il peut se révéler utile de tenir compte d'un certain nombre d'éléments, comme le fait de savoir si les membres du couple vivent ensemble et depuis combien de temps, et s'ils ont eu des enfants ensemble, de manière naturelle ou autre, preuve de leur engagement l'un envers l'autre. 37. En l'espèce, la Cour constate que X est un transsexuel ayant subi une intervention chirurgicale de conversion sexuelle. Il vit avec Y depuis 1979, assumant aux yeux de tous le rôle de partenaire masculin. Le couple a demandé, et obtenu, un traitement IAD devant permettre à Y de concevoir un enfant. X a soutenu Y pendant cette période et se comporte à tous égards comme "le père" de Z depuis la naissance de celle-ci (paragraphes 14-16 ci-dessus). Dans ces conditions, la Cour estime que des liens familiaux de facto unissent les trois requérants. Il s'ensuit que l'article 8 (art. 8) trouve à s'appliquer ».*

³⁷¹ Alexandra *Marckx* era una periodista soltera que tuvo una hija, Paula, sin padre conocido. La madre reconoció a la hija en el registro civil de una ciudad belga (*Wilrijk*) y ante el juez de paz del primer cantón de Amberes, constituyéndose a partir de entonces en tutora de su hija. Posteriormente, la adoptó. Todo ello, no fue un capricho de la Sra. *Marckx*, sino una obligación establecida por la legislación belga civil en los casos de “hijos naturales”, para que dichos a menores les fuera reconocido el status de “hijos/as de” y, en consecuencia, pudieran disfrutar de los correspondientes derechos. La queja que planteó Alexandra en su nombre y en el de su hija, la basó en que las disposiciones del Código civil belga relativas al establecimiento de la filiación materna “natural”, las relativas a los efectos de dicho establecimiento (con respecto a la extensión al ámbito familiar) y los derechos sucesorios -tanto de la hija como de la madre-, eran discriminatorias. Asimismo, denunciaba la necesidad de adoptar a su propia hija para que ésta pudiera ver incrementados sus derechos. Los/as hijos/as “naturales”, una vez reconocidos/as por sus madres, solo establecían vínculos jurídicos con ésta, no con la familia de ésta. En materia sucesoria, los derechos de estos menores eran inferiores a los de los menores “legítimos”. En el caso de las sucesiones *ab intestato*, no se les consideraba “herederos”, sino “sucesores irregulares”. A partir de esta sentencia, Bélgica reformó su legislación en esta materia, en marzo de 1987.

³⁷² Serie A, n° 31. Vid. Informe de la Comisión de 10 de diciembre de 1977, serie B n° 29, párr. 69. Vid. A. Gouttenoire, « Le droit au respect de la vie familiale. La notion de vie familiale », *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, AA.VV. (Dir. D. Truchet), Paris, Thémis-PUF, 2003, n° 42, pp. 370- 380 ; Pelloux, *Annuaire français de droit international*, 1980, p. 317 ; P. Rolland *Journal de droit international*, 1982, p. 183.

(art.8) vaut donc pour la “vie familiale” de la famille « naturelle » comme de la famille « légitime»». (párrafo 31).

Es decir, el concepto de “vida familiar” no hacía distinciones entre las familias legalmente formadas y las familias de hecho o naturales, por lo que, *a sensu contrario*, las incluía³⁷³. Pero en este asunto, la familia de hecho estaba formada únicamente por la madre y la hija, es decir, se trataba de una familia mono-parental. A partir de entonces y siguiendo lo establecido por el Comité de Ministros del Consejo de Europa³⁷⁴, que también consideró que este tipo de relaciones constituían una familia, el Tribunal reconoció dicha forma de familia y se les reconocieron tanto el “derecho al respeto de su vida privada y familiar”³⁷⁵ como derechos sucesorios³⁷⁶, por estar estos últimos íntimamente vinculados a la vida familiar. Por otra parte, fue la primera vez que el Tribunal concretó el sentido y el alcance del término “respeto de la vida privada y familiar”³⁷⁷, así como el hecho de que la filiación materna debía ser establecida siguiendo el principio latino *mater semper certa est*. También estableció que el “respeto” de dicho derecho por parte de los Estados miembros (en este caso, de Bélgica), se garantizaría con la existencia en derecho interno de una protección jurídica que permitiera, desde el momento del nacimiento de los mismos, la integración del/de la menor en su familia. Correspondería a los Estado elegir cómo realizar dicha protección jurídica pero en cualquier caso, una legislación que no cumpliera con dicha obligación, vulneraría el apartado 1 del art. 8 y no habría lugar a examinar dicha vulneración desde el punto de vista del apartado 2 (párrafo 31).

³⁷³ Vid. M. Melchior, « Rapport sur la jurisprudence relative à l’article 8 de la Convention », Jornadas: Jurisprudencia Europea en materia de Derechos Humanos. Ihardunaldiak: Giza Eskubideei buruzko europear jurisprudentzia, Eusko Jaurlaritz/Gobierno Vasco, 1990, p. 211.

³⁷⁴ En la Resolución (70) de 15 de mayo de 1970, relativa a la protección social de la madres solteras y de sus hijos, párrafos I-10 y II-5.

³⁷⁵ Esta sentencia se sigue invocando, ante dicho Tribunal, en supuestos similares. Como ejemplo, la STEDH en el asunto *Kusçuoglu c. Turquía*, de 3 de noviembre de 2011, párrafo 93 : « *La requérante, se référant en premier lieu à l’arrêt Marckx c. Belgique, soutient que la relation entre une mère célibataire et son enfant relève de la vie familiale au sens de l’article 8 de la Convention* ».

³⁷⁶ Vid. Párrafo 51.

³⁷⁷ Vid. Párrafo 30 de la sentencia « *La Cour se trouve amenée en l’espèce à préciser le sens et la portée des mots « respect de (la) vie privée et familiale* », *ce dont elle n’a guère eu l’occasion jusqu’ici...* ».

Por otra parte, dicha sentencia contó con numerosos votos particulares u opiniones disidentes³⁷⁸, hecho que demostró que lo resuelto por el TEDH no fue - ni mucho menos- unánime. Entre todos ellos, consideramos de especial interés la controvertida opinión disidente del Juez *Sir Gerald Fitzmaurice*³⁷⁹, que manifestó lo siguiente: “...Que es todo esto y no la regulación interna, nacional de las relaciones familiares el objeto del artículo 8; y era para evitar esos horrores, esos tormentos y esas vejaciones por lo que “la vida privada y familiar (...) el domicilio y (...) la correspondencia” tenían que ser respetadas, y el individuo investido de su correspondiente derecho – y no para regular el estado civil de los menores de edad...”.

Cuando se refiere a “que todo esto y no...” está haciendo referencia a “...que el ambiente en el que fue elaborado el Convenio, el principal si no el único fin, el único ámbito de aplicación establecido por el artículo 8 era lo que yo denominaría la “protección domiciliar” del individuo. Éste y su familia no tenían que estar expuestos nunca más al siniestro toc-toc de las cuatro de la mañana en la puerta, a las intrusiones domésticas, a los registros e interrogatorios, a los controles, a los retrasos y a las confiscaciones de la correspondencia, a la instalación de aparatos de escucha (chivatos), a las restricciones del uso de la radio y de la televisión, a la escucha o a la desconexión del teléfono, a las medidas privativas como los cortes de electricidad o de agua, a las atrocidades como el hecho de obligar a los niños a contar las actividades de sus padres, y a

³⁷⁸ Se dictaron las siguientes Opiniones Disidentes: Opinión disidente común a los Jueces *Balladore Pallieri, Pedersen, Ganshof van der Meersch, Evrigenis, Pinheiro Farinha* y García Enterría; Opinión, en parte disidente, de M. *O'Donoghe*; Opinión, en parte disidente, de *M.Thor Villhjálmsson*; Opinión disidente de *Sir Gerald Fitzmaurice*; Opinión en parte disidente, de Mme. *Bindschedler-Robert*; Opinión, en parte disidente, de M. *Matscher*; Opinión en parte disidente, de M. *Pinheiro Farinha*.

³⁷⁹ Destacamos las principales cuestiones de dicha opinión disidente: A) El juez consideró que las demandantes no podían considerarse “víctimas” en el sentido del art. 25 (actual art. 34), porque no hubo una vulneración directa y efectiva de un derecho de las mismas sino una teórica e hipotética vulneración, que nunca tuvo lugar. B) estableció que la cuestión clave era la aplicabilidad o no del artículo 8 a la queja planteada y estimó que el asunto que se dilucidaba en aquel proceso no pertenecía a la categoría de “vida familiar” sino a la de la “filiación” y, en consecuencia, a la del estado de las personas. Considerando que esta última categoría jurídica no entraba dentro del ámbito de aplicación del artículo 8, el asunto que les ocupaba, tampoco³⁷⁹. Aunque el Sr. *Fitzmaurice* aceptaba que las cuestiones de filiación pueden tener tanto un aspecto privado o familiar como público, consideró que carecían del vínculo necesario o esencial con la vida privada como tal. C) Manifestó que considerar que un Estado contratante o las autoridades del mismo son culpables de la vulneración del CEDH por el solo hecho de la existencia de una ley que podría vulnerar alguna disposición del mismo (según dicho Juez, no lo hacía), constituía un error de aplicación del CEDH.

veces, la obligación a los esposos de testificar el uno contra el otro, en fin, a toda una gama de prácticas inquisitoriales fascistas y comunistas, prácticas como las que no se conocían casi, por lo menos en Europa occidental, desde las épocas de intolerancia religiosa y de opresión hasta su reaparición (la ideología reemplazando a la religión) en numerosos países entre las dos guerras mundiales...”.

Posteriormente -en el año 1986- y a través del “gran clásico” del TEDH que fue el asunto *Johnston y otros c. Irlanda*³⁸⁰, el Tribunal destacó unos principios derivados de la jurisprudencia dictada hasta ese momento en relación al art. 8³⁸¹, que podríamos resumir en :

- a) Al garantizar el derecho al respeto de la vida familiar, el artículo 8 presupone la existencia de una familia.
- b) Esto es válido tanto para “la vida familiar” de la familia “natural” como de la familia “legítima”.
- c) Aunque este artículo tiene fundamentalmente como finalidad el proteger a las personas frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede crear, además, obligaciones positivas inherentes a un “respeto” efectivo de la vida familiar. La noción de “respeto” carece -sin embargo- de claridad, sobre todo cuando se cuestionan dichas obligaciones; sus requisitos varían mucho de un caso a otro, teniendo en cuenta la diversidad de las prácticas que se han llevado a cabo y de las condiciones existentes en los Estados contratantes.

³⁸⁰ STEDH de 18 de diciembre de 1986. Vid. J.P. Marguénaud, “La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme », *Le droit de la famille à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme*, AA.VV. (Dir. Krenc, Puéchavy), Bruxelles, Nemesi, Bruylant, 2008, p. 18.

³⁸¹ « 55. De la jurisprudence de la Cour sur l’article 8 (art. 8) ressortent notamment les principes que voici: a) En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l’article 8 (art. 8) présuppose l’existence d’une famille (arrêt *Marckx précité*, série A no 31, p. 14, § 31). b) Il vaut pour la “vie familiale” de la famille “naturelle” comme de la famille “légitime” (ibidem). c) S’il tend pour l’essentiel à prémunir l’individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives inhérentes à un “respect” effectif de la vie familiale. La notion de “respect” manque cependant de netteté, surtout quand de telles obligations se trouvent en cause; ses exigences varient beaucoup d’un cas à l’autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les États contractants. Partant, il s’agit d’un domaine dans lequel ils jouissent d’une large marge d’appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d’assurer l’observation de la Convention (arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* du 28 mai 1985, série A no 94, p. 33-34, § 67)».

La relevancia de este asunto radica en el momento en que fueron planteadas las principales cuestiones del caso. Se trataba de un señor (el Sr. *Roy Johnston*) que había contraído matrimonio, en su día, con una señora (la Sra. *Johnston*), con la cual había tenido tres hijos. Años más tarde, aunque seguían conviviendo en el mismo domicilio, tanto uno como otra rehicieron sus vidas con otras personas, pero sin divorciarse, porque legalmente no podían hacerlo. El Sr. *Johnston* tuvo otra hija (*Nesse*) con su nueva pareja y convivían los tres como una familia.

El ordenamiento irlandés no reconocía el derecho al divorcio, el derecho a volver a contraer matrimonio ni las familias o las parejas extramatrimoniales. Reconocía a la madre todas las responsabilidades familiares y el padre, por el contrario, podía intervenir cuando se trataba del cuidado de la niña o para ejercer el derecho de visita. En la actualidad, la situación ha variado radicalmente, pero en aquel momento, la importancia del planteamiento ante el TEDH era grande.

Las principales cuestiones del asunto eran, por una parte, si el *veto* constitucional en materia de divorcio existente en el momento de los hechos en Irlanda³⁸² era o no contrario a los derechos fundamentales regulados en el CEDH³⁸³; por otra parte, si del art. 12³⁸⁴ del CEDH se podía deducir o no un “derecho al divorcio” y, en tercer lugar, si el estatus jurídico de la menor -nacida fuera del matrimonio- en Derecho irlandés vulneraba o no su derecho a la vida familiar³⁸⁵. El TEDH consideró, con bastante contundencia, que del artículo 12 no podía deducirse un derecho al divorcio, porque lo que dicho artículo garantizaba era el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia -entre un hombre y una mujer- y no a disolverlo. Tampoco consideró que Irlanda tuviera obligación de adoptar medidas que permitieran el divorcio (párrafo 57) y contraer nuevamente matrimonio (tal y como solicitaban los demandantes), ni medidas

³⁸² Situación que se prolongó hasta 1997, fecha a partir de la cual entró en vigor el divorcio.

³⁸³ *Vid.* M. Melchior, « Rapport sur la jurisprudence... », *loc. cit.*, p. 212.

³⁸⁴ El art. 12 del CEDH regula el derecho a contraer matrimonio, de la siguiente manera “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia, según las leyes nacionales que rijan este derecho”.

³⁸⁵ El análisis de dichas cuestiones, las realizó por separado, estableciendo claramente la situación de los progenitores por un lado y la de la hija en común, por otro.

que equipararan el status entre las familias “matrimoniales” y las familias “de hecho” (párrafo 68). Por el contrario, estimó que entre el padre biológico (oficialmente casado con otra mujer), la madre biológica de la hija y esta última, existía “vida familiar” y que, en este caso, el hecho de que el ordenamiento irlandés no estableciera un régimen adecuado a la situación extramatrimonial de la hija vulneraba el respeto a la vida familiar tanto de la hija como de los padres (párrafo 75).

Los supuestos de hijos/as nacidos/as fuera del matrimonio planteados ante el Tribunal, han sido numerosos y la casuística, variada. Pero en todos ellos, los jueces europeos han establecido que, una vez establecido el vínculo familiar con los menores, los Estados deben actuar para permitir que ese vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica a los menores para favorecer su integración en la familia³⁸⁶. Este último aspecto significa situar a dichos menores nacidos fuera del matrimonio, en una situación análoga – jurídica y socialmente- a la de los hijos/as nacidos/as dentro del matrimonio³⁸⁷. El asunto *Kroon y otros c. Países Bajos*, es muy representativo del razonamiento que ha ido desarrollando el TEDH con respecto a la noción o el concepto de “vida familiar”³⁸⁸ en asuntos relativos a menores nacidos fuera del matrimonio.

En esta ocasión, se trataba del establecimiento de la filiación de un menor con respecto a su padre biológico, dado que legalmente se había establecido que el padre del menor era el marido de su madre³⁸⁹. En este asunto, el hecho de que

³⁸⁶ Sirva como ejemplo, entre todos ellos, el párrafo 65 del asunto *Rozanski c. Polonia*, sentencia de 18 de mayo de 2006, “*The Court reiterates that where the existence of a family tie with a child has been established, the State must act in a manner calculated to enable that tie to be developed and legal safeguards must be created that render possible, as from the moment of birth, the child’s integration into his or her family*”.

³⁸⁷ Vid. Entre otros, los asuntos *Marckx c. Bélgica*, *Johnston y otros c. Irlanda*, *Kroon y otros c. Países Bajos*; y V. Coussirat-Coustère, « *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme* », *Annuaire Français de Droit International*, 1987, pp. 252-254 ; A. Gouttenoire, « Les droits et obligations découlant de la vie familiale », AA.VV., (Dir. J.J. Lemouland, M. Luby), *Le droit à une vie familiale*, Paris, Dalloz, 2007, p. 81.

³⁸⁸ Vid. P. Murat, “Filiation et vie familiale”, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, AA.VV. (Dir. F. Sudre), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 163.

³⁸⁹ Los hechos origen de esta demanda son, brevemente, los siguientes: la Sra. *Kroon*, nacional holandesa, contrajo matrimonio en 1979 con el marroquí Sr. Omar *M’Hallem-Driss*. En 1980 el matrimonio se rompió y los cónyuges dejaron de vivir juntos, sin que ninguno de ellos interpusiera la

la Sra. Kroon y el Sr. Zerrouk hubiesen tenido otros tres hijos en común (además de Samir) fue suficiente para considerar que, a pesar de la falta de convivencia entre ellos y los menores, la relación establecida entre todos ellos entraba dentro del concepto de “vida familiar”,³⁹⁰.

En este caso, el vínculo familiar de facto era incuestionable. Asimismo, el Tribunal entendió que, independientemente de la contribución que hiciera el Sr. Zerrouk a la guarda y a la educación de su hijo Samir, el vínculo existente entre ambos tenía que ser analizado (y así lo hizo), desde el punto de vista de la “vida familiar” (apartado 30). Asimismo, consideró que el padre no tenía por qué contraer matrimonio con la madre del niño para poder establecer el vínculo jurídico con el menor (apartado 38). Sin embargo, en este asunto en el que se planteó la paternidad con respecto al menor, sorprende la falta de referencia en todo el texto de la sentencia al “interés superior del menor” afectado por dicha determinación (el interés de Samir). El TEDH consideró el derecho al respeto de la vida familiar de los tres demandantes (de los cuales, uno de ellos era el niño), sin hacer referencia alguna al derecho a la vida familiar del menor. En la ponderación de intereses necesaria en estos supuestos en los que los Estados miembros tienen un amplio margen de apreciación, el TEDH no hizo referencia alguna al interés superior del menor, porque los intereses que primaron fueron los del padre biológico y los de la madre. Probablemente, el “interés superior del menor” en este caso fuera el ser reconocido por el que realmente era su padre y no seguir manteniendo una filiación irreal, a la par que ausente por parte del “padre legal”, pero desconocemos la opinión al respecto del TEDH porque “pasó

demanda de separación, hasta 1987. En dicho año nació Samir, fruto de una relación extramatrimonial de la Sra. Kroon con el Sr. Zerrouk y la Sra. Kroon interpuso la demanda de separación (el marido no compareció y desde entonces está en paradero desconocido). El niño fue inscrito en el registro civil como hijo de la Sra. Kroon y el Sr. M'Halleme-Driss, por lo que el menor lleva los apellidos del marido de su madre (que no era su padre biológico). Un año después del nacimiento del niño, la Sra. Kroon y el Sr. Zerrouk solicitaron al registro civil que permitiera a la Sra. Kroon hacer una declaración ante el mismo, en la pudiera hacer constar que el Sr. M'Halleme-Driss no era el padre biológico del menor y a fin de que fuera posible que el Sr. Zerrouk reconociera a su hijo como tal. Dicha petición fue denegada porque en el momento del nacimiento del menor, la Sra. Kroon seguía casada con su marido y porque la única persona legitimada en Derecho holandés para impugnar la paternidad de un menor nacido de una mujer casada, era su propio marido (que estaba desaparecido).

³⁹⁰ Vid. A. Catalá i Bas, “Comentario introductorio a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de octubre de 1994 (Caso *Kroon y otros contra Países Bajos*)”, *Revista General de Derecho*, n° 632, 1997, p. 5363.

de puntillas” sobre dicho aspecto³⁹¹. Por el contrario, en el asunto *Rozanski c. Polonia*³⁹², el TEDH declaró que el vínculo biológico existente entre el demandante y el niño era suficiente para que dicha relación entrara dentro del ámbito de aplicación del art. 8.1 CEDH³⁹³, pero también tuvo en cuenta que el padre demostró interés en el hijo, tanto antes como después de su nacimiento (párrafo 64). Por otra parte, consideró que las autoridades polacas, al denegar al demandante cualquier procedimiento para establecer su paternidad, amparándose en que ya estaba determinada con respecto a la nueva pareja de la madre de su hijo, constituía una vulneración del derecho al respeto de la vida familiar del Sr. Rozanski.

El asunto *Anayo c. Alemania*, de 21 de diciembre de 2010³⁹⁴, en el que también se trataba de una relación entre los hijos nacidos de una relación extramatrimonial y su padre, planteó, a su vez, la determinación de los supuestos en los que un padre biológico - no el padre legal- tendría el derecho de visita con respecto a sus hijos. Para resolverla, el TEDH citó el estudio legal comparativo realizado en este tema por dicho Tribunal en 23 Estados miembros del Consejo de Europa³⁹⁵. En caso de que al padre biológico le fuera reconocida tal condición,

³⁹¹ Vid. P. Hilt, « L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *AJ Famille*, 2004, p. 384.

³⁹² STEDH de 18 de mayo de 2006.

³⁹³ Vid. Párrafo 63 “*The Court first recalls that it has already found in the decision of the admissibility of the present case that in the present case the applicant's link with the child had a sufficient basis in fact to bring the alleged relationship within the scope of family life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention*”.

³⁹⁴ El Sr. Anayo, nacional nigeriano, tuvo una relación extramatrimonial con la ciudadana alemana Sra. B. (que, a su vez, estaba casada con el alemán Sr. B. y con el que tenía tres hijos). La relación duró unos dos años y -a los cuatro meses de su finalización- la Sra. B. dio a luz a unos gemelos. La mujer siguió casada con el Sr. B., - que se convirtió en el padre legal de los niños-, a pesar de que el padre biológico de los mismos era el Sr. Anayo. Éste solicitó antes y después del nacimiento de los niños, que le permitieran tener contacto con ellos. En un primer momento, los tribunales de instancia alemanes, concedieron dicho derecho de visita al Sr. Anayo, al entender que ello era en interés de los niños³⁹⁴. Posteriormente, el Tribunal de apelación denegó al demandante dicho derecho, por considerar que el Sr. Anayo no tenía derecho a demandar la paternidad ni a que le fue reconocida. Y que en esas circunstancias, era irrelevante que el contacto entre ambas partes fuera en interés de los menores. Por el contrario, el TEDH consideró que esta falta de consideración por parte de las autoridades alemanas con respecto a que el contacto entre el padre y los hijos pudiera ser en interés de estos últimos, constituía una injerencia “innecesaria en una sociedad democrática” y, en consecuencia, vulneraba el art. 8 CEDH.

³⁹⁵ Vid. Párrafos 32 a 40 de la sentencia. Entre los mismos, hay diferentes formas de considerar al padre biológico respecto de sus hijos, cuando existe otro padre legalmente establecido. Así, en países como Francia, Irlanda, España, Portugal, Rusia y Reino Unido- entre otros-, cuando un/a niño/ nace de una mujer que vive con su marido, legalmente existe la presunción de que el neonato es hijo/a del marido.

tendría derecho de visita como cualquier progenitor no custodio, por el interés superior del menor o de los menores³⁹⁶. En esta ocasión, el Tribunal reiteró que “...the notion of “family life” under article 8 of the Convention is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto “family” ties where the parties are living together out of wedlock. A child born out of such a relationship is ipso jure part of that “family” unit from the moment, and by the very fact, of the birth”, (párrafo 55).

4.2.1.2. - Efectividad del vínculo

En muchas ocasiones, el mero hecho del vínculo biológico no es suficiente para constituir la vida familiar. El Tribunal así lo ha considerado en numerosos asuntos en los que ha exigido, además, que dicho vínculo fuera realmente efectivo. Este requisito implica que la relación existente entre las personas debe reflejar una realidad afectiva y no un simple vínculo³⁹⁷. Y esa realidad afectiva se traduce, habitualmente, en la convivencia entre los miembros de la “célula familiar”. La efectividad de la vida familiar fue requisito necesario para que el Tribunal considerara que existía vida familiar en los supuestos de padres biológicos que no habían reconocido a sus propios hijos (asuntos *Lebbink* y *Görgülü*). En el caso de las relaciones entre padres e hijos adultos, es necesaria la existencia de otros vínculos de dependencia, además de los afectivos³⁹⁸.

Pero, a pesar de esta regla general, el TEDH – en el asunto *Kroon*– sorprendió con la afirmación de que –excepcionalmente y, a pesar de no existir convivencia entre los miembros de la “relación familiar”–, si existen elementos suficientes para demostrar la constancia de la misma, ésta podrá ser considerada

No obstante, el padre biológico puede solicitar su derecho de visita si impugna previamente la presunción de paternidad establecida, dentro del plazo establecido al efecto

³⁹⁶ Vid. Párrafo 33.

³⁹⁷ Vid. A. Gouttenoire, « Le droit au respect de la vie familiale », AA.VV. (Dir. Truchet), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2003, p. 373.

³⁹⁸ Como puso de manifiesto el TEDH en el asunto *Kwakyie-Nti y Dufie c. Países Bajos*, decisión de 7 de noviembre de 2000.

constitutiva de una “relación familiar”³⁹⁹. Realmente, el Tribunal se ha mostrado en ocasiones bastante flexible con el requisito de la efectividad, porque ha reconocido – como sucedió en el asunto *Keegan c. Irlanda*⁴⁰⁰ - la existencia de “vida familiar” entre un padre y un hijo al que el primero sólo vio en el hospital, cuando nació. Los jueces europeos dedujeron la existencia de vida familiar entre el progenitor y el hijo y entre el padre y la madre, aunque no siguieran juntos en el momento del nacimiento del menor. Desde el momento en que ha existido vida familiar entre los progenitores, la existencia de la misma no se cuestiona por el mero hecho de la separación de los padres.

Por otra parte, en el asunto *Söderbäck c. Suecia*, sentencia de 28 de octubre de 1998, el TEDH hizo prevalecer la efectividad de los vínculos familiares que unían a la hija con su padre adoptivo (la niña fue adoptada cuando tenía 8 meses), sobre los vínculos biológicos existentes entre la misma hija y su padre biológico. Consideró que las autoridades nacionales habían tenido en cuenta los intereses contrapuestos en el asunto (el interés superior de la hija, el interés del padre biológico, que apenas había tenido relación con ella y el del padre adoptivo) y que establecieron un justo equilibrio entre dichos intereses, teniendo muy presente el interés superior de la menor⁴⁰¹.

³⁹⁹ Apartado 30: «*La notion de “vie familiale” visée para l’article 8, ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d’autres « liens familiaux » de facto lorsque les personnes cohabitent en dehors du mariage. Bien qu’en règle générale une cohabitation puisse constituer une condition d’une telle relation, exceptionnellement d’autres facteurs peuvent aussi servir à démontrer qu’une relation a suffisamment de constance pour créer des « liens familiaux » de facto (...) ».*

⁴⁰⁰ Sentencia de 26 de mayo de 1994.

⁴⁰¹ Recueil 1998-VII, Párrafos 33 y 34: 33 «*(...) Pour prendre sa décision, le tribunal de district avait pris en compte non seulement l’enquête menée par le conseil social mais aussi les témoignages en audience du requérant et du père adoptif (arrêt Keegan précité, pp. 20–21, § 55), de sorte qu’il était mieux placé que les juges européens pour établir un juste équilibre entre les intérêts contradictoires en présence. La cour d’appel et la Cour suprême confirmèrent ensuite son jugement (paragraphe 14–15 ci-dessus). 34. Dans ces conditions, et eu égard à la manière dont les juridictions internes ont apprécié l’intérêt supérieur de l’enfant, ainsi qu’au caractère limité des liens existant entre M. et le requérant pendant la période considérée, la Cour est convaincue que la décision n’a pas outrepassé la marge d’appréciation. Etant donné les buts recherchés par la décision d’autoriser l’adoption, on ne saurait dire que les conséquences néfastes de cette mesure sur les relations unissant le requérant et l’enfant étaient disproportionnées*». Vid. F. Sudre, *JCP G*, 1998, I, p. 105.

4.3. Derechos y obligaciones derivados de la vida familiar

Del derecho al respeto de la vida familiar derivan unos derechos y unas obligaciones, tanto en relación a los Estados miembros del CEDH como con respecto a las personas privadas. Los Estados miembros tienen unas obligaciones con respecto a las personas que ostentan el citado derecho; por una parte, la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para reconocer el vínculo constitutivo de la familia y, la obligación de mantenerlo, por otra; asimismo, se establece la obligación negativa de no realizar injerencias por parte de las autoridades de los Estados contratantes en dicho derecho.

Con respecto a los menores y a sus familias, desde el momento en que se reconoce jurídicamente la vinculación del menor a una familia -que, en principio es la suya, pero no siempre es así- se generan unos derechos a favor de los miembros de la familia y se activan los mecanismos de protección con respecto a dicho menor. Dicha protección se realizará -por parte de las autoridades de los Estados miembros-, a través de las obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de dicho derecho y que favorezcan:

- La reunión de los miembros de la familia, cuando se produzca una separación de los progenitores; cuando el menor haya sido separado de sus progenitores e internado en un centro de acogida; o cuando se cometa una sustracción internacional de menores.
- La integración del/de la niño/a en la familia: para que dicha integración sea efectiva, el menor deberá tener posibilidades de establecer su filiación y facilidades para conocer sus orígenes biológicos.
- La protección procesal, a fin de que las partes puedan beneficiarse de los medios de defensa a su alcance en el procedimiento en cuestión.

Por otra parte, la protección también se llevará a cabo a través de la condena realizada por el TEDH de las injerencias de los Estados miembros y, finalmente, protegiendo el derecho de padres e hijos/as a no sufrir discriminación alguna con respecto al establecimiento de la filiación, con respecto a los derechos

patrimoniales y en relación a los derechos extra-patrimoniales. Analicemos a continuación y, más detalladamente, la aplicación práctica de los citados mecanismos de protección de los menores.

4.3.1. - El derecho a la integración del menor en su familia

Una de las obligaciones positivas que recae sobre los Estados miembros, es la de la integración del menor en su familia. Los Estados tienen como obligación facilitar la integración del menor en su familia de origen y, para ello, en sus ordenamientos jurídicos internos deben existir cauces procesales y administrativos que permitan el conocimiento de su familia de origen y la determinación de su filiación. En los supuestos en los que un/a niño/a nace en un entorno estable (dentro del matrimonio o dentro de una pareja de hecho estable), dicha integración es fácil de realizar porque es automática. Los problemas surgen cuando los menores desconocen quién o quiénes son sus padres/madres biológicos, porque los han abandonado nada más nacer o porque los menores carecen de documentación que acredite jurídicamente cuál es su filiación y cuál es el vínculo con sus progenitores y familiares. Éstas y otras situaciones pueden afectar y afectan, por una parte, al derecho a la vida familiar tanto del menor como de su familia biológica y, por otra, puede exponer a los menores a graves violaciones de derechos humanos, como son el tráfico y/o la venta de niños/as.

En este ámbito, debemos distinguir entre la búsqueda de los orígenes biológicos realizada por un hijo/a y la reclamación o impugnación de la paternidad, solicitada por parte del padre. Tanto hijos/as como padres o madres, se hallan amparados en su demanda por el artículo 8 del CEDH.

a) Derecho a conocer sus orígenes y al establecimiento de su filiación

El TEDH ha considerado que la búsqueda de la identidad personal, de las circunstancias del nacimiento o de los orígenes biológicos a través de la identidad de los progenitores, constituyen aspectos relativos a la “vida privada” y no de la vida familiar. El artículo 8 protege el derecho a la identidad y al desarrollo personal, así como el derecho a establecer y a desarrollar relaciones con el mundo exterior y con el prójimo, y la determinación de la filiación quedaría enmarcada en este ámbito “privado”⁴⁰². Uno de los primeros y relevantes casos en la materia fue el asunto *Gaskin c. Reino Unido*,⁴⁰³ en el que la Comisión de Derechos Humanos estableció que “el respeto de la vida privada exige que cada persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano y que en principio, las autoridades no le impidan conseguir información relevante, sin justificación alguna”; y el TEDH - por su parte- estableció que, “*aux yeux de la Cour, les personnes se trouvant dans la situation du requérant ont un intérêt primordial, protégé par la Convention, à recevoir les renseignements qu’il leur faut pour connaître et comprendre leur enfance et leurs années de formation*” (párrafo 49).

En el asunto *Mikulic c. Croacia*, el Tribunal reconoció el derecho de una hija a conocer cuestiones relativas a su filiación paterna. Por el contrario, en el asunto *Odièvre c. Francia*, los jueces europeos manifestaron que concurrían varios intereses privados y públicos difícilmente conciliables; por una parte, el de la madre biológica que eligió mantener en secreto su identidad a la hora de tener a su hija y al abandonarla; por otra, el de la hija que, transcurridos los años, desea conocer quién era realmente su madre. También concurría el interés privado de los padres adoptivos y de la familia extensa de los mismos, que integraron en su

⁴⁰² Vid. STEDH asunto *Odièvre c. Francia*, GS, sentencia de 13 de febrero de 2003, párrafo 29; *Mikulic c. Croacia*, sentencia de 7 de febrero de 2002 o asunto *Bensaid c. Reino Unido*, sentencia de 6 de febrero de 2001.

⁴⁰³ STEDH, sentencia de 7 de julio de 1989. En este caso, el demandante, Sr. *Gaskin* pasó gran parte de su vida en centros de acogida de menores, tras el fallecimiento de su madre y con el consentimiento de su padre, al que no conocía. Su demanda iba dirigida a tener acceso a su expediente, en el que constaban todos los detalles de su origen, infancia y adolescencia y que las autoridades británicas le denegaban. El Tribunal consideró que tenía derecho a acceder a su expediente personal y que las autoridades estatales no le habían garantizado dicho derecho.

propia familia a la demandante. Y, por último, el interés público del Estado francés de proteger la salud de la madre y del bebé durante el embarazo y el parto y el de evitar abortos clandestinos o abandonos « salvajes ». La Gran Sala en esta ocasión fue más « benévola » con el Estado francés y no estimó vulnerado el artículo 8, a pesar de que la demandante no podía tener acceso a conocer datos relativos a su madre biológica. Para ello, hizo una distinción entre el asunto *Odièvre* y los otros dos asuntos anteriormente citados (*Gaskin* y *Mikulic*), argumentando que no es lo mismo solicitar el acceso al expediente personal de un menor que ha estado acogido en centros públicos o la búsqueda de pruebas de una paternidad alegada, que demandar datos relativos a la madre biológica que abandonó voluntariamente a su bebé y que solicitó expresamente hacerlo bajo el conocido « *accouchement sous x* » o parto anónimo francés⁴⁰⁴, por parte de una persona que ya tiene establecida una filiación adoptiva.

En el ámbito de la filiación, tras la sentencia *Marckx c. Bélgica* anteriormente comentada, el Tribunal aplicó el principio de igualdad de los/as hijos/as en la determinación de la misma, pero con algunos matices, según se tratase de la filiación materna o paterna. En el primer supuesto, el principio *mater semper certa est* se aplicaría directamente⁴⁰⁵, con la mera constatación o declaración de nacimiento. Pero en el supuesto de la filiación paterna, lo que

⁴⁰⁴ El parto anónimo o « *accouchement sous x* », es una antigua tradición francesa de abandono de menores « organizada ». Existe en dicho país desde la época de Vicente de Paul (en el año 1638), que fue el que introdujo el sistema del torno habitualmente colocado en la pared de un orfanato o de un convento. La madre depositaba al bebé y tocaba una campana. Desde el interior del edificio en cuestión, alguien hacía girar el torno y recogía al bebé. La finalidad de dicha práctica era evitar los abortos o los infanticidios. La toma en consideración de este modo de abandono fue obra de la Revolución francesa, hasta que en 1904 fue suprimido. Posteriormente, el gobierno de Vichy lo volvió a recuperar, adaptándolo a la época, de manera que las mujeres que decidían abandonar a sus bebés lo pudieran hacer en un centro hospitalario, con todas las garantías sanitarias y asistenciales. A partir del año 1993, fecha en la que fue modificado el Código civil en materia de familia, el parto anónimo tiene incidencia en el Estado francés en la determinación de la filiación. En España, el parto anónimo no está permitido, porque la madre que ha dado a luz a un/a niño/a siempre debe constar en el certificado de nacimiento del menor. Sin embargo, tras la reforma de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, efectuada por la Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (*B.O.E.* núm. 167, de 14 de julio de 2015), las madres que - por motivos fundados- decidieran renunciar a los derechos y obligaciones derivados de dicha filiación podrían hacerlo, en cuyo caso, la filiación materna será de acceso restringido (art. 44).

⁴⁰⁵ En este aspecto, debemos mencionar que este adagio latino parece tener los “días contados” con la irrupción de las “gestaciones por sustitución”, en las que la madre gestante y que da a luz al bebé puede no ser la madre biológica del feto porque, a su vez, ésta puede ser una donante anónima que tampoco será finalmente la madre “legal”. Este interesante y delicado tema será objeto de un análisis más detallado en el tercer capítulo de la tesis.

estableció el Tribunal fue la posición similar en la que se encontrarían tanto los/as hijos/as naturales como los/as hijos/as matrimoniales, a efectos de su determinación.

Los padres biológicos también tienen el derecho –regulado por el art. 8 CEDH, según ha establecido en numerosas ocasiones el Tribunal- de reclamar la paternidad con respecto a uno o varios niños o de impugnarla, en caso de que consideren ser los padres de los mismos. Y, los Estados miembros por su parte, tienen la obligación positiva de establecer procedimientos legales adecuados para que los demandantes en cuestión puedan hacer valer su derecho. Pero la realidad difiere de la teoría y han sido numerosos los asuntos en los que determinados Estados miembros han sido condenados por carecer de dichos procedimientos⁴⁰⁶.

El asunto *Paulik c. Eslovaquia*,⁴⁰⁷ es un claro ejemplo de ello. Los tribunales eslovacos determinaron -tras numerosas pruebas, entre las que se encontraba un test sanguíneo- que el demandante era el padre de una niña nacida de una relación fugaz y lo condenaron a abonar alimentos a la misma. A pesar de dicha resolución y del abono de los alimentos, el Sr. Paulik no pudo tener contacto alguno con la niña porque la madre de ésta se oponía. La niña no tuvo conocimiento de la existencia del demandante hasta que tuvo su primer documento de identidad y, posteriormente, padre e hija empezaron a tener contacto. Tras una pelea entre padre e hija por motivos económicos, la hija solicitó una prueba de paternidad del Sr. Paulik, que se realizó a través de un test de ADN (al que también se sometieron otros familiares). El resultado de dicho test fue que el Sr. Paulik no era el padre biológico de la supuesta hija. A partir de entonces, ésta rompió todo tipo de relación con el primero y el padre solicitó a las autoridades eslovacas que reconocieran su nueva situación (cosa que no hicieron).

⁴⁰⁶ Por ejemplo, en el asunto *Jäggi c. Suiza*, sentencia de 13 de julio de 2006, el Tribunal fue más allá y condenó al Estado suizo por denegar la exhumación del cadáver del presunto padre, según el demandante, para realizar la prueba del ADN y de esta manera poder determinar su filiación.

⁴⁰⁷ STEDH de 10 de octubre de 2006.

Ante el TEDH, el demandante solicitó impugnar la declaración de paternidad efectuada por el tribunal interno, basándose en evidencias biológicas, porque dicha declaración incorrecta afectaba a su vida privada y familiar. El Tribunal consideró que los hechos entraban en el ámbito de la “vida privada” (al igual que sucedió en el asunto *Mizzi c. Malta*⁴⁰⁸) y que, efectivamente, el ordenamiento interno eslovaco no establecía mecanismos legales para que el demandante hubiese podido impugnar dicha paternidad. Asimismo, estimó que las autoridades internas no habían ponderado correctamente los intereses en juego (el interés general y el interés del demandante), ya que la hija putativa tenía -en el momento de la interposición de la demanda- casi cuarenta años y no era una menor digna de protección por dicho sistema. En consecuencia, el Estado eslovaco fue condenado por vulneración del artículo 8.

Otro supuesto en el que el padre biológico planteó una demanda de impugnación de paternidad fue el asunto *Chavdarov c. Bulgaria*⁴⁰⁹. El Sr. *Chavdarov* tuvo tres hijos/as nacidos durante una relación extramatrimonial (la mujer estaba casada con otro hombre). La filiación de los menores fue determinada con respecto al marido de la madre (por la presunción existente en Derecho búlgaro a favor del marido). Una vez separado el matrimonio, el padre biológico se hizo cargo de los menores e impugnó la filiación de los mismos. Las autoridades búlgaras le denegaron dicha posibilidad, argumentando que no estaba legitimado para impugnar la presunción de paternidad (sólo lo estaban el marido y la mujer). Sin embargo, el TEDH reconoció al padre biológico el derecho al respeto de su vida familiar, por considerar que – a pesar de la falta de reconocimiento de dicha filiación- la relación existente entre él y sus hijos era objeto de protección del art. 8 CEDH.

⁴⁰⁸ STEDH de 12 de enero de 2006.

⁴⁰⁹ STEDH, de 21 de diciembre de 2010.

4.3.2. - Derechos y obligaciones ligados al mantenimiento del vínculo familiar

Los jueces europeos han considerado en numerosas ocasiones que, entre padres/madres e hijos/as, el disfrute de la mutua compañía constituía un elemento fundamental de la vida familiar, por lo que, cualquier medida pública que impidiera dicha compañía o la obstaculizara, injustificadamente, constituiría una injerencia en dicho derecho. El derecho al respeto de la vida familiar no finaliza una vez establecido o determinado el vínculo que la constituye, sino que su mantenimiento también forma parte de dicho derecho y cualquier medida adoptada por las autoridades de un Estado impidiendo – sin justificación alguna– dicho derecho, constituiría una vulneración del mismo. Por otra parte, en orden a garantizar este derecho, recae sobre los Estados miembros del CEDH la obligación positiva de que sus autoridades públicas adopten todas las medidas necesarias para ello. Pero dicha obligación no es absoluta. Las autoridades nacionales deben tener en cuenta los intereses y los derechos y libertades de las personas afectadas por el asunto en cuestión, los de la sociedad y, sobre todo, deben tener en cuenta el interés superior del menor. Cuando el contacto entre los progenitores y los menores puede afectar a dichos intereses, las autoridades deben establecer un justo equilibrio entre los mismos, en base al margen de apreciación del que gozan. Por otro lado, cuando la separación entre el progenitor en cuestión y el menor ha durado un tiempo considerable (por los impedimentos del otro progenitor o por cualquier otra razón), puede que el reencuentro no pueda tener lugar inmediatamente, debiéndose adoptar una serie de medidas que requieren su tiempo. Para que dicho encuentro sea posible, será asimismo indispensable que todas las personas y autoridades implicadas cooperen, en interés de los menores⁴¹⁰. En estos supuestos, la capacidad de las autoridades

⁴¹⁰ Vid. *Bove c. Italia*, sentencia de 30 de junio de 2005.

para adoptar medidas coercitivas que favorezcan el reencuentro, también es limitada⁴¹¹.

A partir de los años ochenta, el TEDH tuvo que resolver una serie de asuntos⁴¹² en los que se planteaban las relaciones entre padres e hijos/as en supuestos en los que estos últimos habían sido separados de sus padres e internados en centros de acogida, porque aquéllos no podían o no querían atenderlos; u otros asuntos en los que tenía que resolver cuestiones derivadas de las restricciones a los derechos de visita de los progenitores o de los familiares. Además, "el hecho de que las autoridades públicas se hagan cargo de un menor, no pone fin a las relaciones familiares naturales (...)"⁴¹³. Este principio ha sido igualmente aplicado por el Tribunal en supuestos de separaciones judiciales o de hecho de los progenitores, en sustracciones internacionales de menores o en supuestos relativos a expulsiones de extranjeros del territorio donde residen sus hijos/as o en prohibiciones de entrada en el territorio donde viven, etc.

⁴¹¹ Vid. Entre otros, STEDH asunto *Reigado Ramos c. Portugal*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 53 y asunto *Patera c República Checa*, sentencia de 26 de abril de 2002.

⁴¹² El Tribunal conoció, entre otros muchos, de los siguientes asuntos: *Olsson c. Suecia* (nº 1), sentencia de 24 de marzo de 1988; *asunto O. H. W. B y R. c. Reino Unido*, sentencia de 8 de julio de 1987; *T.P. y K.M. c. Reino Unido*, sentencia de 10 de mayo de 2001; *Bronda c. Italia*, sentencia de 9 de junio de 1998; *Johansen c. Noruega* (nº1), sentencia de 27 de junio de 1996; *Eriksson c. Suecia*, sentencia de 22 de junio de 1989; *Margaretta y Roger Andersson c. Suecia*, sentencia de 25 de febrero de 1992; *Giubergia c. Italia*, decisión de 5 de marzo de 1990; *K. A. c. Finlandia*, sentencia de 14 de abril de 2003.

⁴¹³ Vid. Asunto *Scozzari y Giunta c. Italia*, sentencia de 13 de 2000, párrafo 169 y asunto *Eriksson c. Suecia*, apartado 58; asunto *Johansen c. Noruega* (nº 1), apartado 52; asunto *Olsson c. Suecia* (nº 1), apartado 59; asunto *Margarita y Roger Andersson c. Suecia*, apartado 72; asunto *Bronda c. Italia*, apartado 51 y asunto *Gnahoré c. Francia*, sentencia de 19 de septiembre de 2000, apartado 50.

4.3.2.1. - Separación del menor de sus progenitores por parte de las autoridades públicas

a) Interdicción de la separación del hijo de sus progenitores

Los menores deben permanecer y crecer en su núcleo familiar de origen, salvo que existan razones muy determinantes para optar por separarlos de dicho entorno. El art. 9.1 CDN⁴¹⁴ prevé esta situación, así como el “derecho” del menor a ser separado de sus padres⁴¹⁵ cuando la incapacidad de cuidado de los menores por parte de los progenitores no deje otra alternativa. Cuando dicha separación sea absolutamente necesaria, deberá serlo únicamente en “interés superior del menor” y- según el TEDH- porque su familia sea “especialmente indigna” o nociva para el bienestar del menor.

En estos casos y, en la medida de lo posible, se buscará ubicar al niño bajo el cuidado de su familia extensa o ampliada. Sólo en caso de que la familia extensa tampoco estuviera en condiciones de hacerse cargo del/de la niño/a, no quisiera hacerlo, o fuera contrario a los intereses del menor, se procederá a ubicar al/a la niño/a bajo el cuidado y la guarda de una familia de acogida o de una institución pública. En los supuestos en que sea la familia extendida la que asuma el cuidado del menor, puede solicitarse que, desde los servicios sociales pertinentes, se preste un apoyo directo a los miembros de la familia que se hacen cargo del menor, a fin de garantizar que el nuevo entorno estará en condiciones de proporcionar al/ a la niño/a la protección y el cuidado que éste/a requiere. Asimismo, las decisiones que se adopten en relación a la separación temporal de un menor de sus progenitores, deben ser a resultas de un procedimiento en el que se observen todas las garantías aplicables a la afectación de un derecho.

⁴¹⁴ Art. 9.1 CDN: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

⁴¹⁵ Vid. M. Salanova “¿Derecho del menor a ser separado de sus padres?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 14/2001, BIB 2001/1260.

Al tratarse de una medida excepcional, los Estados no pueden, en principio, permitir la separación de los mismos más que de manera temporal, y su suspensión deberá acordarse en cuanto las circunstancias lo permitan⁴¹⁶. Asimismo, deberá ser una medida justificada y proporcional al fin legítimo perseguido por el Estado. Si así fuera, la agresión a la vida familiar podría, de esta manera, eludir la calificación de “violación” y, por consiguiente la condena por parte del Tribunal.

Asimismo, el carácter temporal de la medida obliga a la realización de un control periódico, para constatar si la medida adoptada sigue siendo necesaria o si debe ser modificada. Antes de adoptarla, las autoridades de los Estados contratantes deben realizar todos los esfuerzos posibles por apoyar y asistir a la familia en el adecuado cuidado y protección de dicho menor. El control ejercido sobre la necesidad del acogimiento o de la separación de los menores del entorno familiar, también puede llevar al propio Tribunal a condenar a los Estados miembros por el hecho de no haberlos sacado de dicho entorno, cuando éste sea especialmente pernicioso para la integridad de los menores. Así sucedió en el dramático asunto *Z. y otros c. Reino Unido*, en el que las autoridades británicas tardaron más de cuatro años en sacar a cuatro hermanos del “infierno” familiar en el que vivían, maltratados por su padre.

En el asunto *Scozzari y Giunta c. Italia*, cuyos graves hechos tuvieron como principales y directas víctimas a unos menores, el Tribunal manifestó que “la desintegración de la familia constituye una injerencia muy grave”⁴¹⁷; por eso,

⁴¹⁶ Vid. Rouillard, M. « Condamnation de l’Espagne pour restrictions injustifiées aux droits de la requérante à vivre avec son enfant », *AJ Famille*, 2013, p. 500.

⁴¹⁷ Sentencia de la Gran Sala de 13 de julio de 2000, párrafo 148. Los hechos, brevemente, son los siguientes: la primera demandante y madre de los niños, conoció en Bélgica al padre de los mismos en prisión, estando éste condenado a cadena perpetua (posteriormente conmutada a veintisiete años de prisión) por tentativa de asesinato y por robo con violencia. A esto se le unían los numerosos antecedentes penales por otros robos, violación de menor de catorce años, etc. Tuvieron al primer hijo en común y en 1993, ambos progenitores junto con el menor, se trasladaron a Italia. El padre tenía que haber regresado a la prisión, pero no lo hizo, por lo que desde entonces se halla en paradero desconocido y en busca y captura. En 1994 nació el segundo hijo, pero las relaciones entre los progenitores habían comenzado a deteriorarse. De hecho, la mujer interpuso una demanda por malos tratos contra su marido. Entre tanto, un trabajador social que atendía a familias con dificultades, se ofreció para atender específicamente al hijo mayor del matrimonio pero, ante la mención por parte del menor de que dicha persona le hacía participar en “juegos particulares”, los padres interpusieron una denuncia contra dicho asistente social. Tras la

dicha medida “tiene que estar basada en consideraciones inspiradas en el interés superior del menor y teniendo suficiente peso y solidez”. En estos supuestos -más que nunca- habrá que “tener en cuenta el justo equilibrio que hay que establecer entre los intereses concurrentes de la persona y los de la sociedad en su conjunto”⁴¹⁸, porque el margen de apreciación del que gozan los Estados, también es importante. En opinión del Juez de dicha Sala, el Sr. *Zupanzic*⁴¹⁹, “el carácter excesivamente grave de tal injerencia en la vida familiar sólo puede ser proporcionada si el modo de guarda de sustitución impuesto por el Estado es *intachable*”. Continuó diciendo que “(...) el presente asunto muestra claramente que el Estado tiene que poner en la balanza la decisión inicial de realizar una injerencia en la vida familiar de las personas afectadas y las responsabilidades de *parens patriae* futuras que asume con dicha decisión”. Uno de los principales intereses de este asunto fue poner el acento en las obligaciones positivas que recaen sobre las autoridades judiciales en materia de patria potestad y de acogimiento/internamiento de menores⁴²⁰.

b) Mantenimiento de los vínculos familiares

En caso de que dicha separación se haya producido, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para reunir a los progenitores con sus hijos/as. Desde el asunto *Olsson c. Suecia (nº 1)*⁴²¹ - asunto

investigación abierta por la policía, quedó demostrado que el trabajador social en cuestión era el jefe de una red de pedofilia y que había abusado de varios menores. Por tales hechos fue condenado. Pero la grave situación de los menores no mejoró, porque a partir de septiembre de 1997 fueron trasladados al centro de menores “*Il Forteto*”. Dos responsables del mismo fueron condenados en su día por malos tratos y abusos a los menores acogidos en dicho centro.

⁴¹⁸ Vid. Asunto *Hokkanen c. Finlandia*, sentencia de 23 de septiembre de 1994, apartado 55; y asunto *R.M.S. c. España*, sentencia de 18 de junio de 2013, párrafo 71, « *La Cour tient compte du fait que l'éclatement d'une famille constitue une mesure très grave qui doit reposer sur des considérations inspirées par l'intérêt de l'enfant et avoir assez de poids et de solidité (...). La décision de prise en charge d'un enfant doit en principe être considérée comme une mesure temporaire, à suspendre dès que les circonstances s'y prêtent, et tout acte d'exécution doit concorder avec un but ultime: unir à nouveau le parent par le sang et l'enfant* »

⁴¹⁹ Vid. Opinión concordante.

⁴²⁰ Vid. Sudre, F. *JCP (La Semaine Juridique)*, 2001 I, 291.

⁴²¹ Los hechos sucedieron en una familia compuesta de un matrimonio, con cierto grado de retraso mental, y sus tres hijos, Stefan, Helena y Thomas. Recibían apoyo familiar de una terapeuta y un equipo psiquiátrico, aunque los padres parecían poner trabas para cooperar con los servicios sociales. Asimismo,

de referencia en materia de protección de los menores por parte de las autoridades públicas, cuando los progenitores carecen de las capacidades y de los medios para hacerlo-, el Tribunal estableció la obligación positiva del Estado de facilitar la reunión de la familia⁴²². Sin la existencia de estas reuniones, el derecho al respeto de la vida familiar sería puramente teórico. En el anteriormente citado asunto *Scozzari y Guinta c. Italia*, el TEDH⁴²³ otorgó una importancia relevante a la insuficiencia de las medidas de preparación de encuentros entre progenitores e hijos/as⁴²⁴ y por ello condenó al Estado demandado.

También el asunto *Gnahoré c. Francia*⁴²⁵ fue muy duro para el padre -al que le retiraron la guarda y custodia de los tres hijos y le restringieron gravemente el derecho de visita con respecto a uno de ellos- y para los hijos, que fueron internados en centros y en familias de acogida, por unos presuntos malos tratos. A pesar de la dureza de las medidas adoptadas y de que finalmente la denuncia por los supuestos malos tratos fue sobreseída, el Tribunal no fue tan

la relación de pareja se mostró difícil, llegando a separarse durante varios meses en dos ocasiones. A todo ello hubo que sumarle el retraso mental que manifestó el hijo mayor, Stefan. Ante la situación familiar, el Consejo social del distrito número 6 de Göteborg resolvió poner a los hijos bajo supervisión administrativa ante la incapacidad de los padres para cuidarles y velar por ellos. Finalmente, esa situación derivó en la decisión del Consejo de hacerse cargo de los menores fundamentado en que el desarrollo de éstos estaba amenazado, a pesar de las medidas preventivas y la asistencia familiar. Tras análisis psicológicos realizados a los niños se recomendó la asunción de la tutela por la Administración, hecho que se consumó debido sobre todo a la situación del hijo mayor, Stefan, que presentaba un gran retraso en su desarrollo, los padres no le atendían, no procuraban su seguimiento en la escuela especial a la que asistía y no le proporcionaban elementos básicos para su salud, ya que sólo lo alimentaban con *sandwiches* y aunque miope, no llevaba gafas. Asimismo, el desarrollo de los otros niños era también muy lento y no contaban con los estímulos suficientes para facilitárselo. Los padres en desacuerdo con la resolución del Consejo recurrieron ante los Tribunales, los cuales en las diversas instancias recurridas, confirmaron la resolución del Consejo basándose en el interés del menor. Los niños fueron puestos en acogida en hogares separados debido, fundamentalmente al riesgo de producir nuevamente el incidente provocado por los padres con su hijo mayor en una residencia infantil de la ciudad cuando lo sacaron de allí y lo ocultaron durante un mes para evitarlo de la administración. El hecho volvió a repetirse y esta vez los padres lo ocultaron dos meses. Los padres de acogida del hijo pequeño, Thomas, y sus hijos pertenecían a la Iglesia de Suecia y según los demandantes, asistían regularmente con Thomas al culto.

⁴²² Apartado 90 de la misma.

⁴²³ Así como en el asunto *Ignaccolo-Zénide c. Rumanía*, apartado 94 o en el asunto *Costreie c. Rumanía*, sentencia de 13 de octubre de 2009. Vid. Chénéde, F. « Condamnation européenne pour insuffisance des mesures prises en faveur de la réunion parent/enfant », *AJ Famille*, 2009, p. 451.

⁴²⁴ Vid. Marguénaud, J.-P., « L'importance grandissante des mesures de préparation des rencontres entre parents et enfants séparés », *RTD Civ.* 2001, p. 451.

⁴²⁵ Sentencia de 19 de septiembre de 2000. El Sr. *Gnahoré* se ocupaba exclusivamente del cuidado de sus tres hijos (que eran de madres diferentes) y, ante una sospecha de malos tratos por parte del padre con respecto a uno de sus hijos (que, posteriormente fue archivada), le retiraron primero la guarda y custodia del hijo pequeño y, posteriormente, la de los otros dos.

contundente contra las autoridades francesas como lo fue con las italianas, en el asunto *Scozzari y Giunta*, amparándose en el “interés superior del menor”. Según el Tribunal, en este tipo de asuntos “el interés superior del menor” tiene que primar frente a cualquier otra consideración. Las medidas restrictivas de los derechos parentales, sólo pueden justificarse si se inspiran en el “interés superior del menor” (párrafo 59). También precisó que este interés tiene un doble aspecto: a) garantizar el desarrollo del menor en un entorno sano. En este sentido, el art. 8 CEDH no ampara la adopción por parte de un progenitor de medidas perjudiciales para la salud o el desarrollo de su hijo/a⁴²⁶ y, b) el mantenimiento de los vínculos entre el menor y su familia es en beneficio o en interés del/ de la menor, salvo en los supuestos en los que la familia se haya mostrado especialmente indigna: romper estos vínculos supondría cortar al/a la menor sus raíces.

El interés superior del menor es el que establece que sólo unas circunstancias totalmente excepcionales pueden llevar a la ruptura del vínculo familiar y el hecho de que todo esté organizado para mantener dichas relaciones familiares. Dicho interés ordena que, en los supuestos en los que no sea posible el mantenimiento de los vínculos familiares -llegado el momento-, se haga todo lo posible para “reconstituir” la familia. No obstante, aunque el derecho a la vida familiar haga recaer sobre los Estados la obligación positiva de adoptar todas las medidas posibles para reunir al menor con cada uno de los progenitores separados, esto se hará “bajo reserva de la toma en consideración del interés superior del menor”⁴²⁷.

⁴²⁶ Vid. *J.P. Marguénaud*, « L'intérêt supérieur de l'enfant, instrument d'hégémonie de la Convention EDH sur les conventions procédurales », *RTD Civ.* 2010, p. 735.

⁴²⁷ Vid. *P. Hilt*, « L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *AJ Famille*, 2004, p. 384.

Por otra parte, en una de las más recientes sentencias, *R.M.S. c. España*⁴²⁸, el Estado español fue condenado por haber separado a una madre y a su hija, adoptando unas graves e innecesarias medidas (los servicios sociales españoles cortaron -totalmente y durante varios años- la relación existente entre madre e hija, modificando y tergiversando la situación real) y por no haber tenido en cuenta durante el proceso la corta edad de la menor, el estado en el que se encontraba y las graves consecuencias para ellas que dicha separación conllevaba⁴²⁹.

4.3.2.2. - Cohabitación de los menores en caso de separación de los progenitores

La separación o el divorcio de los padres de los menores, rompen o disuelven el vínculo matrimonial y afectivo existente entre los progenitores, pero no deben producir ni la interrupción ni la disolución de los vínculos familiares establecidos con respecto a los menores, según la constante jurisprudencia del Tribunal⁴³⁰. Éste menciona expresamente que, en supuestos relativos a la

⁴²⁸Sentencia de 18 de junio de 2013. En esta ocasión se trataba de una mujer en situación precaria, con una niña que, en el momento de los hechos, tenía casi cuatro años. La madre acudió- junto con su pareja- a los servicios sociales para solicitar una ayuda y éstos, en lugar de otorgársela, consideraron que la menor estaba en situación de abandono (extremo que no era cierto, tal y como puso de manifiesto el Tribunal), y se la retiraron, ingresándola en un centro de acogida, sin que la madre fuera debidamente informada. Asimismo, acordaron la suspensión de las visitas de la madre a la menor e iniciaron los trámites para un acogimiento pre-adoptivo.

⁴²⁹ Párrafo 80, “*La Cour constate l'existence de manques de diligence graves dans la procédure menée par les autorités responsables de la tutelle, du placement de l'enfant et de son éventuelle adoption*” ; párrafo 83, « *La Cour observe qu'à aucun moment de la procédure administrative n'a été pris en compte le très jeune âge de l'enfant au moment de la séparation ou la relation affective préalable existant entre elle et sa mère, ni le délai écoulé depuis leur séparation, ainsi que les conséquences qui en découlaient pour elles* » y párrafo 84, « *À la différence d'autres affaires que la Cour a eu l'occasion d'examiner, l'enfant de la requérante en l'espèce n'avait pas été exposée à une situation de violence ou de maltraitance physique ou psychique ni à des abus sexuels. Les tribunaux n'ont pas constaté de déficits affectifs, d'état de santé inquiétant de l'enfant ou de déséquilibre psychique des parents* »

⁴³⁰Asunto *Berrehab c. Países Bajos*, sentencia de 21 de junio de 1988, párrafos 20-21; *Aikar c. Alemania*, decisión de 20 de mayo de 1998 ó *Smolnik c. República Checa*, decisión de 25 de mayo de 2004.

separación de los progenitores, el artículo 8 CEDH incluye para el progenitor no custodio, el derecho de visita o de contacto con su/s hijo/s⁴³¹.

La decisión de confiar la custodia de un menor a uno de los progenitores constituye en sí una injerencia en los derechos del otro, por lo que los tribunales deben tener en cuenta todos los intereses en juego, pero sobre todo, los del menor. Generalmente y, salvo que el interés superior del menor así lo aconseje, el progenitor no custodio tendrá el derecho de visita y el otro deberá respetarlo, en beneficio del menor⁴³². Los tribunales pueden, sin embargo, rechazar este derecho para proteger el bienestar físico y moral del niño, así como para su estabilidad mental⁴³³. Con demasiada frecuencia, estos derechos paterno-filiales suelen sufrir restricciones, constituyendo una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar que, como tal injerencia, debe estar justificada y ser proporcionada al fin perseguido. Por otra parte, la efectividad del derecho de visita impone a los Estados miembros la obligación positiva de garantizar la ejecución del mismo, permitiendo de esta manera que los menores se relacionen con ambos progenitores. Sin embargo, la realidad es mucho más complicada y tienen lugar situaciones que dificultan e impiden dicha relación⁴³⁴.

En todos estos supuestos en los que los Estados deben adoptar medidas tendentes a reunir, a reconstituir o a impedir que se disuelva la unidad familiar, el criterio fundamental para determinar si los Estados han cumplido con su obligación es, si dichas autoridades realmente han hecho todo lo razonablemente

⁴³¹ Vid. STEDH asunto *Fouchon c. Francia*, sentencia de 28 de junio de 2005 y asunto *Bove c. Italia*, sentencia de 30 de junio de 2005.

⁴³² Vid. *Margareta y Roger Andersson c. Suecia*; asunto *Sahin c. Alemania* (GS), sentencia de 8 de julio de 2003 o *Sommerfeld c. Alemania* (GS), sentencia de 8 de julio de 2003.

⁴³³ STEDH asunto *Andersson c. Suecia*, sentencia de 25 de febrero de 1992, « Lorsque les parents et l'enfant sont séparés, la réduction ou la suppression de leurs relations ne se justifie que si elles s'inspirent d'une exigence primordiale touchant à l'intérêt supérieur de l'enfant ; à défaut, elles constituent une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie familiale ».

⁴³⁴ Por ejemplo, en el asunto *Zavrel c. Rumanía*, sentencia de 18 de enero de 2007. En este caso, tras el divorcio de la pareja, los progenitores acordaron que el hijo común se quedara bajo la custodia de la madre y que el padre tuviera derecho de visita. Pero, el menor se empezó a no querer estar con su padre. Los psicólogos que lo atendían detectaron que el menor sufría el "síndrome de alienación parental", en virtud del cual el/la menor es manipulado por el progenitor custodio (o por su familia), desvirtuando la imagen del otro, a fin de que el/la menor no quiera ir con él/ella. En el asunto *Kosmopoulou c. Grecia*, sentencia de 5 de febrero de 2004, sucedió algo similar pero con respecto a la madre. En esta ocasión tanto el padre como la familia de éste pusieron en contra de la madre a su hija.

posible y exigible para que dicha unión tuviera lugar. A dichos efectos, se tendrán en cuenta los esfuerzos realizados por las autoridades para favorecer la colaboración y la cooperación de las personas afectadas; la adopción de todas las medidas a disposición de los jueces internos; la respuesta adoptada por las autoridades con respecto al progenitor custodio cuando éste obstaculiza el contacto del/de los menores con el otro progenitor; y, la rapidez con que se han adoptado dichas medidas, porque el transcurso del tiempo en estos asuntos tan delicados, puede tener efectos devastadores en la vida familiar de las personas afectadas. Si un/a hijo/a no tiene contacto durante muchos años con su padre o con su madre, la reconstitución de los vínculos familiares *de facto* puede ser muy lenta y complicada. Por dicha razón, se exige a las autoridades nacionales una especial diligencia y rapidez en la adopción de las medidas.

Sin embargo, tras el control realizado de dichas ejecuciones por parte de los jueces europeos para garantizar la efectividad y la concreción de los derechos del CEDH, éstos han concluido que la obligación de adoptar dichas medidas no es absoluta, dado que dichas autoridades no pueden recurrir a la coerción de manera ilimitada, teniendo en cuenta el interés superior del menor⁴³⁵.

En el asunto *Tsikakis c. Alemania*⁴³⁶, el Tribunal puso de manifiesto que “el art. 8 exige que las autoridades nacionales establezcan un equilibrio justo entre los intereses del menor y el de los progenitores y que, en esta labor, atribuyan una importancia especial al interés superior del menor que, según su naturaleza e importancia, puede prevalecer sobre el de los padres”. En esta ocasión, el demandante, nacional griego, solicitaba al Tribunal que declarara vulnerado su derecho a la vida familiar porque las autoridades alemanas le habían privado del ejercicio de su derecho de visita- durante más de diez años- del hijo que tuvo en una relación extramatrimonial, con la madre del niño. La

⁴³⁵ STEDH asunto *Patera c. República Checa*, sentencia de 26 de abril de 2007, *AJ famille* 2007, p. 275.

⁴³⁶ STEDH de 10 de febrero de 2011, apartado 77: « *L'article 8 exige que les autorités nationales ménagent un juste équilibre entre les intérêts de l'enfant et ceux des parents et que, ce faisant, elles attachent une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui des parents* ».

madre había puesto durante ese tiempo toda clase de obstáculos para que el padre biológico pudiera disfrutar de su hijo y las autoridades alemanas no adoptaron las medidas sancionadoras necesarias contra la misma, a fin de evitar dichos impedimentos. Así lo consideró el Tribunal al establecer que «...*La Cour note que si la cour d'appel était consciente du comportement obstructif de la mère, qu'elle avait d'ailleurs qualifié d'abus de l'autorité parentale, elle n'a pas pour autant pris des mesures à cet égard pour prévenir les conséquences de ce comportement sur l'enfant et sur le requérant (párrafo 81)* ». Asimismo, pone de manifiesto que « *Cependant, si des mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas souhaitables dans ce domaine délicat, le recours à des sanctions ne doit pas être écarté en cas de comportement manifestement illégal du parent avec lequel vit l'enfant* ».

4.3.3. - La protección procesal de los derechos paterno-filiales

A pesar de que el artículo 8 CEDH no establece procedimiento alguno para los contenciosos relativos a las relaciones familiares, el Tribunal ha determinado que, el proceso en virtud del cual sean adoptadas las medidas que supongan una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada o familiar, debe ser equitativo y debe respetar los derechos e intereses protegidos por el dicho artículo⁴³⁷. Se trataría de determinar si, en función de las circunstancias de cada caso y, en función de la gravedad de las medidas adoptadas, los progenitores han podido jugar un papel suficientemente relevante en la toma de decisión de las mismas, de manera que les garantizara una protección adecuada a

⁴³⁷ STEDH, asunto *Mc Michael c. Reino Unido*, sentencia de 24 de febrero de 1995, párrafo 87 y asunto *W. c. Reino Unido*, sentencia de 8 de julio de 1987, párrafos 62 a 64, “*Les vues et intérêts des parents naturels figurent nécessairement parmi les éléments à peser par l'autorité locale pour arrêter ses décisions concernant un enfant qu'elle assiste. Le processus décisionnel doit donc être propre à garantir qu'ils seront portés à sa connaissance, qu'elle les prendra en compte et que les parents pourront en temps voulu exercer tout recours s'offrant à eux. Du reste, le code de pratique de 1983 souligne qu'il faut associer les parents aux décisions sur les visites à l'enfant (paragraphe 51 ci-dessus). Il écarte dès lors de déterminer, en fonction des circonstances de chaque espèce et notamment de la gravité des mesures à prendre, si les parents ont pu jouer dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle assez grand pour leur accorder la protection requise de leurs intérêts. Dans la négative, il y a manquement au respect de leur vie familiale et l'ingérence résultant de la décision ne saurait passer pour "nécessaire" au sens de l'article 8 (art. 8)* ».

sus intereses. Asimismo, tal y como puso de manifiesto el Tribunal en el delicado asunto *P., C. y S. c. Reino Unido*⁴³⁸, los progenitores deben tener acceso a la información en la que las autoridades nacionales se basan para adoptar las medidas de protección o las relativas a la guarda de sus hijos/as. En caso de que los progenitores no tuvieran dicho acceso, no podrían participar de manera efectiva en la adopción de dichas medidas y no podrían presentar de manera equitativa aquellos argumentos que acreditaran su aptitud para cuidar de manera adecuada de sus propios hijos/as. En estos supuestos, la injerencia cometida por el Estado miembro en cuestión no sería “necesaria en una sociedad democrática” y, en consecuencia, vulneraría el derecho a la vida familiar de los progenitores.

En el mencionado asunto *P., C. y S. c. Reino Unido*, la menor les fue retirada poco después de nacer a sus progenitores y posteriormente dada en adopción⁴³⁹. El TEDH consideró vulnerado el artículo 8 del CEDH, porque los progenitores no tuvieron ocasión de defender sus intereses y los de su hija en los procedimientos administrativos y judiciales en virtud de los cuales las autoridades decidieron retirar a la menor de su ámbito familiar.

Por otra parte, los Estados miembros tienen obligaciones derivadas de otros artículos del CEDH, entre los que está el art. 6, que garantiza el derecho de toda persona a acceder a un Tribunal que decida sobre “sus derechos y obligaciones de carácter civil”⁴⁴⁰, aplicándose también dicho artículo a los asuntos relativos al derecho a la vida familiar⁴⁴¹.

⁴³⁸ STEDH de 16 de julio de 2002, apartado 120. En esta ocasión, la demandante era una madre que tenía la patología psiquiátrica denominada “Síndrome de *Münchhausen*”, en virtud de la cual provocaba enfermedades a su segundo hijo- para llamar la atención- de manera que el menor estaba constantemente entrando y saliendo del hospital. Cuando la demandante se quedó nuevamente embarazada, de otro padre distinto del segundo, el bebé le fue retirado nada más nacer, por los servicios sociales británicos, a fin de que la madre no dañara a esta última y posteriormente fue dada en adopción.

⁴³⁹ *Vid.* Apartados 134 a 138.

⁴⁴⁰ El art. 6 del CEDH establece el Derecho a un proceso equitativo. En nuestro caso se aplicará, sobre todo, el primer apartado: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el

El Tribunal ha establecido jurisprudencialmente una protección procesal de los derechos paterno-filiales, cada vez más exigente y cuyas principales características serían:

- a) Los progenitores deben poder participar en todas las fases de los procedimientos en los que se adopten las medidas, bien sean procesos administrativos o judiciales, defendiendo su postura durante el desarrollo de los mismos⁴⁴².
- b) Los progenitores tienen derecho a que las resoluciones dictadas en estos procesos sean ejecutadas a la mayor brevedad posible, teniendo en cuenta los derechos e intereses afectados por las mismas⁴⁴³.
- c) En estos procesos en los que existen menores directamente afectados y, a pesar de que el Convenio no contenga una disposición específica al respecto (al contrario de lo que sucede en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁴⁴⁴), el Tribunal parece ir en la línea de la tendencia internacional, a favor de conceder audiencia al menor en aquellos supuestos en los que las circunstancias así lo requieran y lo permitan. Aunque, todo hay que decir, todavía no ha establecido una línea jurisprudencial en este sentido sino que va resolviendo en un sentido u otro, en función de las circunstancias del caso.

En el asunto *Sahin c. Alemania*⁴⁴⁵, el TEDH consideró expresamente que, estando en juego el derecho de visita del progenitor que no ostenta el derecho de guarda y custodia (en ese asunto en concreto), imponer a los tribunales internos la audiencia sistemática de los menores sería “ir demasiado lejos”. Dicha

proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

⁴⁴¹ STEDH, asunto *Rasmussen c. Polonia*, sentencia de 28 de abril de 2009, párr. 32.

⁴⁴² Vid. STEDH *Kosmopoulou c. Grecia*, sentencia de 5 de febrero de 2004, párrafo 49, “...*The Court further notes that none of the three psychologists who drafted the medical report of 26 June 1997 examined the applicant in order to reach their conclusions. It follows that in the present case the applicant was not involved in the decision-making process to a degree sufficient to provide her with the requisite protection of her interests. Thus, she did not enjoy the appropriate procedural guarantees which would have enabled her to challenge effectively the suspension of her visiting rights*”; y STEDH asunto *Hoppe c. Alemania*, sentencia de 5 de diciembre de 2002, párrafo 52.

⁴⁴³ Vid. STEDH asunto *Covezzi y Morselli c. Italia*, sentencia de 9 de mayo de 2003.

⁴⁴⁴ El artículo 24. 1 de la Carta prevé la audiencia del menor en aquellos asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. Asimismo, el art. 12. 1 CDN regula dicha audiencia: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

⁴⁴⁵ Sentencia de 8 de julio de 2003. Vid. F. Sudre, *JCP 2004*, I, 107.

audiencia, “dependería de las circunstancias particulares de cada asunto y teniendo en cuenta la edad y la madurez del menor afectado”. Por ejemplo, en el asunto *Bronda c. Italia* el Tribunal tuvo en cuenta la opinión de una menor de catorce años que manifestó su firme negativa a abandonar la familia de acogida en la que había vivido tras ser retirada de su familia de origen, por los problemas psíquicos de la madre y el desinterés del padre⁴⁴⁶. Por otra parte, hay supuestos en los que los progenitores pueden condicionar y manipular la opinión del/de la menor⁴⁴⁷ por lo que, en dichos supuestos, su opinión no será tenida en cuenta. El ambiente en el cual el menor sea escuchado debe ser seguro, propicio y de confianza para que el niño pueda expresar libremente su opinión y no se inhiba ni se sienta temeroso o receloso. No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos deberían ser accesibles, apropiados y comprensibles para los niños.

⁴⁴⁶ Sentencia de 9 de julio de 1998. Párrafo 62, « *En conclusion, et bien qu'il faille ménager un juste équilibre entre l'intérêt de S. à demeurer placée et ceux de sa famille naturelle à vivre avec elle, la Cour attache une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, aujourd'hui âgée de quatorze ans, a toujours manifesté fermement sa volonté de ne pas quitter la famille d'accueil. En l'occurrence, l'intérêt de S. l'emporte sur celui de ses grands-parents* ».

⁴⁴⁷ Ese fue el caso en el asunto *Sophia Gudrun Hansen c. Turquía*, sentencia de 23 de septiembre de 2003.

CAPÍTULO III

LA DIMENSIÓN PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL: PROBLEMAS BÁSICOS DETECTADOS

1. Consideraciones introductorias.

La creciente internacionalización de las relaciones privadas como consecuencia de la globalización y de la mayor movilidad de las personas a través de las fronteras, ha tenido y tiene efectos en muchos aspectos privados de los sujetos de esas relaciones, al tiempo que condiciona la labor de los órganos jurisdiccionales de diferentes ámbitos.

En el ámbito del Derecho de Familia, el modelo tradicional de familia que conocíamos hasta el momento – el formado por un hombre y una mujer, con uno o varios hijos o hijas-, ha cambiado sustancialmente durante las últimas décadas. Así, actualmente, se considera “familia” a aquélla formada por una persona sola (hombre o mujer) y un/a hijo/a o varios hijos/as que, a su vez, pueden ser biológicos, adoptados o nacidos a través de un contrato de gestación por sustitución. También se ha aceptado como tal, la formada por dos personas del mismo sexo y los/as hijos/as que hubiesen podido aportar dichas personas a la relación o los/as que hayan nacido a través de reproducción asistida dentro de dicha relación, tal y como hemos podido comprobar en el Capítulo II. La casuística es muy variada y los modelos diferentes, muy heterogéneos. Las separaciones o divorcios matrimoniales han dado paso, asimismo, a la constitución de una familias un tanto complejas, ya que las personas separadas y con hijos/as, en muchas ocasiones, vuelven a convivir o a casarse con otras personas que, a su vez, están separadas o divorciadas y que aportan también hijos e hijas a esa nueva

relación⁴⁴⁸. Si a estas relaciones les añadimos el elemento de extranjería, la complejidad aumenta.

En el ámbito europeo existe diversa normativa⁴⁴⁹ que regula, por ejemplo, el derecho de contraer matrimonio y el de constituir una familia, tal y como hemos podido comprobar en el Capítulo II, pero la regulación de dicho derecho recae sobre las leyes nacionales de cada uno de los Estados miembros (tanto de la UE como del Consejo de Europa). A pesar de que la regulación material corresponda a los Estados, lo que dichas normas europeas establecen es un principio de reconocimiento de mutuo de instituciones que pueden resultar desconocidas para dichos Estados, pero cuya base se encuentra en los mencionados derechos.

Por otra parte, los avances que la medicina y la biología ofrecen en la actualidad, han ayudado a la configuración de estos nuevos modelos familiares, que generan no pocos problemas jurídicos, tal y como veremos a lo largo de este Capítulo. Si, además, les añadimos el elemento internacional, las relaciones se complican (desde el punto de vista jurídico), dado que se ven afectados dos o más ordenamientos jurídicos, con las dificultades relativas a la competencia judicial, a la ley aplicable, al reconocimiento o a la ejecución de resoluciones extranjeras que pudieran implicar.

La influencia de la internacionalización de las relaciones privadas se ha materializado en el notable aumento, por ejemplo, del número de parejas o de matrimonios mixtos (de diferentes nacionalidades) y, desgraciadamente también, en el número de divorcios y de las separaciones judiciales de estas personas⁴⁵⁰. Asimismo, las nuevas formas de maternidad que se llevan a cabo a través de los contratos de gestación por sustitución y de las adopciones internacionales (tanto

⁴⁴⁸ Son las llamadas en derecho anglosajón, *step-families*.

⁴⁴⁹ Por ejemplo, el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone que: “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

⁴⁵⁰ Vid. La Justicia Dato a Dato. Año 2014. Estadística Judicial, CGPJ, disponible en <http://www.poderjudicial.es>. Según consta en dicho Informe, durante el año 2014 en España se dictaron un total de 75.795 sentencias de divorcios consensuados, frente a 50.605 de divorcios no consensuados. A pesar de que los primeros son más numerosos, la diferencia entre ambos no es muy grande. En los datos facilitados, no se distingue entre los divorcios “internacionales” y los divorcios “internos”, por lo que no podemos saber el número de divorcios mixtos tramitados en España.

las realizadas por personas heterosexuales como por homosexuales), han aumentado notablemente. Los primeros, legalmente admitidos en determinados Estados, parcialmente admitidos en otros y absolutamente prohibidos en un tercer grupo de Estados, constituyen un tipo de contrato con elementos que exceden del estricto ámbito legal y forman parte del ámbito ético, moral –incluso, religioso-médico, biológico, etc. Se trata de una forma de maternidad muy controvertida y conflictiva en determinados Estados, en la que se ven directamente afectados los menores nacidos a través de dicha técnica. Estos niños y niñas no han pedido nacer de la manera en que han nacido, pero padecen las consecuencias de la forma de maternidad elegida por sus progenitores comitentes y de la regulación existente con respecto a dichos contratos en el Estado de residencia de los mismos.

En el caso de las adopciones internacionales, la situación es diferente en origen- porque los menores a adoptar se hallan en una situación de abandono familiar- pero, en muchas ocasiones, las consecuencias que los menores adoptados sufren en sus países de acogida, son similares a las que sufren los menores nacidos a través de la gestación por sustitución. En ambos supuestos, habitualmente, la relación jurídica entre los menores y sus progenitores (adoptivos o comitentes) se suele crear en el extranjero (en el caso de las adopciones se puede crear, asimismo, en el Estado de acogida⁴⁵¹) pero los problemas surgen cuando el Estado de acogida o de residencia habitual deniega el reconocimiento del vínculo jurídico creado válidamente en el extranjero.

También ha aumentado el número de *kafalas*⁴⁵², sobre todo en determinados países miembros del Consejo de Europa que –por razones históricas-, tienen una

⁴⁵¹ Vid. S. Álvarez González, “Reconocimiento e inscripción en el Registro Civil de las adopciones internacionales”, *REDI*, vol LVIII (2006), 2, pp. 683-710.

⁴⁵² La *kafala* o “acogimiento legal”, es una institución de protección de menores propia del derecho islámico, que se diferencia de la adopción –fundamentalmente- en que la primera no crea el vínculo de filiación, tal y como hace la segunda. La *kafala* se establece a través de un acta judicial o una acta notarial (art. 117 del Código de familia argelino). El titular del derecho de acogimiento legal (*kâfil*), es el responsable de la administración de los bienes del *makfoul* y debe reunir determinados requisitos. El menor puede tener filiación conocida o desconocida. Si su filiación es conocida, la conserva. Si es de padre desconocido, el *kâfil* puede solicitar que el/la menor adquiera su apellido. Si la madre es conocida y está viva, será necesario su consentimiento. El derecho islámico prohíbe las adopciones porque considera que son contrarias a la *Charia*. En la mayoría de los Estados musulmanes, excepto en Turquía, Indonesia o Túnez, la *kafala* se define como el “compromiso voluntario de hacerse cargo de la educación, del

mayor población originaria de los países musulmanes en los que se constituyen dichas instituciones de protección de menores. Los problemas que habitualmente han planteado las *kafalas* corresponden a la petición de transformación de la misma en adopción y su, hasta ahora, denegación sistemática por parte de los Estados. A pesar del reducido número de sentencias dictadas hasta el momento por el TEDH en esta materia⁴⁵³, esas resoluciones nos permitirán conocer la postura del Tribunal en relación a las cuestiones jurídicas que dicha institución plantea.

Otra de las consecuencias de la internacionalización, ha sido el incremento de las solicitudes de reconocimiento y de ejecución de resoluciones judiciales extranjeras dictadas en materias propias del Derecho internacional privado; o, el aumento de solicitudes de reconocimiento de situaciones y/o vínculos jurídicos creados en el extranjero. El objeto de estudio del presente trabajo de investigación delimita, lógicamente, las resoluciones que analizaremos en este apartado, dejando de un lado todas aquéllas cuya materia no se corresponda con el mismo. Serán objeto de análisis aquellos asuntos de Derecho de familia con elemento de extranjería que afecten a menores, en los que una de las partes litigantes haya solicitado el reconocimiento, la ejecución -o ambas cosas- de una resolución dictada por un tribunal extranjero y, el Estado de reconocimiento o de ejecución, se lo haya denegado. El Estado que deniega el reconocimiento será un Estado miembro del CEDH (no así, o no necesariamente, el Estado que haya dictado la resolución), por lo que el ámbito territorial estará fundamentalmente limitado a aquellas sentencias dictadas por el TEDH⁴⁵⁴. Por otro lado, la denegación no será una mera denegación de reconocimiento o de ejecución, sino que el hecho de que las autoridades de un Estado denieguen el reconocimiento de efectos a una resolución dictada por la autoridad de otro Estado, puede constituir la vulneración de uno o varios derechos fundamentales de los regulados por el CEDH.

mantenimiento y de la protección de un menor, de la misma manera en que lo haría un padre con su hijo” y cada Estado musulmán establece los procedimientos para su constitución.

⁴⁵³ Dos sentencias, hasta el mes de agosto de 2015.

⁴⁵⁴ A pesar de que, colateralmente, sean citadas otras correspondientes a otros tribunales supranacionales o, incluso, nacionales.

En la mayoría de los asuntos analizados, existe un denominador común y es la existencia de menores que padecen las consecuencias de las decisiones adoptadas por las autoridades de los Estados o por los adultos que deben protegerlos. Los menores suelen ser la parte más afectada en estas situaciones, por su dependencia de aquéllos que, en principio, deben protegerlos y, por su indefensión en las situaciones complicadas. En el caso de las rupturas matrimoniales o de pareja (bien sea de personas heterosexuales o de homosexuales), los niños y las niñas que conviven en el seno de la misma, se ven inmersos/as en un conflicto en el que una de las partes es su padre y la otra, su madre (o las personas que ejerzan dicho rol). En el mejor de los casos, dicho conflicto se solucionará a través de un acuerdo entre los progenitores, más o menos “civilizadamente”. Pero, en el peor de los casos, dicha ruptura se llevará a cabo sin acuerdo entre los responsables de la misma, con lo que ello implica para los menores. El culmen del desacuerdo lo constituyen las sustracciones internacionales de los menores cometidas por uno de los progenitores que, desgraciadamente, cada vez son más frecuentes⁴⁵⁵.

La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (muy sensible a estos temas) ha constatado que, gracias al fomento de la mediación familiar y de la conciliación, los acuerdos entre progenitores u otros miembros de la familia para solventar las cuestiones relativas a los menores⁴⁵⁶ -en asuntos transfronterizos- van en aumento. A la vista de ello, ha remitido recientemente a los Gobiernos de los Estados miembros, a los miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya, a los operadores jurídicos en la materia, a abogados y mediadores y a otros expertos internacionales, un cuestionario relativo a los efectos legales de los acuerdos a los que pudieran llegar dichas personas en este área tan sensible del Derecho de familia⁴⁵⁷. Asimismo, la

⁴⁵⁵ En el caso de España, desde el año 1999 hasta el año 2008, el número de demandas de retorno y demandas relativas a derecho de visita, recibidas ante la Autoridad Central fue de 204. En 1999 se recibieron 42 demandas y en 2008, 113, por lo que se produjo un aumento de un 169%.

⁴⁵⁶ Conflictos relativos a la custodia y al derecho de visita de los menores, a la relocalización con los hijos/as comunes, etc.

⁴⁵⁷ Vid. P. Franzina, “Cross-border recognition of agreements in family matters involving children: a questionnaire from the Hague Conference on Private International Law”, *Aldricus*, 24 de julio de 2015, <http://aldricus.com>.

Oficina Permanente ha planteado en dicho documento la cuestión del reconocimiento y ejecución de estos acuerdos en aquellos Estados en los que no fueron concluidos.

Tras haber analizado – en el Capítulo II- el nivel de protección que otorga el CEDH a los menores (fundamentalmente, a través del artículo 8) en estos delicados asuntos de familia en los que se ven involuntariamente inmersos, mi intención es estudiar – a lo largo de este tercer Capítulo- la dimensión procesal de las cuestiones de Derecho internacional privado planteadas en los asuntos que han llegado hasta el TEDH⁴⁵⁸ y, en menor medida, al TJUE. En este marco, las cuestiones suscitadas ante el TEDH se refieren, fundamentalmente, a la vulneración del derecho al respeto de la vida privada o de la vida familiar de las personas⁴⁵⁹, por parte de las autoridades estatales del Estado demandado en cuestión (que, en muchas ocasiones, no es el Estado nacional de la persona demandante). Pero, el análisis de dicha vulneración la acotaremos por sectores más propios de nuestra disciplina. Así, podrá tener lugar la vulneración de este derecho, en asuntos en los que se deniegue el reconocimiento de vínculos jurídicos del ámbito familiar creados en el extranjero (por ejemplo, adopciones internacionales, gestaciones por sustitución, etc.). Asimismo, analizaremos la posible vulneración del mencionado derecho en los asuntos relativos a los derechos patrimoniales de los hijos e hijas en materia sucesoria⁴⁶⁰, en los supuestos en los que se discrimina a los menores en función de su nacimiento o filiación; o en aquellos asuntos en los que se deniegue la ejecución de una resolución dictada en otro Estado relativa a una obligación de alimentos o a un derecho de guarda y custodia.

⁴⁵⁸ Asuntos relativos a cuestiones de Derecho de Familia, en los que haya menores afectados y que tengan uno o varios elementos de extranjería. Este último requisito no se cumple en todos los asuntos analizados porque, a pesar de ser asuntos de Derecho interno, he considerado que la doctrina jurisprudencial que contienen dichas resoluciones judiciales es lo suficientemente relevante como para analizarlas e incluirlas en el trabajo de investigación.

⁴⁵⁹ Regulado en el artículo 8 del CEDH, tal y como hemos analizado a lo largo del Capítulo II.

⁴⁶⁰ Los asuntos relativos a los derechos sucesorios que se tratarán en el presente Capítulo se refieren a casos en los que se han planteado los derechos sucesorios de los hijos o hijas pero, en todos ellos, cuando lo han hecho, dichas personas ya no eran menores de edad.

El orden público internacional también será objeto de nuestra atención, dado que su vulneración ha sido uno de los principales argumentos invocados por los Estados demandados para la denegación del reconocimiento o de la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras o, en la denegación del reconocimiento de las situaciones jurídicas privadas creadas en el extranjero. El orden público internacional ha sido definido como “el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado”⁴⁶¹ y, por otro lado, la cláusula o excepción de orden público internacional sería “la excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, en cuya virtud se descarta la aplicación de la Ley extranjera que resulta contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de dicho país”⁴⁶².

Por su parte, el TEDH, cuando estamos ante la vulneración de diversos derechos humanos relativos a menores, ha considerado que la vulneración de dicho orden público, no es un motivo que prevalezca sobre dichos derechos. Los jueces europeos no han cuestionado la excepción de orden público como tal, pero lo que sí han puesto de relieve es que en la aplicación de la misma, los jueces internos, deben tener en cuenta un justo equilibrio entre los intereses concurrentes (los públicos y los privados) y, en los casos en los que concurran menores, el interés superior de éstos debe prevalecer⁴⁶³.

⁴⁶¹ Vid. J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 7ª ed., 2013, p.156; S. Álvarez González, “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 19-20 septiembre 2013, Barcelona, http://www.academia.edu/6232084/_Orden_p%C3%BAblico_europeo_versus_orden_p%C3%BAblico_internacional_de_cada_Estado.

⁴⁶² Vid. A.L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 2014/2015, 14ª ed, Granada, Comares, pág. 524.

⁴⁶³ El TEDH ya lo invocaba en sus sentencias de finales de los años 90. Por ejemplo, en el asunto *Hokkanen c. Finlandia*, sentencia de 23 de septiembre de 1994, párrafo 58, « ...*Si les autorités nationales doivent s'évertuer à faciliter pareille collaboration, leur obligation de recourir à la coercition en la matière doit être limitée: il leur faut tenir compte des intérêts et des droits et libertés de ces mêmes personnes, et notamment des intérêts supérieurs de l'enfant et des droits que lui reconnaît l'article 8 (art. 8) de la Convention. Dans l'hypothèse où des contacts avec le parent risquent de menacer ces intérêts ou de porter atteinte à ces droits, il revient aux autorités nationales de veiller à un juste équilibre entre eux...* » ; o, en el asunto *Olsson c. Suecia*, (nº 2) sentencia de 27 de noviembre de 1992, par. 90 pero, es a partir del año 2000 cuando dicho principio va adquiriendo importancia.

El TJCE también puso de manifiesto, en el asunto *Krombach c. Bamberski*, sentencia de 28 de marzo de 2000, cuál era el contenido de dicho orden público europeo. Así, estableció que, según una jurisprudencia constante de dicho Tribunal, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho que garantiza el Tribunal de Justicia de la Unión (de la Comunidad Europea en aquel momento) y que para ello, dicho Tribunal se inspira de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como a lo establecido en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de los que dichos Estados sean parte. Entre estos textos convencionales, destaca la importancia del CEDH⁴⁶⁴.

Por otra parte, en el asunto *Sayn-Wittgenstein c. Austria*⁴⁶⁵, el Tribunal de Luxemburgo manifestó que “l’ordre public ne peut être invoqué qu’en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ». Es decir, que el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Se trata, según dicho Tribunal, de un concepto que debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin un control realizado por las instituciones de la Unión Europea⁴⁶⁶. Asimismo, puso de manifiesto que las circunstancias específicas que pudieran justificar el recurso a esta excepción, pueden variar de un Estado miembro a otro y, de una época a otra. Sin embargo, teniendo esto último presente, para que pueda invocarse el orden público, es necesario que los valores invocados, correspondan a principios y a valores fundamentales propios de la Unión Europea.

⁴⁶⁴ Apartado 25 de la sentencia « *Selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. A cet effet, la Cour s’inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l’homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales revêt, à cet égard, une signification particulière* ». Vid. H. Muir Watt, «Le pouvoir des États de définir les exigences de l’ordre public selon leurs conceptions propres», *Rev. crit. de dr. int. pr.*, 2000, p. 481.

⁴⁶⁵ Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-208/09. Párrafo 86.

⁴⁶⁶ En este sentido, véanse los asuntos C-36/02 *Omega*, sentencia de 14 de octubre de 2004 y, asunto C-33/07 *Jipa*, sentencia de 10 de julio de 2008.

Por último, también será objeto de análisis el papel modernizador que, en nuestra opinión, está teniendo el TEDH en diferentes ámbitos jurídicos, entre los que también se encuentra el Derecho internacional privado.

2. La denegación del reconocimiento del vínculo jurídico creado en el extranjero, vulneradora de derechos fundamentales

Uno de los principales problemas planteados por las sentencias de DIPr -en este ámbito-, es el del reconocimiento en un Estado miembro del CEDH del vínculo jurídico o del estatus jurídico válidamente creado en otro Estado (que puede ser miembro o no del CEDH). Con frecuencia, determinadas relaciones jurídicas privadas constituidas en un Estado, como adopciones internacionales, filiaciones, etc., no han podido desplegar los efectos propios de dichas situaciones jurídicas en otro Estado, con el grave perjuicio que esa falta de reconocimiento ha supuesto para las personas directamente afectadas (los menores y sus progenitores/tutores legales). En el ámbito de la UE, el hecho de que el estatus familiar constituido en un Estado europeo no se reconozca en todo el espacio europeo, supone un freno a la libre circulación de dicho de las personas, uno de los objetivos de la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, regulado en los Tratados de la Unión Europea (art. 21 TFUE)⁴⁶⁷.

Dentro de estas relaciones jurídicas, analizaremos aquéllas en las que el Tribunal de Estrasburgo ha dictado unas relevantes sentencias, estableciendo una línea jurisprudencial que los tribunales internos de los Estados miembros del CEDH están siguiendo.

⁴⁶⁷ Art. 21.1: "Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación". *Vid.* H. Fulchiron, «La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen», *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, (Coords., L.D'Avout, D. Bureau, H. Muir-Watt), AA.VV., Issy-les-Moulineaux, Lextenso Éditions, 2014, pp. 362.

2.1. Adopción internacional

La adopción existe desde tiempos inmemoriales⁴⁶⁸, pero esta institución - así como su finalidad-, han ido evolucionando y cambiando a lo largo de los siglos. En el origen, su finalidad era la de garantizar la sucesión patrimonial y la continuación del nombre de la familia que no había podido tener descendencia. Las personas adoptadas eran personas mayores de edad que daban su consentimiento a la adopción y que, además, no perdían los vínculos jurídicos con sus familias de origen. Pero actualmente, la adopción se ha convertido fundamentalmente en una institución de protección de los menores que se hallan en situación de abandono y, a través de la misma, los menores se integran en sus familias de acogida. En estos supuestos, los menores sí pierden la vinculación jurídica con sus familias biológicas.

Este cambio hacia una institución de protección de menores se ha producido, sobre todo, en los países occidentales y con respecto a menores provenientes de países “en vías de desarrollo” o de países “subdesarrollados”. El hecho de que en los países occidentales el índice de natalidad sea muy bajo – como es el caso de España- y que, por el contrario, en los citados países en desarrollo, sea muy elevado, ha supuesto que las personas que quieren adoptar hayan dirigido su atención hacia dichos países. Esto ha producido la internacionalización de la adopción, con las dificultades que ello conlleva. Las dificultades son numerosas y afectan a diferentes ámbitos – culturales, psicológicos, sociales, jurídicos, etc.- pero nosotros nos limitaremos a estos últimos.

En el ámbito del Derecho internacional privado, y en el caso del ordenamiento español, las cuestiones que las adopciones internacionales plantean son, fundamentalmente, las relativas a la ley aplicable a la adopción, a la competencia de los tribunales españoles para la constitución de las adopciones y

⁴⁶⁸ En el Antiguo Testamento ya había referencias a las adopciones (en el Libro Primero, en la Génesis, y en el Libro Segundo, en el Éxodo), así como en el Derecho Romano clásico.

al reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero. Pero, estos problemas no son exclusivos del ordenamiento español, sino comunes a otros ordenamientos de nuestro entorno, tal y como veremos a continuación.

En el caso de las sentencias dictadas por el Tribunal en esta materia, la cuestión procesal suscitada ha sido la de la denegación de reconocimiento del vínculo adoptivo legalmente creado en el extranjero y sus consecuencias en relación con el derecho fundamental al respeto de la vida privada y familiar.

Una de las sentencias más destacables, es la dictada por el TEDH en el asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, sentencia de 28 de junio de 2007. Entre todas las interesantes cuestiones que la presente sentencia plantea, destacaríamos varios aspectos. El primero de ellos, sería el relativo a la continuidad de las relaciones jurídico-privadas internacionales válidamente constituidas en un Estado no miembro del CEDH⁴⁶⁹, en otro Estado miembro del Convenio y la continuidad de los derechos que derivan de dichas relaciones⁴⁷⁰. El segundo aspecto (que trataremos con más detalle al final de este Capítulo), es que lo resuelto por el Tribunal en esta sentencia ha tenido, por una parte, una notoria influencia en los diferentes Estados miembros del CEDH (a nivel doctrinal y jurisprudencial) y, por otra, un papel modernizador del Derecho internacional privado de dichos ordenamientos. Y, el tercer aspecto relevante de la sentencia fue el hecho de que el “interés superior de la menor” (en este caso se trataba de una niña) y las circunstancias sociales de la misma –“la realidad social de la situación”, según el Tribunal- primaron sobre una posible vulneración de las normas de conflicto de un Estado miembro del CEDH⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Vid. F. Marchadier, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2700; J.C. Fernández Rozas y P. de Miguel Asensio, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos”, *Textos y Materiales. Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, 2014, BIB 2013/2410; P. de Miguel Asensio, « El derecho a la vida privada y familiar como fundamento del reconocimiento de decisiones extranjeras », 11 de mayo de 2011, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>.

⁴⁷⁰ Vid. Apartado 133, « ... la Cour estime que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention ».

⁴⁷¹ Vid. J.P. Marguénaud, « L'État civil dans tous ses états : la transcription des jugements étrangers d'adoption plénière par une personne célibataire », *RTD Civ.* 2007, p. 738

La cuestión litigiosa que nos ocupa, afectaba a diversos aspectos propios de nuestra materia, como son el *exequátur* de una sentencia relativa a una adopción internacional dictada y declarada ejecutiva en el extranjero; la aplicación por parte de un Estado contratante del CEDH de sus normas de conflicto para denegar el mencionado *exequátur*⁴⁷² o, finalmente, la cuestión del orden público internacional del Estado de acogida de la menor adoptada. El Tribunal consideró que era, precisamente, el interés de la menor el que se oponía al rechazo del *exequátur* de la sentencia peruana y que la denegación del mismo situaba a la menor en una posición muy desfavorable con respecto a otros menores adoptados, causándole además, muchos inconvenientes en su vida cotidiana⁴⁷³. La labor del Tribunal con respecto a las normas de conflicto luxemburguesas no consistió en controlar el contenido de las normas que determinan la ilicitud -en dicho ordenamiento- de la adopción constituida en Perú, sino el contenido de los derechos fundamentales afectados por dichas normas⁴⁷⁴.

Por otra parte, estamos ante una sentencia en la que se reconoce el derecho de los menores a que la vida familiar constituida entre la persona adoptante y el menor o la menor en un determinado país, despliegue sus efectos en otro, con independencia de que dichos países formen o no parte de un mismo organismo⁴⁷⁵. No se trata, por el contrario, de una sentencia en la que -siguiendo con la constante doctrina jurisprudencial del Tribunal⁴⁷⁶- se reconozca el derecho

⁴⁷² El Gran Ducado de Luxemburgo alegó que el juez peruano no había aplicado correctamente las normas de conflicto correspondientes al asunto y dicho control de la ley aplicable le sirvió como base para la denegación del *exequátur*.

⁴⁷³ Esta postura la mantuvo posteriormente en el asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, (GS) sentencia de 6 de julio de 2010, aunque en este último caso el asunto tratara de la ejecución de una orden de retorno en un supuesto de sustracción internacional de un menor.

⁴⁷⁴ Algunos autores no han visto en dicha postura un desprecio hacia las normas de DIPr luxemburguesas, sino un respeto por parte del TEDH a la autonomía de los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente al derecho privado de los mismos, pero al mismo tiempo, una responsabilidad por parte de dichos Estados en las consecuencias concretas de su aplicación. *Vid.* P. Kinsch, «Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou», *Rev. cr. dr. int .pr.*, 96 (4), octobre-décembre 2007, p. 817.

⁴⁷⁵ Perú no es, lógicamente, un Estado miembro del Consejo de Europa.

⁴⁷⁶ El Tribunal reitera que dicho derecho no figura entre los derechos garantizados por el CEDH y deja patente que este asunto se diferencia del asunto *Fretté c. Francia*, sentencia de 26 de febrero de 2002, en que en este caso no se trata de la denegación de una solicitud de idoneidad para llevar a cabo una

a adoptar de las personas solteras. Es doctrina reiterada del Tribunal, que el derecho al respeto de la vida familiar del artículo 8 CEDH, no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar. El derecho regulado en dicho artículo presupone la existencia de una familia, pero no garantiza el simple deseo de crearla⁴⁷⁷. Dicho derecho a adoptar tampoco está reconocido como tal ni por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 ni por el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Son los menores quienes tienen derechos, entre los que se encuentra el derecho a conocer, en la medida de lo posible, a sus progenitores y a ser educados y cuidados por ellos. Según estableció la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁴⁷⁸, “la adopción internacional debe permitir a un/a niño/a encontrar una madre y un padre, respetando los derechos del mismo, y no debe permitir a unos padres extranjeros satisfacer a cualquier precio el deseo de tener un/a hijo/a; no existe un derecho a tener un/a hijo/a”. Por lo tanto, los Estados miembros del CEDH deben adoptar todas las medidas a su alcance, a fin de que dichas adopciones se realicen en el marco de los convenios internacionales elaborados al efecto y de que los menores no hayan sido objeto de tráfico o de abuso alguno.

Recientemente, el Congreso de los Diputados ha aprobado la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴⁷⁹ que, entre otras muchas normas, modifica la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional para mejorar y adaptar el sistema de adopción internacional al Reglamento comunitario nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, así como a los convenios internacionales aprobados en

adopción, sino del rechazo del exequátur de una sentencia relativa a una adopción plena, dictada tras un proceso riguroso y que, además, había sido declarada ejecutiva. Tampoco existe paralelismo entre este asunto y el asunto *Gas et Dubois c. Francia*, sentencia de 15 de marzo de 2012, porque en este último asunto, se trataba de una pareja de homosexuales que vivían como pareja de hecho y una de ellas solicitó la adopción simple de la hija de su pareja, solicitud que le fue denegada (Apartados 121 y 122).

⁴⁷⁷ Entre otras muchas sentencias, *E. B. c. Francia* (GS), sentencia de 22 de enero de 2008, párrafo 41; *Fretté c. Francia*, párrafo 32; *Marckx c. Bélgica*, sentencia de 13 de junio de 1979, párrafo 31; asunto *Schwizgebel c. Suiza*, sentencia de 10 de junio de 2010, apartado 72.

⁴⁷⁸ En la Recomendación 1443 (2000), “Por el respeto de los derechos del niño en la adopción internacional”.

⁴⁷⁹ *B.O.E.* núm. 180, de 29 de julio de 2015.

la materia y de los cuales España forma parte⁴⁸⁰. Concretamente, en materia de adopción internacional, se han modificado numerosos artículos de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre⁴⁸¹ cuyas principales novedades son: la clarificación tanto del ámbito de aplicación de la Ley como del propio concepto de adopción internacional; se refuerzan las garantías de los procedimientos adoptivos, determinándose la obligatoriedad de ser realizadas únicamente a través de la intermediación de los Organismos acreditados y únicamente entre países firmantes del Convenio de La Haya de 1993; se establecen con mayor claridad las obligaciones de las personas adoptantes; se regulan los efectos legales de las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación (por ejemplo, la *kafala*), acordadas por autoridades extranjeras, así como los de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras; asimismo, y en relación a la inscripción de las adopciones en el Registro Civil español, se establece el deber de solicitar la inscripción de nacimiento y de adopción de los menores en el correspondiente Registro, para que la misma surta efectos en España.

Volviendo al asunto que nos ocupa, detallaremos los hechos que dieron origen a la presente sentencia: la Sra. *Wagner* era una mujer soltera -de nacionalidad luxemburguesa- que decidió adoptar a una niña en Perú, después de asegurarse que Perú permitía la adopción de menores peruanos/as por parte de personas solteras y, a la vista de la práctica seguida por otras tantas luxemburguesas durante décadas⁴⁸². Inició, de buena fe, los trámites necesarios

⁴⁸⁰ La Ley 54/2007 se elaboró teniendo muy presente el Convenio de 1993, pero no así el Convenio de La Haya de 1996 ni el Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores (revisado), de 27 de noviembre de 2008, porque España no era parte de estos dos últimos textos a la fecha de la elaboración de la ley española. La actual modificación incorpora los principios inspiradores de ambos textos, junto con los del Reglamento nº 2201/2003.

⁴⁸¹ Se han modificado los arts. 1 a 19 (ambos inclusive), el art. 22, arts. 24 a 34 (ambos inclusive); se ha suprimido el art. 21, así como diversas disposiciones adicionales.

⁴⁸² Desde los años 1970 hasta los noventa, el Gran Ducado de Luxemburgo seguía una práctica con respecto a las adopciones internacionales solicitadas por personas solteras (la mayoría de ellas, mujeres), que acudían a Perú con el fin de adoptar niños/as originarios de dicho país. Una vez constituidas las adopciones ante los jueces competentes, las mujeres retornaban a su país de origen junto con los menores y las sentencias (y las correspondientes traducciones), las cuales eran automáticamente reconocidas, sin necesidad de *exequatur* ni de procedimiento de reconocimiento alguno. Tanto las madres como los/as menores eran reconocidos/as como tales. Pero, dicha práctica cambió radicalmente a partir de 1994, ya que las autoridades registrales dejaron, a instancias del Ministerio Fiscal, de reconocer dichas sentencias

para una adopción en Perú y, en noviembre de 1996, obtuvo la sentencia de adopción plena en dicho país de una niña peruana⁴⁸³. A través de la sentencia, la menor dejó de pertenecer a su familia consanguínea, pasó a ser “hija” de la adoptante y adquirió a partir de entonces los nombres y apellidos *J.M.W.L.* Un mes más tarde, la sentencia fue declarada ejecutiva e inscrita en el registro civil de Ayacucho-Huamanga (Perú).

Una vez en Luxemburgo, la Sra. *Wagner* solicitó el reconocimiento de la sentencia de Perú, tal y como venía haciéndose hasta la fecha, pero se lo denegaron. Ante dicha denegación, solicitó el *exequatur* de la resolución, haciendo constar que el objetivo del mismo era que la niña pudiera ser inscrita en un registro civil del Gran Ducado, que pudiera adquirir la nacionalidad de su madre adoptiva y que pudiera beneficiarse de un permiso de residencia definitivo en Luxemburgo. La Sra. *Wagner* agotó todos los recursos internos a su alcance y ante las sucesivas negativas, acudió en el año 2000 - en su nombre y en el de su hija-, al TEDH. Entretanto, la Sra. *Wagner* solicitó la adopción simple de la menor y, en el transcurso del proceso ante el tribunal europeo, se la acordaron⁴⁸⁴. También durante el mismo proceso, Luxemburgo se adhirió al Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁴⁸⁵.

Los artículos invocados por las demandantes ante el TEDH fueron el art. 6, el art. 8 y el art. 14 en combinación con el art. 8⁴⁸⁶. Consideraron que el art. 6

sin control alguno. Desgraciadamente para la Sra. *Wagner*, su expediente fue el primero afectado por este cambio.

⁴⁸³ Cuya madre había fallecido y que había sido trasladada a un orfanato por los malos tratos que sufría por parte de su familia. En el momento de su adopción, la menor tenía tres años.

⁴⁸⁴ Esta adopción integra al menor en la familia adoptante, pero su estatus no es equiparable al de un/a hijo/a biológico/a.

⁴⁸⁵ Gracias a lo cual pudo ser reconocida como tal en dicho Estado una adopción constituida en Perú, a favor de una mujer que envió durante el proceso de adopción, según consta en los apartados 65 y 157 de la sentencia.

⁴⁸⁶ Queremos destacar que el Tribunal en esta ocasión analizó por separado la vulneración del art. 8 y la del art. 8 en combinación con el art. 14. Este último, según la jurisprudencia del propio Tribunal, complementa al resto de disposiciones del CEDH y no puede ser invocado individualmente, dado que carece de existencia independiente. Sirve únicamente para “el disfrute de los derechos y libertades” garantizados por las disposiciones del CEDH y las de sus Protocolos, pero cualquier diferencia de trato no implica una vulneración automática de este artículo. Para que pueda ser aplicado, los hechos litigiosos tienen que entrar en el ámbito de aplicación de alguna disposición del CEDH. Se debe demostrar que

había sido vulnerado porque - en su opinión- no habían tenido un proceso equitativo, en la medida en que los jueces luxemburgueses no respondieron a sus alegaciones con respecto al art. 8 CEDH. Por otra parte, la vulneración del art. 8 vendría provocada porque la denegación del *exequátur* de la sentencia dictada en Perú, vulneraba el derecho al respeto de la vida familiar de ambas, dado que no reconocía el vínculo familiar constituido válidamente en el extranjero. Por último, solicitaron que se estimara la vulneración del art. 14 combinado con el art. 8, porque entendían que las demandantes eran objeto de una discriminación injustificada. La menor, porque era discriminada con respecto a otros/as menores peruanos adoptados/as por un matrimonio de luxemburgueses (aunque posteriormente se hubiesen divorciado o hubiese fallecido uno de ellos). Y la madre soltera, porque también sufría una discriminación con respecto a una persona casada que hubiese o quisiese adoptar a un/a menor peruano/a.

El TEDH falló a favor de las mismas en todos y cada uno de los artículos alegados y condenó por unanimidad al Gran Ducado de Luxemburgo, “por partida doble”. Es decir, fue condenado por la vulneración del derecho a la vida familiar de las demandantes (art. 8) y también lo fue por la discriminación en el disfrute del mismo derecho (art. 8 en combinación con el art. 14). Lo habitual en estos casos suele ser, una vez constatada la violación de un derecho, que el TEDH considere innecesario analizar el mismo derecho desde la perspectiva de la no discriminación, porque se la suele considerar subsumida en la primera vulneración.

Por otra parte, esta sentencia tiene la particularidad⁴⁸⁷ de que se aplicaron tres técnicas de control jurisdiccional de los derechos humanos, sobre todo en lo que al art. 8 se refiere. El TEDH analizó la conformidad o no de las decisiones de los tribunales luxemburgueses con respecto al CEDH, desde tres “puntos de

personas en situaciones análogas gozan de un trato preferencial y que tal distinción es discriminatoria. Según la jurisprudencia del propio Tribunal, una distinción es discriminatoria, en el sentido de este artículo, si carece de justificación objetiva y razonable. *Vid.*, entre otros, los asuntos *Petrovicth c. Austria*, sentencia de 27 de marzo de 1998, apartado 22; asunto *Mizzi c. Malta*, sentencia de 12 de enero de 2006, apartado 126; *Mazurek c. Francia*, sentencia de 1 de febrero de 2000, apartado 46.

⁴⁸⁷ Según P. Kinsch, “Non-reconnaissance pour défaut... », *loc. cit.*, p. 816.

vista”. En primer lugar, examinó la posible vulneración del art. 8 desde el punto de vista de las obligaciones positivas⁴⁸⁸, que recaen en los Estados contratantes para garantizar el respeto de los derechos regulados en el primer párrafo del artículo (apartado 120). Pero, en segundo lugar, el Tribunal consideró la posibilidad de que el rechazo del *exequátur* pudiera constituir una obligación negativa, es decir, una injerencia por parte de las autoridades públicas del Estado demandado (párrafo 2 del art. 8) en el derecho al respeto de la vida familiar de las demandantes (apartado 123).

A pesar de que el propio Tribunal suele manifestar que los principios aplicables a unas como a otras obligaciones son similares⁴⁸⁹, no suele ser habitual que analice un supuesto de hecho desde ambos puntos de vista. Consideró que la denegación del *exequátur* era una injerencia en el derecho a la vida familiar de las demandantes⁴⁹⁰ y como tal la examinó para decidir si era o no lícita. En tercer y último lugar, analizó el asunto desde el punto de vista del art. 8 CEDH en combinación con el art. 14 CEDH. El Tribunal mencionó expresamente que, una vez declarado aplicable (y vulnerado) el art. 8 CEDH, el art. 14 CEDH podía aplicarse conjuntamente. Tanto en este último caso como en el segundo supuesto (la consideración de la denegación de *exequátur* como una injerencia), el control efectuado es similar.

Centrándonos en la injerencia cometida por los tribunales luxemburgueses en el derecho al respeto de la vida familiar de la Sra. *Wagner* y de su hija (reconocida por el Tribunal en el apartado 123), quedaba por determinar si la misma “estaba prevista por la ley”, si “perseguía un fin legítimo” y si “era necesaria en una sociedad democrática”. Según el Tribunal, la base legal de la medida estaba en los artículos 367 y 370 del Código civil luxemburgués. Con respecto al fin legítimo, el Tribunal afirmó que el rechazo del *exequátur* de la

⁴⁸⁸ Se trataría de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos de las personas regulados en el primer párrafo del art. 8.

⁴⁸⁹ Tal y como hace en este caso, en el apartado 123.

⁴⁹⁰ El antecedente de la consideración de que el rechazo del *exequátur* de una sentencia extranjera constituye una injerencia en el derecho fundamental al respeto de la vida familiar (y en aquel supuesto también en el derecho al respeto de los bienes), lo encontramos en el asunto *Hussin c. Bélgica*, sentencia de 6 de mayo de 2004.

sentencia, tenía como fin la “protección de la salud y de la moral” y los “derechos y libertades” de la menor (apartado 126), por lo que dicho fin legítimo se cumplía. Y, por último, para apreciar la “necesidad” de la medida litigiosa “en una sociedad democrática”, el principal criterio utilizado por el Tribunal fue el de la proporcionalidad, entendido como el examen de la situación concreta (real) de las demandantes. El Tribunal tuvo en cuenta, por una parte, lo que las demandantes “esperaban” en cuanto a la estabilidad de la situación jurídica adquirida a través de la sentencia peruana⁴⁹¹, así como de la práctica realizada durante décadas por las autoridades administrativas y registrales de Luxemburgo⁴⁹²; y, por otra parte, analizó la legitimidad de la injerencia cometida por las autoridades luxemburguesas en la vida familiar de las demandantes.

El Tribunal ratificó una postura jurisprudencial que viene manteniendo, a propósito del reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente constituidas en el extranjero y que entran dentro del ámbito de aplicación del art. 8 CEDH⁴⁹³. En este caso, reconoció que la situación creada en Perú se constituyó tras un proceso válido y que dicha relación se correspondía con el concepto de vida familiar regulado en el art. 8 CEDH. Pero, el hecho de que dicha vida familiar no desplegara todos sus efectos en territorio luxemburgués, tuvo como consecuencia el que las demandantes tuvieran que hacer frente a múltiples obstáculos en su vida diaria⁴⁹⁴. La falta de reconocimiento de los vínculos familiares existentes

⁴⁹¹ La primera demandante confiaba en que dicha relación tendría validez tanto en el Estado de origen como en su Estado nacional. En este sentido, *vid.* A. Bucher, “La famille en Droit International Privé”, *RCADI*, 2000, t. 283, p. 101.

⁴⁹² Apartado 130, « *En l'espèce, une pratique existait avant les faits litigieux, selon laquelle les jugements péruviens ayant prononcé une adoption plénière étaient reconnus de plein droit au Luxembourg. Ainsi – et le Gouvernement ne le conteste pas –, plusieurs femmes célibataires avaient pu transcrire un tel jugement sur les registres de l'état civil luxembourgeois sans en demander l'exequatur. La première requérante entreprit dès lors ses démarches de bonne foi en vue d'une adoption au Pérou. L'intéressée ayant suivi toutes les règles imposées par la procédure péruvienne, le juge prononça l'adoption plénière de la deuxième requérante. Une fois au Luxembourg, les requérantes pouvaient légitimement s'attendre à ce que l'officier de l'état civil procédât à la transcription du jugement péruvien. Toutefois, la pratique de la transcription des jugements avait subitement été abrogée et leur dossier fut soumis à l'examen des autorités judiciaires luxembourgeoises* ».

⁴⁹³ *Vid.* Entre otras, STEDH asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandi c. Reino Unido*, sentencia de 28 de mayo de 1985, apartados 48 y 63.

⁴⁹⁴ Por ejemplo, en el caso de la menor, al no haber adquirido la nacionalidad luxemburguesa de su madre, tenía que solicitar regularmente el permiso de estancia/residencia en Luxemburgo y el visado para trasladarse a determinados países, especialmente, a Suiza. En el caso de la madre, ésta sufría los

entre las demandantes por parte de las autoridades luxemburguesas y, que éstas no hubiesen realizado un análisis concreto de la situación social de las mismas, fue lo que provocó la condena de Luxemburgo, por vulneración del art. 8 CEDH. De la misma manera, la constatación de que la menor adoptada por una mujer soltera luxemburguesa no tuviera los mismos derechos que los/as niños/as adoptados/as por un matrimonio luxemburgués y le supusiera tantos inconvenientes en su vida diaria, “sin relación razonable alguna entre los medios empleados y el objetivo perseguido”, bastó al Tribunal para volver a condenarlo por vulneración del art. 8 en combinación con el art. 14 CEDH.

Los tribunales luxemburgueses realizaron un control tanto de la competencia judicial internacional del juez de origen, como de la ley aplicable al asunto. De esta manera, dicho Estado demostró que no era favorable a la liberalización de la recepción de las sentencias extranjeras, cuyo elemento más destacable es la desaparición del control de la ley aplicada por el juez de origen⁴⁹⁵, con la única excepción del orden público⁴⁹⁶. Los tribunales luxemburgueses consideraron que el juez peruano era competente para conocer del asunto⁴⁹⁷ y dictar la correspondiente sentencia, pero estimaron que no había aplicado correctamente la ley al fondo del asunto y, por ello, denegaron el *exequátur* de la sentencia peruana. Según dichos tribunales, siendo la adoptante nacional luxemburguesa, las condiciones exigidas a la misma para adoptar, se regían por su propia ley nacional y el art. 367 del Código civil luxemburgués, prohibía la adopción plena por parte de una persona soltera. En relación a esta imposibilidad, el TEDH puso de manifiesto que en Europa, la adopción realizada por personas solteras estaba bastante armonizada y que la mayoría de los Estados

inconvenientes “de rebote”, dado que tenía que cumplimentar todos los trámites administrativos necesarios para su hija menor de edad.

⁴⁹⁵ Incluso en materia de Derecho de familia y del estado civil.

⁴⁹⁶ Vid. P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé », *RCADI*, 1986, t. 196, pp. 182-188.

⁴⁹⁷ En virtud del art. 370 del Código civil luxemburgués. Asimismo, este artículo establece que las condiciones establecidas para adoptar, en el caso de los nacionales luxemburgueses, están establecidas por su ley nacional.

la permitían⁴⁹⁸. Por lo tanto, en base al mencionado artículo, las autoridades del Estado demandado fallaron que la Sra. *Wagner* no podía adoptar plenamente a su hija y que las autoridades peruanas no habían respetado la aplicación del ordenamiento jurídico luxemburgués.

El TEDH no reprochó a los tribunales luxemburgueses que realizaran dicho control, incluso lo consideró “prudente” por parte de los mismos, en aras a proteger los derechos de los menores en las adopciones internacionales⁴⁹⁹ pero, que permitiera dicho control no quiere decir que el resultado del mismo fuera considerado acorde a los derechos humanos de las afectadas.

Tanto el Estado de origen de la sentencia como el requerido, son Estados miembros de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, cuyo art. 21 c) establece que en caso de adopción llevada a cabo en el extranjero, los Estados deberán velar por que el/la menor se beneficie de las garantías y de las normas equivalentes a las existentes en los casos de adopciones nacionales lo que, en palabras de A. *Bucher*⁵⁰⁰, “debe traducirse, necesariamente, en el reconocimiento de las adopciones realizadas en el extranjero”. El TEDH consideró que, el hecho de no hacerlo, había vulnerado el derecho al respeto de la vida familiar de las demandantes y el principio de no discriminación. El Gran Ducado de Luxemburgo podía haber eludido la contundente condena del Tribunal europeo, protegiendo los derechos fundamentales de la menor, primando el interés superior de la misma y atendiendo a la realidad social de la situación, en lugar de realizar una estricta aplicación de sus discriminatorias normas de conflicto.

⁴⁹⁸ Apartado 129, «*La Cour observe qu'en la matière la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, une étude de la législation des Etats membres révèle que l'adoption par les célibataires est permise sans limitation dans la majorité des quarante-six pays (paragraphe 70 ci-dessus)*». Efectivamente, el Estado luxemburgués es uno de los pocos Estados europeos (junto con Italia y Montenegro) en los que una persona sola no puede solicitar la adopción plena. El art. 367 del Código civil sólo prevé la adopción plena para los cónyuges no separados. Cabe la adopción plena por parte de una persona en un único supuesto: en el caso de una adopción solicitada por un cónyuge con respecto al hijo/a del otro cónyuge. Existe no obstante la adopción simple, aunque sólo se constituye en contadas ocasiones. Por ejemplo, cuando la adopción plena no es posible o cuando los adoptantes son personas solas. La gran diferencia entre ambas es que con la adopción simple, el /la menor adoptado/a no pierde el vínculo con su familia de origen. Y a pesar de que se crea un vínculo de parentesco entre adoptante y adoptado/a, la asimilación con respecto a un/a hijo/a biológico/a no es total.

⁴⁹⁹ El TEDH recuerda en este aspecto la Recomendación 1443(2000) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, “Por el respeto de los derechos del niño en la adopción internacional”.

⁵⁰⁰ A. *Bucher*, *loc. cit.* p. 99.

Otra de las sentencias relevantes en cuanto a denegación de reconocimiento de una situación jurídica creada en el extranjero se refiere, es el asunto *Negrepointis-Giannisis c. Grecia*⁵⁰¹. En esta ocasión, se trataba de una -poco habitual- adopción internacional, entre un tío (un monje y obispo de la Iglesia Ortodoxa de Cristo) y su sobrino mayor de edad (de veinte años de edad, en el momento de los hechos). No es, por tanto, un asunto relativo a un menor, pero consideramos importante mencionarlo, dada la relevante doctrina relativa al derecho reconocimiento del estatus de “familia” válidamente constituido y reconocido judicialmente en el extranjero, establecida por el TEDH en el mismo⁵⁰².

El Tribunal Supremo griego invocó como causa de oposición al reconocimiento de la resolución de adopción dictada en Estados Unidos, la contrariedad de la misma con el orden público internacional y las buenas costumbres griegas. Por el contrario, los jueces europeos consideraron que, a pesar del margen de apreciación del que gozan los Estados en estos asuntos y, dado que dicha causa de denegación tenía como efecto la negación del estatus de

⁵⁰¹ Sentencia de 3 de mayo de 2011. J.M., Velázquez Gardeta, “Algunas reflexiones en torno a la sentencia *Negrepointis-Giannisis contra Grecia* y la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras”, *R.V.A.P.* núm. especial 99-100, mayo-diciembre 2014, pp. 2989-3004; asimismo, P. Franzina, “Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad”, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 5, nº 3, 2011, pp. 609-616; P. De Miguel Asensio, “El derecho a la vida privada y familiar como fundamento del reconocimiento de decisiones”, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, 11 de mayo de 2011.

⁵⁰² Los hechos de dicho asunto son, brevemente, los siguientes: El Sr. *Negrepointis*, obispo de la Iglesia ortodoxa en Detroit (Estados Unidos), adoptó a su sobrino mayor de edad, el Sr. *Giannisis*, ciudadano griego, residente en el momento de los hechos en Estados Unidos por motivos académicos. Al finalizar sus estudios universitarios, el sobrino volvió a Grecia y siguió manteniendo contacto con su padre adoptivo, durante catorce años más, hasta que éste murió (también en Grecia), en 1998. El Sr. *Negrepointis* dejó una considerable fortuna, que provocó que se desatara un litigio sucesorio entre los hermanos y hermanas del fallecido y el hijo adoptivo-sobrino. Este último se erigió en único heredero pero una de las hermanas del causante solicitó del Tribunal Supremo de Grecia que declarara que la norma canónica que prohibía ser adoptantes a los monjes, formaban parte no sólo de la ley civil griega sino del orden público internacional. En consecuencia, la adopción constituida en el extranjero no podía ser reconocida en Grecia. El Alto Tribunal griego dictó la sentencia en el sentido solicitado por la tía, argumentando que el reconocimiento de la sentencia de adopción extranjera vulneraba el orden público internacional (“según la concepción religiosa y moral de la Iglesia ortodoxa oriental de Cristo”) y que no podía ser reconocida. El hijo adoptivo acudió al TEDH y éste consideró que Grecia había vulnerado derechos sustantivos del demandante, tales como el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el derecho al respeto de los bienes y el derecho a la no discriminación; y, derechos procesales como el derecho a un proceso equitativo, del que se deriva el derecho a la ejecución internacional de las sentencias, incluso aunque éstas provengan de un Estado no miembro del CEDH. El Estado griego fue condenado por vulneración del art. 8, el art. 6.1 y del art. 1 del Protocolo nº 1.

filiación adoptiva creado en el extranjero, los motivos no eran “proporcionales al fin legítimo perseguido”, ni respondían a una “necesidad social imperiosa”. En consecuencia, estimaron vulnerado el artículo 8 CEDH.

Los aspectos más relevantes de esta resolución serían, por una parte, considerar que el no reconocimiento de una sentencia extranjera dictada en el ámbito del Derecho de familia, constituía una vulneración de diversos derechos fundamentales del Convenio, entre los que se encontraban el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8), el propio artículo 6.1 y el artículo 1 del Protocolo nº 1. Y, por otra, reconocer -siguiendo lo ya establecido en los asuntos *Wagner y McDonald c. Francia*⁵⁰³- el derecho fundamental a la ejecución efectiva de las resoluciones judiciales, como corolario del derecho a un proceso equitativo (artículo 6.1 del CEDH).

En el caso del asunto *McDonald c. Francia*⁵⁰⁴, el TEDH afirmó, por una parte que, en aquellos litigios cuya resolución sea determinante para derechos de carácter civil, el artículo 6.1 CEDH se aplicará tanto a la ejecución de las sentencias extranjeras como a la de las sentencias internas⁵⁰⁵. Es decir, a estos efectos, se asimilaron las sentencias internas a las sentencias extranjeras. Y, por otra, la consideración de que el art. 6.1CEDH conlleva en sí un derecho un

⁵⁰³ Decisión de 29 de abril de 2008.

⁵⁰⁴ El diplomático americano Sr. McDonald contrajo matrimonio en Francia, con una mujer francesa. El matrimonio tuvo un hijo. Años más tarde, el marido interpuso -ante los tribunales de Marsella- una demanda de divorcio contra su esposa, por incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones matrimoniales por parte de ésta. Pero el tribunal francés denegó dicha petición de divorcio, porque no quedó probado dicho incumplimiento grave y reiterado. Lo que sí autorizó fue la separación de la pareja, otorgando al mismo tiempo la patria potestad conjunta del hijo a ambos progenitores, la guarda y custodia a la madre y, al padre, un derecho de visita y la obligación de contribuir mensualmente a las cargas del matrimonio. Ningún miembro de la pareja recurrió dicha resolución, por lo que adquirió firmeza. Un año más tarde, el Sr. *McDonald* interpuso una nueva demanda de divorcio en Florida (Estados Unidos). En esta ocasión, este tribunal sí acordó el divorcio, pero remitió a los tribunales franceses la competencia para la determinación de algunos aspectos directamente vinculados al divorcio, como la guarda del menor, el derecho de visita o la contribución a las cargas del matrimonio. El Sr. *McDonald*, basándose en esta resolución, dejó de pagar los alimentos que estaba abonando desde la sentencia francesa. Posteriormente, el demandante se volvió a casar con otra nacional francesa y dos años más tarde solicitó ante los tribunales franceses, el *exequátur* de la sentencia de divorcio americana. Dicha solicitud le fue denegada porque no quedó acreditado que la titular del privilegio de jurisdicción (la primera mujer del demandante), hubiese renunciado a dicho privilegio, por lo que ese hecho constituía un obstáculo para el *exequátur* de una sentencia extranjera.

⁵⁰⁵ « *La Cour rappelle qu'elle a déjà jugé qu'en matière de contestation dont l'issue est déterminante pour des droits de caractère civil, l'article 6 s'applique aussi bien à l'exécution des jugements nationaux qu'à l'exécution des jugements étrangers* ».

derecho al reconocimiento, basado directamente en el concepto de proceso equitativo⁵⁰⁶ y que dicho artículo implica un control de las normas de competencia vigentes en los Estados contratantes, para comprobar que estas últimas no vulneran un derecho protegido por el CEDH.

En este caso, se trataba de la denegación del reconocimiento y de la ejecución por parte de los tribunales franceses de una sentencia de divorcio dictada en Florida. La denegación se acordó en base a la falta de competencia judicial internacional de los tribunales americanos, dado que los tribunales exclusivamente competentes (según las autoridades judiciales francesas) eran los tribunales franceses, en virtud del artículo 15 del código civil francés⁵⁰⁷. Este artículo – cuyo origen se remonta al siglo XVIII y que constituye un claro ejemplo de foro exorbitante-, establecía un privilegio de competencia indirecta a favor de los nacionales franceses, destinado a proteger a aquellos franceses que emigraran a países cuyos sistemas jurídicos pudieran no respetar las normas de competencia establecidas en su Estado de origen. Si la persona titular de dicho privilegio no renunciaba al mismo, según la jurisprudencia interna, ese hecho constituía un obstáculo para el *exequátur* de una sentencia, tal y como sucedió en esta ocasión.

A pesar de que el TEDH reconoció que la denegación del *exequátur* constituía una injerencia en el derecho a un proceso equitativo del demandante (art. 6.1 CEDH), también achacó dicha situación a la inacción del demandante, por no haber interpuesto el correspondiente recurso cuando tuvo ocasión de hacerlo. El demandante dejó transcurrir el plazo para recurrir la sentencia de instancia, convirtiéndose de esta manera en firme y, posteriormente, inició otro

⁵⁰⁶ Vid. P. Kinsch, « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue critique de droit international privé*, 2011, p.817 ; *id.*, « Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad- Private International Law Rules and European Human Rights Law », *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Eleven International Publishing, 2010, pp. 267-269.

⁵⁰⁷ El artículo 15 establecía: « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ». Este artículo dejó de ser calificado como competencia exclusiva por la *Cour de cassation* francesa, en 2006.

procedimiento de divorcio ante los tribunales de otro Estado, realizando de esta manera un *fórum shopping* y obteniendo un divorcio “fraudulento”.

Para concluir, podemos afirmar que, a pesar de que las sentencias existentes en materia de adopción internacional no sean muy numerosas, la postura adoptada por los jueces europeos en relación con el reconocimiento del vínculo o del estatus familiar válidamente creado en el extranjero, ha sido favorable a dicho reconocimiento y contraria a su denegación, por considerar que la misma puede vulnerar determinados derechos fundamentales. Sin embargo, tal y como podremos observar a continuación, no sucede lo mismo en relación a la *kafala*.

2.2. La *Kafala*

Otra de las materias en las que también se ha planteado el reconocimiento del vínculo constituido en el extranjero ha sido la de la *kafala*⁵⁰⁸. A pesar de que las sentencias dictadas en relación a esta institución de protección de menores no son numerosas, por no decir escasas—dos, hasta la fecha—, han sido lo suficientemente relevantes como para influir en la modificación de algunas legislaciones nacionales en la materia. Concretamente, en el caso del ordenamiento español, la recientemente aprobada Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵⁰⁹, menciona expresamente la primera sentencia dictada en la materia, en el asunto

⁵⁰⁸ En relación a la definición de la *kafala*, *Vid.* International Reference Centre for the Rights of Children Deprived of their Family (ISS/IRC), “Specific Case: Kafalah”, Fact Sheet n° 51, Geneva, 2007. Y sobre esta materia, *Vid.* A. Rodríguez Benot, “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la “*Kafala*””, *Revista General de Derecho*, n° 667, año LVI, abril 2000, págs. 4419 y ss. y A. Rodríguez Benot, “Adopción y *kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales”, *REDI*, XVII Jornadas AEPDIRI, 2007; C. I. Cordero Álvarez, “Adopción en Europa y efectos de la *Kafala* en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 455-489; F. Kuttly, “Islamic Law and Adoptions”, AA.VV., *The Intercountry Adoption Debate: Dialogues Across Disciplines*, Valparaiso University Law School, June 2014, pp.1-44, <http://ssrn.com/abstract=2457066>.

⁵⁰⁹ *B.O.E.* núm. 180, de 29 de julio de 2015.

*Harroudj c. Francia*⁵¹⁰, al tiempo que incorpora en la modificación de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, los aspectos relativos al reconocimiento en España de las decisiones relativas a esta institución de protección de menores⁵¹¹ e introduce un apartado en el artículo 19, en el que se establece la imposibilidad de constituir adopciones de menores en los supuestos en los que su ley nacional las prohíba⁵¹².

La sentencia *Harroudj c. Francia* se dictó tras la solicitud de equiparación de una *kafala* constituida en Argelia, con respecto a una menor originaria de dicho país, a una adopción internacional en el Estado al que es trasladada dicha menor (Francia). Se trataba de una cuestión inédita -hasta ese momento- para el Tribunal, en la que se le planteó si la imposibilidad de establecer el vínculo de filiación, derivada de la prohibición de transformación de la *kafala* en adopción - que establecía la normativa interna del Estado demandado⁵¹³-, vulneraba o no el derecho al respeto de la vida familiar de la demandante, regulado en el art. 8 del CEDH.

La relevancia del asunto radicaba en otros aspectos. En primer lugar, en el pronunciamiento del TEDH con respecto a la protección que otorgan a los menores la *kafala* y la adopción internacional, sobre todo en torno al vínculo de filiación. En este sentido, conocer la posición del Tribunal en relación a la consideración de dicha protección como suficiente o no con respecto al principio del “interés superior del menor” y, en relación a si dicha protección vulneraba o no un derecho fundamental del/de la menor, fue de gran relevancia. Por otra parte, consideramos destacable el hecho de que el Estado demandado fuera Francia, por las especiales relaciones políticas y culturales que dicho país tiene

⁵¹⁰ Sentencia de 4 de octubre de 2012. La Ley menciona erróneamente como fecha de la sentencia la fecha en la que se convirtió en definitiva (4/01/2013), no la fecha en la que fue dictada, que fue en 2012.

⁵¹¹ Artículo 34 de la Ley 54/2007.

⁵¹² Apartado 4 del artículo 19: “En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción, se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública”.

⁵¹³ En concreto, el art. el art. 370-3, apartado 2 del Código civil, dispone que “la adopción de un menor extranjero no puede ser aprobada si su ley personal prohíbe esta institución, salvo que ese menor haya nacido y resida habitualmente en Francia”. Este artículo fue incorporado al Código civil a través de la Ley nº 2001-111, de 6 de febrero de 2001 que introdujo en dicho texto artículos relativos a la adopción internacional.

precisamente con Argelia y con otros países musulmanes como Marruecos, Túnez, Mauritania, etc. Estas relaciones han provocado el que muchas familias francesas o con doble nacionalidad, hayan acogido a través de la *kafala* a menores y se hayan encontrado con este obstáculo en su ordenamiento⁵¹⁴. Este aspecto pudo también influir en la decisión del TEDH.

La demanda ante el TEDH la interpuso la francesa *Katya Harroudj*, “madre acogedora” a través de la *kafala* de una niña argelina (*Zina Hind*), que fue abandonada al nacer por su madre biológica (la madre eligió el “parto anónimo” o “*accouchement sous x*”), y cuyo padre biológico era también desconocido. La niña fue autorizada a salir del territorio argelino⁵¹⁵ y a residir en Francia, lugar al que llegó junto a su “madre acogedora” en 2004⁵¹⁶. En 2006, la Sra. *Harroudj* solicitó ante los tribunales franceses que se constituyera una adopción plena sobre la niña, dado que dicha solución era la más adecuada al “interés superior de la menor”. De esta manera, se crearía el vínculo de filiación que permitiría a la menor adquirir derechos sucesorios y un acceso más rápido de la nacionalidad de su madre. Ante las sucesivas denegaciones de las instancias internas, la madre acudió en 2009 al TEDH. La demandante alegó la vulneración de los artículos 8 y 14 CEDH. Consideraba que el hecho de que se le denegara la posibilidad de adoptar a *Hind* y, en consecuencia, de que no se pudiera establecer el vínculo de filiación entre las dos, vulneraba de manera desproporcionada su derecho al respeto de la vida familiar (art. 8). Asimismo, entendió que la disposición del Código civil francés aplicable al asunto, vulneraba el art. 14 combinado con el 8 CEDH, porque creaba una discriminación basada en la ley nacional de la menor, al remitir dicha norma a esta última como ley aplicable a la constitución de la adopción⁵¹⁷. El TEDH falló a favor del Estado francés porque estimó que éste, dentro del margen de apreciación que le correspondía, no había

⁵¹⁴ Y esto es lo que, en opinión de algunos autores franceses, ha provocado la introducción del art. 370.3, 2º apartado. Vid. P. Salvage-Gerest, “Adoptabilité, un problème posé par la *kafala*”, *Dalloz Action, Droit de la famille*, 2010.

⁵¹⁵ Previamente, los tribunales argelinos acordaron el cambio de apellidos de la menor, a fin de que fueran los mismos que los de la Sra. *Harroudj*, tras lo cual la niña pasó a llamarse *Hind Harroudj*.

⁵¹⁶ Lugar en el que continúa residiendo desde entonces junto a su madre y a la madre de ésta.

⁵¹⁷ Porque la ley argelina, ley nacional de la menor, prohíbe la constitución de la adopción. Vid. F. Kutty, *loc. cit.* p. 1.

incumplido el derecho al respeto de la vida familiar de la demandante. Valoró que Francia, respetando la *kafala* tal y como estaba concebida y regulada en su ordenamiento de origen, facilitaba la integración de los menores extranjeros acogidos en virtud de aquélla, sin cortar los vínculos de dichos menores con las normas de su país de origen y respetando, al mismo tiempo, el pluralismo cultural⁵¹⁸. El TEDH no facilitó el recurso o la constitución de una institución absolutamente contraria al ordenamiento de origen de la menor acogida⁵¹⁹, sino que articuló su fallo en torno al respeto del pluralismo cultural, dejando de lado la consideración del interés superior de la menor.

Para llegar a dicha conclusión, el TEDH estimó –en primer lugar- que entre *Katya Harroudj* y la niña existía “vida familiar”. Para ello, tuvo en cuenta la corta edad de la menor en el momento de ser acogida (tres meses) y la continuidad de la vida en común con la demandante, por lo que estimó que dicha relación entraba en el ámbito de aplicación del art. 8. A continuación, el Tribunal especificó que la relación protegida por el artículo 8 CEDH era la existente entre la madre y la niña acogida y no el derecho de la demandante a adoptar o a fundar una familia (al igual que lo hiciera en el asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*). Esta consideración tuvo como consecuencia el que las sentencias denegatorias dictadas por los tribunales franceses, no fueran consideradas una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de la demandante (apartado 47). El argumento que utilizó para ello fue, que “la demandante no se queja de ningún otro obstáculo en el desarrollo de su vida familiar”⁵²⁰ (hecho que no era cierto), pero que la Sra. *Harroudj* defendía que el derecho al respeto de su vida

⁵¹⁸ Este fallo habrá provocado, a buen seguro, un “sentimiento de decepción” en una gran parte de la doctrina francesa, entre la que existe una posición contraria a la no asimilación de la *kafala*, según afirman Caroline Siffrein-Blanc en « Le refus de métamorphoser une *Kafala* en adoption n’est pas contraire au droits fondamentaux », *RDLF* 2012, chron, n° 25, www.revuedlf.com; A. Boiché, “Le sort des enfants recueillis par *kafala* en matière d’adoption: la Cour européenne des droits de l’homme approuve la position prohibitive du droit français”, *AJ Famille*, 2012, p. 546 ; o, según establece J.P. Marguénaud, “La réception européenne de la *kafala*”, *RTD Civ.*2012, p. 705. Este tema despierta en la doctrina francesa un debate sobre los derechos parentales, según H. Fulchiron, «Adoption sur *kafala* ne vaut », *Recueil Dalloz*, 2007, n° 12, p. 816.

⁵¹⁹ *Vid.* M. Kebir, « *Kafala*: le refus d’adoption ne porte pas atteinte au respect de la vie familiale », *Dalloz actualité*, 17 octobre 2012.

⁵²⁰ « ...la requérante ne se plaint pas d’obstacle majeur dans le déroulement de sa vie familiale... » (apartado 47).

familiar implicaría la asimilación de la *kafala* a una adopción plena y, por lo tanto, al establecimiento de la filiación, asimilación prohibida por el art. 370-3 del Código civil francés.

La demandante se quejó de que el no reconocimiento del vínculo de filiación suponía que su hija no pudiera tener acceso de manera más rápida y directa a la nacionalidad francesa de su madre⁵²¹ o que, en caso de que ella falleciera, la niña no tuviera derecho a quedarse con su madre, es decir con su “abuela de acogida”; así como el hecho de que tampoco tendría derechos sucesorios. Pero, no fue la única que puso de manifiesto dichas dificultades, tal y como consta expresamente en la sentencia (apartado 27)⁵²². Estimamos que todas estas exclusiones o prohibiciones con respecto a la menor, sí podrían ser calificadas como injerencias en el desarrollo de la vida familiar de la misma, en contra de lo que ha fallado el TEDH. Éste último consideró, sin embargo, que la imposibilidad de adoptar y las consecuencias de dicha prohibición, no constituían una injerencia por parte de las autoridades nacionales.

Esta calificación no es baladí⁵²³, porque el Tribunal, al hacerlo, no enmarcó el asunto en el apartado 2 del art. 8 CEDH, sino en el primer apartado del mismo. Es decir, resolvió que había que analizar el asunto desde el punto de vista de las obligaciones positivas que se derivan del art. 8.1 CEDH⁵²⁴ y que éstas

⁵²¹ El art. 21-12 del Código civil francés establece que el menor adoptado por una persona de nacionalidad francesa puede, hasta su mayoría de edad, declarar que reclama la calidad de francés/a, siempre y cuando en ese momento, se halle residiendo en Francia. Con respecto a los menores acogidos y educados por una persona de nacionalidad francesa, éstos deberán residir por lo menos cinco años en Francia, para poder solicitar la nacionalidad francesa y tres, si se hallan acogidos por los servicios sociales.

⁵²² Según se desprende de la propia sentencia, el Defensor del Menor y el Consejo Superior de la adopción franceses, han denunciado, en sus informes de 2004 y de 2005, así como en una Opinión de 2007, diversas dificultades administrativas y otras relacionadas con la adquisición de la nacionalidad, para los menores acogidos, provocadas por la ausencia del vínculo de filiación con la persona “acogedora”.

⁵²³ Vid. N. Hervieu, “L’adoption internationale aux prises avec la *kafala* sous le regard européen », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012.

⁵²⁴ El efectivo respeto de estos derechos genera (tal y como hemos mencionado en el Capítulo II de la tesis), unas obligaciones a los Estados parte, que se clasifican en obligaciones positivas y en obligaciones negativas. Las positivas consistirían en que los Estados contratantes adoptaran las medidas necesarias en orden a garantizar los derechos regulados y las negativas, en abstenerse de realizar cualquier injerencia en el disfrute de dichos derechos. Tanto en el caso de las positivas como de las negativas, los principios aplicables son similares. Vid. A.R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 127-187.

deben ser interpretadas de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. En este caso, el Tribunal no siguió el *iter* que suele seguir en los supuestos en los que considera que sí ha habido una injerencia⁵²⁵, es decir, el análisis relativo a la “base legal” de la injerencia, “si persigue o no un fin legítimo” o si “es necesaria en una sociedad democrática”. El examen actual fue desde el punto de vista de las obligaciones positivas, que consisten en las medidas que deben adoptar las autoridades nacionales para garantizar el respeto del derecho en cuestión y el disfrute del mismo por parte de las personas afectadas⁵²⁶. Y, en relación al concepto de “respeto” en el sentido del artículo 8, el Tribunal puso nuevamente de manifiesto que éste no es nada claro, “sobre todo en lo que a las obligaciones positivas inherentes a dicho concepto se refiere”, por los diversos requisitos que los Estados contratantes pueden establecer en sus respectivos ordenamientos.

En este caso en el que existía un vínculo familiar establecido entre una menor y su “madre acogedora”, la obligación positiva del Estado francés consistiría en adoptar medidas que garantizaran el desarrollo de dicho vínculo familiar y en otorgar una protección jurídica que hiciera posible la integración de la menor en la familia (apartado 41)⁵²⁷. En este punto, el propio TEDH distinguió entre el asunto que nos ocupa y el asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, porque consideró que los tribunales luxemburgueses rechazaron el *exequátur* de la sentencia de adopción dictada en Perú y pasaron por encima del estatuto jurídico creado válidamente en el extranjero, anulando los efectos del mismo, sin razón alguna.

Los Estados contratantes deben mantener un equilibrio entre los intereses públicos y privados concurrentes y entre los diferentes derechos regulados por el CEDH. Para ello gozan de un margen de apreciación nacional, que varía en

⁵²⁵ Como sucede, por ejemplo, en los supuestos de sustracción internacional de menores.

⁵²⁶ Vid. STEDH asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, sentencia de 28 de junio de 2007, párrafo 123.

⁵²⁷ Vid. A. Gouttenoire, « Les droits et obligations découlant de la vie familiale », *Le droit à une vie familiale*, AA.VV., (Dir. J.J.Lemouland, M. Luby), Paris, Dalloz, 2007 y F. Sudre, (Coord.), AA.VV., *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

función de la naturaleza de las cuestiones en litigio y de la gravedad o importancia de los intereses en juego (tal y como hemos visto en el Capítulo II). Según el Tribunal, en este supuesto, el margen de apreciación “puede ser más amplio que en otras materias relativas al Convenio” (apartado 47). Y para analizar el que cabía acordar en este caso a Francia, el Tribunal realizó un estudio de la regulación de la *kafala* en Derecho comparado (apartados 21 y 22)⁵²⁸. La conclusión a la que llegó tras el mismo, fue que ninguno de los Estados asimilaba una *kafala* constituida en el extranjero a una adopción y, en los Estados cuyos tribunales habían reconocido efectos a dicha institución constituida en el extranjero (como era el caso de Francia), siempre los habían asimilado a los de una tutela, una curatela o un acogimiento pre-adoptivo⁵²⁹. Por otra parte, dicho estudio analizó las normas de conflicto de los correspondientes ordenamientos⁵³⁰, a fin de saber si la prohibición establecida por la ley nacional del menor constituía o no un obstáculo para la adopción. En este caso, la conclusión fue que, en las legislaciones nacionales, hay diferentes situaciones y que no hay una uniformidad o un consenso entre los Estados miembros en cuanto a la ley aplicable a la adopción (apartado 48). Por tanto, ante la falta de consenso entre todos los Estados miembros, consideraron que el margen de apreciación que cabía otorgar a Francia, tenía que ser amplio. De esta manera, el TEDH “minimizó” la posición minoritaria e incluso aislada en Europa de la legislación francesa en este asunto⁵³¹ y “pasó de puntillas” sobre el tema de las medidas adoptadas por el Estado francés para garantizar el derecho al respeto de la vida familiar de la demandante.

⁵²⁸ Se estudiaron veintidós de los cuarenta y siete Estados contratantes, entre los que se encontraban aquéllos que, por razones históricas, su población era mayoritariamente musulmana o bien había una o varias comunidades musulmanas lo suficientemente importantes para realizar dicho estudio comparativo.

⁵²⁹ Apartados 21 y 48.

⁵³⁰ Establecieron una clasificación de los Estados en función de la ley designada como aplicable en: a) aquéllos que primaban la ley del foro, b) los Estados que primaban la ley nacional del adoptado/a, c) los Estados que elegían la ley nacional del adoptante y d) los Estados que aplicación cumulativa de leyes (es decir, exigían que se cumplieran las condiciones impuestas tanto por la ley nacional del adoptante como las de la ley de adoptado/a.

⁵³¹ El Estado francés es el único Estado europeo que prohíbe la adopción de menores acogidos a través de la *kafala*. *Vid.* N. Hervieu, *loc. cit.*

El artículo en el que se basaron los tribunales franceses para denegar la adopción, fue el art. 370.3 apartado segundo del Código civil francés, que dispone - como mencionábamos *ut supra*-, que la adopción de un menor extranjero no podrá ser declarada si su ley nacional prohíbe esta institución, salvo que dicho menor haya nacido y resida habitualmente en Francia. Junto a éste, tanto los tribunales internos como el TEDH invocaron la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989⁵³², el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁵³³ y el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. El Tribunal europeo consideró que el hecho de que los convenios internacionales reconozcan la *kafala*, es un elemento determinante para apreciar la manera en la que los Estados contratantes la incorporan a sus correspondientes ordenamientos y afrontan los conflictos de leyes que se puedan producir. La invocación de estos textos internacionales le sirvió al TEDH como excusa para justificar el rechazo de los tribunales franceses. Según el TEDH, este rechazo obedecería a la preocupación por parte de dichos tribunales de respetar el espíritu y el objetivo de los textos internacionales (apartado 50). De esta manera, el Estado francés respetaría la institución extranjera, los compromisos internacionales adquiridos y, en consecuencia, el pluralismo cultural.

El TEDH reconoció las limitaciones que acarrea en la vida de la menor la *kafala*⁵³⁴ (apartado 51) pero -a pesar de ello-, justificó al Estado francés, poniendo de manifiesto que dicho ordenamiento tenía maneras de atenuar dichos

⁵³² Efectivamente, el art. 21 de este texto regula la adopción, la *kafala* u otras formas de acogimiento. En estos supuestos, el Comité de los Derechos del Niño, entiende que el “interés superior del menor” no puede ser definido sin tener en cuenta la opinión del menor. Asimismo, “...solicita a todos los Estados parte que informen al menor, si es posible, de los efectos que la adopción, la *kafalah* u otras formas de acogimiento producen y que garanticen a través de la legislación que la opinión del menor sea tenida en cuenta. Vid. Observación General nº 12 (2009) titulada “El Derecho del menor a ser oído”, Comité de los Derechos del Niño, 51º período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo-12 de junio de 2009. CRC/C/GC/12, párrafo 56.

⁵³³ Aunque en este supuesto en concreto no sería aplicable, los tribunales franceses lo invocaron para ratificar que el art. 370. 3, 2 del C. Civil era acorde al espíritu de dicho convenio.

⁵³⁴ Vid. J. Hauser, « Adoption, *kafala* et sort des enfants », *RTD Civ.* 2013, p. 105.

efectos⁵³⁵, en función del nivel de integración del menor en la sociedad francesa y que la demandante podía haberlas utilizado. La integración paulatina de los menores en la sociedad francesa⁵³⁶, tendría como consecuencia la desaparición progresiva de la prohibición de la adopción. Podríamos concluir, por un lado, que el ordenamiento francés ha establecido diferentes niveles de protección de los menores, en función del nivel de integración de los mismos en la sociedad francesa; a mayor integración de los menores, menos obstáculos en su vida administrativa y familiar. Y, por otro, que en esta ocasión el TEDH protegió diferentes intereses públicos frente al principal interés en estos casos, “el interés superior del menor”. Consideramos que el TEDH abordó la cuestión “diplomáticamente”, probablemente, para no “contrariar” a los sistemas jurídicos de los Estados implicados (especialmente al ordenamiento argelino), manteniendo un equilibrio entre ambos y dejando al margen los intereses de las personas directamente afectadas por dichas regulaciones.

Por otra parte, en el segundo asunto relativo a la *kafala* resuelto por los jueces europeos, en el caso *Brahim Chbihi Loudoudi y otros c. Bélgica*⁵³⁷, el Tribunal volvió a fallar que el Estado demandado, al denegar la constitución de la adopción de la menor en territorio belga, no había vulnerado el artículo 8 del CEDH⁵³⁸, como tampoco lo había hecho con respecto al artículo 14 CEDH, combinado con el art. 8. En este caso, se trataba de una menor, de nacionalidad marroquí, que fue confiada por sus padres biológicos a los tíos de la niña⁵³⁹ (un matrimonio de nacionalidad belga), en el marco de una *kafala* constituida en Marruecos. Posteriormente, los tíos -junto con la niña-, se trasladaron a Bélgica, donde –en 2005- solicitaron ante los tribunales de dicho Estado la homologación

⁵³⁵ Por ejemplo, otorgando testamento para que la menor entre en la sucesión de la demandante y nombrar un tutor en caso de fallecimiento de la misma.

⁵³⁶ Que deberá ser demostrada para poder beneficiarse de dichas “*voies d’assouplissement*” (vías para suavizar la prohibición).

⁵³⁷ Sentencia de 16 de diciembre de 2014.

⁵³⁸ Por un escaso margen de un voto, dado que cuatro jueces votaron que no había existido vulneración del citado artículo y tres jueces que sí.

⁵³⁹ Realmente, la niña era la sobrina de la mujer, según consta en la propia sentencia.

del acta notarial de adopción simple realizada por un notario belga, solicitud que les fue denegada⁵⁴⁰, tanto en primera instancia como en apelación⁵⁴¹.

En el año 2009 volvieron a solicitar la adopción de la menor, pero les fue nuevamente rechazada. Durante este tiempo y, en espera de la resolución de las peticiones de adopción, el Estado belga otorgó sucesivos permisos de residencia temporales a la menor (salvo durante siete meses en los que no tuvo permiso alguno)⁵⁴². Los demandantes solicitaron, en numerosas ocasiones, la concesión de un permiso de residencia ilimitado, solicitudes sucesivamente denegadas hasta el mes de abril de 2014, fecha en la que -finalmente- le fue concedido. El hecho de que la adopción les fuera sucesivamente denegada, supuso que la menor siguiera teniendo la nacionalidad marroquí por lo que, en la práctica, cualquier desplazamiento de la misma fuera del espacio *Schengen*, planteaba problemas. De hecho, en 2011, dado que en aquel momento carecía del correspondiente permiso de residencia, la menor no pudo ir a Amsterdam y a York junto con sus compañeros de colegio. Finalmente, los demandantes decidieron acudir al TEDH porque consideraron que las denegaciones de constitución de la adopción de la menor, habían vulnerado su derecho al respeto de la vida familiar y que la precariedad de los permisos de residencia que le concedían a la menor las autoridades belgas, había vulnerado el derecho a la vida privada de esta última. Por último, estimaron que habían sido objeto de discriminación por parte del Estado belga, por sus orígenes.

Como decíamos anteriormente, el TEDH no estimó ninguna de las vulneraciones alegadas. Lo que sí estimó fue que entre los demandantes existía “vida familiar” y para ello, hizo nuevamente hincapié en la efectividad del vínculo existente entre los familiares, destacando que la vida de los tres “no se distingue de la “vida familiar” en su acepción habitual”⁵⁴³. Una vez aceptada la existencia de la misma, los jueces europeos analizaron si la denegación de la

⁵⁴⁰ En sentencia dictada el 12 de junio de 2007.

⁵⁴¹ Sentencia del Tribunal de apelación de Bruselas, de 12 de junio de 2007.

⁵⁴² Vid. E. Viganotti, « Refus de prononcer l’adoption d’un enfant confiée au titre de la *kafala* », *AJ Famille*, 2015, p. 47.

⁵⁴³ Apartados 78 y 79 de la sentencia.

constitución de la adopción de la menor supuso o no una vulneración del artículo 8 del CEDH. Al igual que lo hiciera en anteriores ocasiones,⁵⁴⁴ el Tribunal reiteró que dicho artículo no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar, pero que ello no obsta para que los Estados contratantes del CEDH estén obligados a actuar, de manera que el vínculo familiar existente pueda desarrollarse y a otorgar una protección jurídica que permita la integración del/de la menor en su familia⁵⁴⁵. Manifestó, en el mismo sentido que lo hiciera el Gobierno belga, que la imposibilidad de adoptar no constituía una injerencia en la vida familiar de los demandantes, por lo que su análisis doctrinal se centró en comprobar si sobre Bélgica recaía una obligación positiva de establecer un vínculo de filiación entre los tres demandantes. Ése era el *quid* de la cuestión.

Aunque pudiéramos pensar que el presente asunto tiene similitudes -en lo que a la constitución del vínculo se refiere- con el asunto *Wagner y J.M.W.L.*, el Tribunal descartó tal similitud, en base a que las situaciones eran diferentes. En el asunto *Wagner*, la cuestión era la denegación del reconocimiento de un vínculo válidamente constituido en el extranjero y, en el caso *Brahim Chbihi* -en palabras de los jueces europeos-, se trataba de la creación de una situación jurídica nueva (la adopción), dado que la institución válidamente creada en el extranjero (la *kafala*), no existía como tal en Bélgica (apartado 91). A pesar de no reconocer dicha institución, lo que dicho Estado demandado permitía era, el desplazamiento a su territorio de un/a menor originario/a de un Estado que prohíbe la adopción, para que dicha institución pudiera ser constituida en Bélgica. Pero, para que esta última constitución pudiera tener lugar, las partes debían cumplir una serie de requisitos, recogidos en el artículo 361.5 del Código civil belga⁵⁴⁶. Entre estas condiciones estaba el que el/la menor fuera huérfano/a de padre y madre o que hubiese sido abandonado/a y puesto/a bajo la tutela de la autoridad pública. Fuera de dichos supuestos, la adopción no estaba permitida. La finalidad de dichos

⁵⁴⁴ Vid. Entre otras, asunto *E.B. c. Francia* (GS), sentencia de 22 de enero de 2008.

⁵⁴⁵ Apartado 89.

⁵⁴⁶ El citado apartado fue introducido en el Código civil por la Ley de 6 de diciembre de 2005, de modificación de determinadas disposiciones relativas a la adopción.

requisitos era “evitar los abusos que se pudiera cometer en contra del interés del menor”⁵⁴⁷.

En el presente caso, la menor no se encontraba en ninguno de estos supuestos, dado que seguía manteniendo el vínculo de filiación con sus padres biológicos, por lo que las autoridades belgas denegaron sucesivamente la constitución de la adopción, denegación que el TEDH no cuestionó. Por el contrario, el Tribunal verificó si el interés superior del menor – uno de los elementos del derecho al respeto de la vida familiar- fue la principal consideración de las autoridades internas en la valoración de los intereses concurrentes (apartado 97), a fin de otorgar o denegar la adopción. En este sentido, estimó que las autoridades belgas pudieron considerar, precisamente, en interés de la menor, el que tuviera una única filiación (la ya establecida con sus progenitores), tanto en Bélgica como en Marruecos, y no dos. Asimismo, tampoco quedó acreditado que la denegación de la citada adopción hubiese supuesto para los tres demandantes el tener que superar grandes obstáculos en su vida cotidiana para poder vivir como una “familia” más, salvo la cuestión de los permisos de residencia de la menor.

En relación a este último aspecto, el Tribunal manifestó que “el artículo 8 del Convenio no garantiza el derecho a un determinado tipo de permiso de residencia...” (apartado 135), “ni implica una obligación general para un Estado de respetar la elección realizada por los inmigrantes de su país de residencia”⁵⁴⁸. Cuando la legislación interna prevé diferentes tipos de permisos, la labor del Tribunal se debe limitar a analizar las consecuencias de derecho y de hecho que se derivan del permiso en cuestión, pero según el Tribunal, la competencia para otorgar a una persona extranjera uno u otro estatus legal, corresponde “a la apreciación soberana de de las autoridades nacionales”. En el supuesto concreto, cuatro de los siete jueces europeos fallaron que, incluso teniendo en cuenta la importancia del interés superior de la menor, sería poco razonable considerar que

⁵⁴⁷ Según lo manifestado por la Ministra de Justicia de la época, en la sesión de 15 de diciembre de 2005 que tuvo lugar en el Senado belga.

⁵⁴⁸ Apartado 129.

el Estado belga estaba obligado a conceder un permiso de residencia ilimitado para proteger la vida privada de la menor. En consecuencia, estimaron que el artículo 8 CEDH no había sido vulnerado, ni en lo que al rechazo de la adopción de la menor se refería, ni con respecto al permiso o a la situación de residencia de la misma. Los jueces disidentes manifestaron que con el fallo emitido, la mayoría de jueces “había primado una determinada concepción de la política internacional en materia de adopción, sobre el interés de la menor”⁵⁴⁹.

La conclusión a la que llegamos tras el análisis de estas dos sentencias existentes- hasta la fecha- en materia de *kafala*, es que -de momento- el Tribunal europeo no considera que, el hecho de denegar la constitución de una adopción de un/a menor acogido/a a través de una *kafala* o la conversión/equiparación de la misma en una adopción, constituya una vulneración del artículo 8 del CEDH. El Tribunal mantiene el criterio de que, en aquellas materias en las que no existe un consenso o una postura común entre los Estados miembros del Consejo de Europa, el margen de apreciación del que gozan los Estados, sea más amplio que en otros supuestos. Y con ello, se acepta el hecho de que determinados Estados europeos no reconozcan la continuidad o la equiparación de unas relaciones jurídicas privadas constituidas en otros Estados, con otras similares existentes en los Estados de acogida y, en definitiva, en otras culturas diferentes a aquéllas en las que se pretenden reconocer dichas instituciones. Podríamos considerar que, en estos supuestos en concreto, el TEDH está intentando mantener un “equilibrio político o cultural” entre diferentes concepciones culturales, olvidándose de que el mantenimiento de dicho equilibrio tiene consecuencias sobre la parte más débil de las relaciones, que son los menores directamente afectados.

⁵⁴⁹ Apartado 11 de la Opinión disidente común de los Jueces *Karakas, Vucinic y Keller*, en el que también hacen referencia a un artículo doctrinal de S. Bollée, “La conformité à la Convention européenne des droits de l’homme de l’interdiction d’adoption d’un enfant recueilli en *kafala*”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n° 95/2013, pp. 717-724.

2.3. La gestación por sustitución: un problema a resolver

La maternidad conocida como “gestación por sustitución”, “vientre de alquiler” o “maternidad subrogada”⁵⁵⁰, es una forma de maternidad cada vez más frecuente que tiene numerosas connotaciones y efectos, de los cuales sólo unos pocos serán objeto de nuestra atención. Tampoco lo serán todas las posibles opciones para llevar a cabo dicha gestación⁵⁵¹, sino únicamente aquellas situaciones en las que el hecho de aportar material genético tenga relevancia en la atribución de la nacionalidad a los menores. La gestación por sustitución suele contener - además- el elemento internacional, porque su práctica sólo es posible en algunos Estados y es muy frecuente que nacionales de otros Estados en los que está prohibida, recurran a ella. Por ejemplo, son muy numerosas las gestaciones contratadas por nacionales extranjeros en algunos Estados de los Estados Unidos de América, como California o Minnesota, así como en la India, en Ucrania, Rusia, en Tailandia (hasta fechas recientes⁵⁵²) o en Vietnam⁵⁵³. Se

⁵⁵⁰ Hay numerosas formas de denominar esta realidad, tales como “madre de alquiler”, “alquiler de útero”, “madres portadoras”, “maternidad de alquiler”, etc. pero nosotros nos decantamos, siguiendo lo defendido por diversos autores, por el término “gestación por sustitución”. Y ello, porque consideramos que este término se corresponde con el utilizado por el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y porque se ajusta mejor a la realidad de lo que acontece (aunque también otras denominaciones lo hagan) y no se limita al aspecto pecuniario que ponen de manifiesto otros términos (aunque sepamos a ciencia cierta que dichas gestaciones no son gratuitas, ni mucho menos). El artículo 10.1 dice que se entenderá por “gestación por sustitución”, “el contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. En estos supuestos, una mujer “gesta” (en muchas ocasiones, no aporta material genético) un/a niño/a, en sustitución de otra que no puede o no quiere (en algunas ocasiones). Asimismo, el Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), en la versión revisada y preparada por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 2009 definió a la Gestante subrogada como “la mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros”.

Vid. S. Álvarez González, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr.* t. X, 2010, pág. 339; y Eleonora Lamm, “Gestación por sustitución”, *InDret*, 3/2012, www.indret.com.

⁵⁵¹ Las opciones o posibilidades que se pueden dar son numerosas, como por ejemplo, que ambos comitentes aporten material genético y sea otra la mujer que geste al bebé; que el comitente aporte material genético y que el óvulo sea de la gestante; que el comitente aporte material genético y que sea una mujer anónima la que aporte su material genético para que, finalmente, la gestante sea otra mujer; o, que ninguno de los comitentes aporte material genético y se fecunde *in vitro* para, posteriormente, implantárselo a la gestante, etc.

⁵⁵² Tailandia ha sido uno de los destinos “favoritos” de nacionales australianos, japoneses, norteamericanos, etc., hasta el mes de febrero de 2015, fecha en la que las autoridades de dicho país han decidido prohibir dicha gestación a los nacionales extranjeros. Las razones por las cuales era uno de los destinos elegidos por dichas personas eran, por una parte, el menor coste del proceso – en comparación con otros Estados – y, por otra, la ausencia de prohibición legal alguna para parejas del mismo sexo. A

calcula que desde principios de la década de 1970, más de 25.000 mujeres han actuado como madres de alquiler en Estados Unidos⁵⁵⁴. Pero, últimamente, esta práctica también se está cuestionando mucho y como ejemplo de ello, se ha realizado una campaña internacional en contra de tal práctica denominada *Stop Subrogation Now*, a la que se han adherido un grupo de académicas, filósofas y juristas feministas a través del manifiesto “#nosomosvasijas”⁵⁵⁵. Por el contrario, en el Estado español, existen dos asociaciones que propugnan la aprobación legal de dicha práctica en España⁵⁵⁶.

Estamos ante uno de los asuntos de Derecho Internacional Privado de familia y de protección de menores más complicado de resolver satisfactoriamente a nivel jurídico, y ello porque las múltiples connotaciones bioéticas, morales, sociales, médicas, jurídicas e incluso religiosas que conlleva, son muchas y muy delicadas⁵⁵⁷. Dado que algunos de los efectos que produce dicha forma de gestación exceden de nuestro ámbito de estudio *ius privatista*, nuestra intención es centrarnos únicamente en algunas consecuencias jurídicas de la misma. Más concretamente, analizaremos los efectos de las gestaciones por sustitución llevadas a cabo en el extranjero sobre la determinación de la filiación

partir de la citada fecha, sólo podrán acceder a dicha maternidad las personas heterosexuales en las que uno de los miembros de la pareja tenga la nacionalidad tailandesa y, además, alguno de ellos tenga alguna relación de parentesco con la mujer gestante.

⁵⁵³ En este caso sucede lo contrario de lo acontecido en Tailandia. A partir del año 2015, se podrán llevar a cabo en Vietnam gestaciones por sustitución, pero con condiciones. Sólo podrán recurrir a dicha forma de maternidad, personas sin útero debido a problemas congénitos u obstétricos y personas a las que se recomienda no llevar a cabo una gestación, por problemas de salud. Sólo podrán llevarse a cabo en determinados hospitales vietnamitas.

⁵⁵⁴ Según consta en un documento de la Fundación Victor Grifols i Lucas, información publicada en <http://www.elmundo.es>, el 6 de julio de 2015.

⁵⁵⁵ Vid. <http://www.elmundo.es>, de 6 de julio de 2015.

⁵⁵⁶ La Asociación por la Gestación Subrogada en España y la Asociación Son Nuestros Hijos, promulgan su aprobación en España. La primera de ellas ha elaborado una iniciativa legislativa popular que pretende llevar al Congreso de los Diputados, si consigue las firmas necesarias.

⁵⁵⁷ La casuística es enorme, sobre todo, en Estados Unidos, donde se practica desde hace muchos años. Sirva como ejemplo de la complejidad del asunto, el caso de Helen Beasley, británica de 26 años, que acordó ser madre gestante de una pareja norteamericana. Ésta acordó abonarle 19.000 dólares por la gestación, con una cláusula contractual en la que se establecía que, en caso de embarazo múltiple, la gestante “eliminaría” a uno de los fetos. Efectivamente, la gestante quedó embarazada de gemelos, pero decidió no abortar o eliminar a uno de ellos, porque peligraba tanto su salud como la de los fetos. La pareja estadounidense amenazó con no cumplir con su obligación pecuniaria. Cuando dio a luz, Helen decidió no entregar a los niños a sus “padres de intención”, pero los tribunales californianos otorgaron a estos últimos la custodia de los menores, a pesar de que los menores estaban en el Reino Unido. Finalmente, como los menores no tenían residencia habitual en Estados Unidos, los jueces británicos consideraron que podían quedarse en el Reino Unido, con su madre gestante. Vid. E. Lamm, *op. cit.*, p. 7.

de los menores y del estatus jurídico de estos últimos en España; asimismo, estudiaremos las consecuencias que produce la falta de reconocimiento por parte de las autoridades españolas -en territorio español- de las filiaciones establecidas en los diversos ordenamientos extranjeros⁵⁵⁸.

Por otra parte, según el Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado⁵⁵⁹, la complejidad de las cuestiones de Derecho internacional privado y las relativas a la protección de los menores, derivadas todas ellas del creciente número de contratos internacionales de gestación por sustitución, es evidente. Por dicha razón, el Consejo decidió -en 2010- que la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya continuara haciendo un seguimiento de las cuestiones de Derecho internacional privado que planteen dichos contratos internacionales de maternidad subrogada y que presentara una breve nota preliminar para el Consejo de 2011, relativa a las cuestiones de Derecho internacional privado en relación con el estatuto de los menores (excluyendo aquellas de las adopciones internacionales) y, en especial, las relativas al reconocimiento (transfronterizo) de la filiación.

En el mismo sentido, la Comisión especial para el seguimiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional⁵⁶⁰, también recomendó a la Conferencia de La Haya que analizara más detalladamente las cuestiones jurídicas que rodean a la gestación por sustitución internacional, especialmente aquéllas relativas a Derecho internacional privado. Como consecuencia de estas recomendaciones, la Oficina Permanente elaboró un

⁵⁵⁸ Vid. S. Álvarez González, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, AA.VV. Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 77- 90.

⁵⁵⁹ Vid. Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo sobre Asuntos generales y Política de la Conferencia de La Haya (7-9 abril 2010), p. 3.

⁵⁶⁰ Dicha reunión tuvo lugar los días 17-25 de junio de 2010. Una de las Conclusiones fue: « *La Commission spéciale recommande que la Conférence de La Haye étudie de manière plus poussée les questions juridiques, en particulier de droit international privé, entourant la maternité de substitution à caractère international* ».

documento⁵⁶¹, poniendo de manifiesto las principales cuestiones de Derecho internacional privado suscitadas por dichos acuerdos de gestación por sustitución. En 2011, los Estados miembros de la Conferencia solicitaron a la Oficina Permanente que intensificara su trabajo en este ámbito, dado el amplio número de cuestiones que dicha técnica de reproducción plantea y que presentara un Informe preliminar que pusiera de manifiesto los avances realizados. Fruto de las solicitudes realizadas a la Oficina Permanente son el documento presentado en 2012⁵⁶² « *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international* » y el “Estudio sobre la filiación jurídica y las cuestiones derivadas de los convenios de gestación por sustitución internacionales⁵⁶³. El amplio proceso de consulta realizado por la Oficina Permanente entre los principales actores de este tipo de maternidad en el mundo entero, permitió a la Conferencia de La Haya obtener valiosa información para elaborar tanto el Informe denominado “*Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution*»⁵⁶⁴ como el Informe “*Le Projet Filiation/Maternité de substitution: note de mise à jour*”⁵⁶⁵. En ambos documentos, la Conferencia puso de manifiesto la recomendación efectuada por los Estados miembros al Consejo, para que éste constituyera un Grupo de Expertos que explorara la viabilidad de un instrumento multilateral en esta materia. La elaboración de un texto internacional que aglutinara tanto a los Estados de origen de los menores (muchos de ellos son Estados miembros de la Conferencia de La Haya) como a los Estados de origen de los comitentes, evitaría gran parte de los problemas legales a los que tienen que hacer frente en la actualidad las personas afectadas.

⁵⁶¹ « *Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international* », Documento preliminar nº 11 de marzo de 2011, para el Consejo de abril de 2011, sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia, disponible en www.hcch.net, bajo el título « Filiation/Maternité de substitution ».

⁵⁶² Documento preliminar nº 10, marzo de 2012.

⁵⁶³ Vid. Documento preliminar nº 3 C de marzo de 2014 para el Consejo de abril de 2014.

⁵⁶⁴ Documento preliminar nº 3 B, de abril de 2014, a la atención del Consejo de abril de 2014.

⁵⁶⁵ Documento preliminar nº 3 A, de febrero de 2015, a la atención del Consejo de marzo de 2015 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia.

El mencionado “*Rapport préliminaire*” de la Conferencia de La Haya también fue tenido en cuenta por la Comisión Internacional del Estado Civil (en adelante, CIEC) en la realización del interesante estudio relativo a “La maternidad de sustitución y el Estado civil del menor en los Estados miembros de la CIEC”⁵⁶⁶. En dicho estudio, la CIEC analizó la regulación de este tipo de maternidad en cada uno de los Estados miembros, así como el reconocimiento o la denegación de dicho reconocimiento, de los certificados de nacimiento o de las sentencias que establecen la filiación de los menores en el extranjero.

A pesar de que hasta no hace mucho tiempo este tipo de maternidad no fuera muy frecuente, y pudiéramos pensar que se trataba de algo absolutamente novedoso, no es así, dado que el Antiguo Testamento⁵⁶⁷ ya la recogía en los “acuerdos o pactos de procreación por sustitución”. Esta cita bíblica nos permite afirmar que se trataría de una forma de maternidad milenaria, pero sin la complejidad y los problemas que surgen de las nuevas y actuales técnicas de reproducción asistida. Ciertamente, los métodos para llevar a cabo dicha gestación han evolucionado y cambiado mucho, permitiendo concebir niños y niñas que sin dicha asistencia médica, jamás hubiesen nacido. Pero, precisamente han sido las connotaciones morales, éticas o jurídicas que implican dichos avances médico-técnicos las que han llevado a muchos Estados a prohibir esta técnica de procreación, como sucede en el caso de España⁵⁶⁸. Sin embargo, los

⁵⁶⁶ *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant. Dans les états membres de la CIEC.* El estudio fue publicado en la web de la organización en el mes de febrero de 2014. Se encuentra disponible en www.ciecl.org.

⁵⁶⁷ Según consta el Capítulo 30 del libro de la Génesis: “Viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana y dijo a Jacob: “Dame hijos, o si no me muero.” Jacob se irritó contra ella y dijo: “¿Soy yo acaso igual a Dios, que te ha negado la fecundidad?”. Ella dijo: “Ahí tienes a mi esclava *Bilhá*, llégate a ella. Ella dará a luz sobre mis rodillas y así también yo también tendré hijos por medio de ella”. Le dio por mujer a su esclava *Bilhá* y Jacob se unió a ella. *Bilhá* concibió y dio a Jacob un hijo. Raquel dijo: “Dios me ha hecho justicia y ha escuchado mi voz dándome un hijo”. Por eso le puso el nombre de Dan ».

⁵⁶⁸ En quince Estados miembros del Consejo de Europa, la gestación por sustitución está expresamente prohibida. Dichos Estados son: Alemania, Austria, España, Francia, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía. En otros diez Estados miembros, o está prohibida en disposiciones generales, no está tolerada o bien tiene una legalidad incierta. Entre estos Estados se encuentran, Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía y San Marino. Por el contrario, en siete Estados miembros está autorizada. Así, Albania, Georgia, Grecia, Países Bajos, Reino Unido, Rusia y Ucrania; aunque dentro de éstos, hay que distinguir aquellos Estados que permiten la “comercialización” y los que no. Georgia, Rusia y Ucrania

últimos acontecimientos judiciales europeos, parecen marcar la tendencia hacia el reconocimiento de determinados efectos (la filiación) derivados de dicha práctica, en interés superior de los menores directamente afectados.

El TJUE tampoco es ajeno a esta problemática, ya que en el mes de marzo de 2014 la Gran Sala se pronunció en los asuntos C-167/12 y C-363/12, a propósito de la cuestión prejudicial relativa al permiso de maternidad retribuido, solicitado por dos madres de intención -“subrogantes” en palabras del Tribunal- que tuvieron cada una de ellas un hijo a través de un contrato de gestación por sustitución, y que les fue denegado por sus empleadores⁵⁶⁹. El Tribunal de Luxemburgo fue contundente al establecer que: “...los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de la Directiva 92/85 a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente”⁵⁷⁰. Es decir, el Tribunal de la Unión Europea consideró que el permiso de maternidad retribuido sólo le corresponde a la mujer que, efectivamente, ha estado embarazada y ha dado a luz al niño o a la niña, no a la madre de intención o subrogante.

Siguiendo con la jurisprudencia, debemos destacar las dos sentencias que han marcado un “antes y un después” en esta materia. Se trata de las sentencias dictadas por el TEDH el día 26 de junio de 2014, en los asuntos *Menesson c. Francia* y *Labassée c. Francia*⁵⁷¹, que analizaremos a continuación. Más

pertenecen al primer grupo. Finalmente, en Bélgica, en la República Checa, en Luxemburgo y en Polonia, está tolerada, pero no está expresamente regulada.

⁵⁶⁹ Ambas sentencias fueron dictadas el día 18 de marzo de 2014. Vid. J. Hauser, « Dis-moi qui est ta mère : porteuse ou commanditaire ? », *RTD Civ.*, 2014, p. 355 ; *id.* « Gestation pour autrui: le droit social est-il finalement plus important que le droit civil ou dis-moi qui est ta mère ? », *RTD Civ.* 2013, p.828 ; A. Dionisi-Peyrusse, « Actualités de la bioéthique », *AJ Famille*, 2014, p. 211 ; H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seseke, « Droit international privé, mars 2013-mars 2014 », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1059.

⁵⁷⁰ Apartado 43 de la sentencia de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, *C.D.* y *S. T.*

⁵⁷¹ Aunque ambas sentencias fueron dictadas el mismo día, el primer caso en ser resuelto fue el asunto *Menesson*.

recientemente, el Tribunal ha dictado la sentencia *Paradiso y Campanelli c. Italia*⁵⁷², que ha ratificado la tendencia iniciada con las dos anteriores.

A. Los asuntos *Menesson y Labassée c. Francia*.

Los Estados miembros del CEDH que consideran los contratos o los convenios de gestación por sustitución contrarios a su ordenamiento jurídico (entre ellos, España⁵⁷³), se han visto condicionados por lo resuelto por el TEDH en los asuntos *Menesson y Labassée c. Francia*⁵⁷⁴. En Francia, país correspondiente a la nacionalidad y a la residencia de los demandantes ante el Tribunal europeo y primer país del Consejo de Europa en ser condenado por esta cuestión, las citadas sentencias han ahondado en el debate doctrinal⁵⁷⁵ y social

⁵⁷² STEDH, sentencia de 27 de enero de 2015. Esta sentencia no es definitiva, porque en el mes de junio de 2015, fue remitida a la Gran Sala.

⁵⁷³ Vid. Art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2006), que expresamente dice: "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

⁵⁷⁴ En España, dichas sentencias ya han tenido su efecto inmediato. En palabras del que fuera Ministro de Justicia en aquel momento, el Sr. Gallardón, el Ministerio de Justicia tenía intención de cursar de forma inmediata una instrucción a todos los consulados de España en el extranjero, a fin de que inscribieran en el Registro Civil español a todos los niños nacidos mediante dicha técnica. (*Diario El País*, Sección Sociedad, 11 de julio de 2014), "Justicia ordena volver a inscribir a los bebés de "vientre subrogado". Vid. P. Jiménez Blanco, "Nota a las STEDH de 26 de junio de 2104, asuntos *Menesson c. Francia* y *Labassée c. Francia*", *REDI*, vol. 67 (2015), 1, pp. 238-241; y P. De Miguel Asensio, "El reconocimiento en España de la filiación de nacidos mediante gestación por sustitución, tras las sentencias *Menesson y Labassée* del TEDH", <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, 26 de junio de 2014.

⁵⁷⁵ Vid. J. Hauser, « Gestation pour autrui : le droit social est-il finalement plus important que le droit civil ou dis-moi qui est ta mère ? », *RTD Civ.*, 2013, p. 828 ; *id.*, « Dis-moi qui est ta mère : porteuse ou commanditaire ? », *RTDCiv.*, 2014, p. 355 ; M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 224 ; H. Fulchiron, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1773 ; *id.*, « Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2349 ; V. Avena-Robardet, « Réforme de la famille : on avance », *AJ Famille*, 2014, p. 391 ; H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon, « L'enfant de la fraude ». Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 905 ; F. Chénéde, « Efficacité sur le territoire français de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger », *AJ Famille*, 2007, p. 478 ; *id.*, « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2104, p. 1797 ; B. Haftel, « Gestation pour autrui : éclairage de droit international privé », *AJ Famille*, 2011, p. 265 ; C. Siffein-Blanc, « La gestation pour autrui heurte les principes essentiels du droit français », *Dalloz Actualité*, 14 avril 2011 ; T. Coustet, « Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France », *Dalloz Actualité*, 30 juin 2014.; D. Berthiau, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1522.

que tenía lugar desde hace más de dos décadas⁵⁷⁶. El Estado francés, al igual que el español, prohíbe por ley los contratos de este tipo, por considerarlos contrarios al principio esencial de la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas (arts. 16.7 y 16.9 del Código Civil francés), por lo que dichos contratos serían contrarios al orden público internacional francés.

A pesar de la condena del TEDH a Francia, una gran parte de la doctrina francesa sigue defendiendo el mantenimiento de la prohibición de dichos contratos⁵⁷⁷, porque el Tribunal europeo no ha cuestionado la licitud o ilicitud de la prohibición francesa, sino la denegación del reconocimiento -por parte del Estado francés- de la filiación de unas menores, ya reconocida en otro país (Estados Unidos). No se trataría de una cuestión relativa a la validez o a la nulidad de los contratos en sí, sino una cuestión de reconocimiento de una certificación registral de nacimiento realizada y emitida en un país extranjero. Sin embargo, el Ministerio de Justicia francés dictó -el 25 de enero de 2013- una Circular (la llamada “Circular *Taubira*”⁵⁷⁸) relativa a la expedición del certificado de nacionalidad francesa a los/as niños/as nacidos/as en el extranjero de progenitores franceses que hubieren recurrido, aparentemente, a una “gestación por sustitución”. La Circular establecía que la mera sospecha de que los progenitores hubiesen recurrido a la gestación por sustitución no era motivo suficiente para denegar dicho certificado de nacionalidad. Posteriormente⁵⁷⁹, el

⁵⁷⁶ El 31 de mayo de 1991, la *Cour de Cassation*, en Pleno, dictó una sentencia en la que afirmó que los llamados convenios de “*mère porteuse*” (madre gestante), estaban prohibidos en el ordenamiento francés. Tras dicha sentencia y, a través de la Ley de bioética nº 94-653, de 29 de julio de 1994, el legislador francés consideró necesario introducir la mencionada prohibición en el artículo 16.7 del Código civil. Posteriormente, fueron dictadas numerosas sentencias que rechazaron sucesivamente dicha práctica. Sirvan como ejemplo, entre otras muchas, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 19 de marzo de 2014, las dos sentencias de la Sala Civil del mismo órgano, de fecha 13 de septiembre de 2013 (la nº 12-18.315 y la nº 12-30.138); la sentencia dictada por la *Cour d’appel* de París, 1re ch. C. de 14 de julio de 2000; o la sentencia de la *Cour de Cassation*, Civ. 1re, 6 de abril de 2011, nº 09-17.130.

⁵⁷⁷ Entre otros, M. Fabre-Magnan, “Les trois...”, *loc. cit.*, p. 224.

⁵⁷⁸ Por ser la Ministra de Justicia, la Sra. *Taubira*, la firmante de dicha Circular.

⁵⁷⁹ El 12 de diciembre de 2014. Las asociaciones que interpusieron las demandas (en contra y a favor de la circular) eran: la Asociación de Juristas de la Infancia, la Asociación Hestia, la Asociación Familiar Católica de *Auxerrois*, la Asociación CLARA, el Sr y la Sra. *Menesson*, el Sr. *Ryckebusch* y la Asociación de Familias Homoparentales. *Vid.* H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon, « La circulaire « Taubira » sur les certificats de nationalité validée », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 357 ; « Gestation pour autrui (transcription à l’état civil) : validité de la circulaire du 25 janvier », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 355.

Consejo de Estado francés confirmó la aplicación de dicha Circular, al rechazar las diferentes demandas interpuestas contra la misma por diferentes asociaciones.

Las razones por las que, en nuestra opinión, dichas sentencias han modificado y modificarán, en cierta manera, esta materia son las siguientes. En primer lugar, porque hasta dicha fecha ningún Tribunal supranacional había resuelto dicha cuestión y, mucho menos, desde el punto de vista de la vulneración de los derechos humanos. El hecho de que el TEDH haya condenado a un Estado miembro por vulnerar el derecho fundamental al respeto de la vida privada de unos menores, sitúa los hechos en un plano diferente al que se había planteado hasta el momento. En segundo lugar, porque el TEDH consideró -por unanimidad- que el principio del “interés superior del menor” y los derechos de los menores primaban sobre el de los padres de intención o comitentes. La relevancia que durante los últimos años está adquiriendo el principio del “interés superior del menor”, es enorme⁵⁸⁰ y estas sentencias son una prueba evidente de ello. El TEDH manifestó que se trata de “un principio esencial según el cual, cada vez que la situación de un/a menor está en cuestión, el interés superior de éste/a debe primar”⁵⁸¹. En tercer lugar, porque frente a la invocación de la excepción de orden público internacional (por parte de las autoridades judiciales del Estado demandado), para denegar el reconocimiento de las sentencias extranjeras, el TEDH considera – sin cuestionar dicha cláusula como tal- que lo que hay que comprobar es si, a la hora de aplicar este mecanismo a los supuestos concretos, los jueces internos han tenido en cuenta la necesidad de establecer un justo equilibrio entre el interés colectivo a hacer respetar aquello que ha sido democráticamente elegido, y el interés de los demandantes, entre el que se encuentra el interés superior de la niñas a disfrutar plenamente de su derecho al respeto de la vida privada y familiar. Y, en cuarto y último lugar, porque

⁵⁸⁰ En el propio Estado demandado, un día después de las citadas sentencias, la Asamblea Nacional aprobó el día 27 de junio de 2104, en primera lectura, la Proposición de Ley relativa a la autoridad parental y al interés del menor (TA n° 371). El texto sigue su trámite parlamentario y, a fecha de noviembre de 2015, se encuentra para su debate, en el Senado. El texto puede ser consultado en www.assemblee-nationale.fr. Dicha proposición de ley modifica determinados artículos del Código civil francés relativos al ejercicio de la patria potestad en supuestos de separación y divorcio. No hay mención alguna en dicha proposición – a pesar de que fue solicitado- de la gestación por sustitución.

⁵⁸¹ Apartado 81 de la sentencia *Menesson*.

consideramos que dichas sentencias se han convertido (junto a otras) en un instrumento relevante del papel modernizador que el TEDH está teniendo en Derecho internacional privado, tal y como analizaremos con más detalle en el último apartado de este Capítulo.

Los hechos que dieron origen a ambas sentencias son los siguientes: el matrimonio heterosexual formado por los Sres. *Menesson*⁵⁸² recurrió a una madre gestante (en el Estado de California), porque la mujer tenía una disfunción uterina y no podía llevar a cabo la gestación. En este supuesto, el material genético lo aportaron tanto la esposa como el marido y las niñas fueron concebidas *in vitro*. La filiación con respecto a los padres intencionales fue establecida por la decisión del TS de California de 14 de julio de 2000, de acuerdo con lo establecido por las disposiciones del *California Family Code*. En el caso del matrimonio *Labassée*, la esposa tenía un problema de infertilidad y recurrieron al *International Fertility Center for Surrogacy* de Minnesota, a fin de tener un hijo/a. La gestación se llevó a cabo con material genético del Sr. *Labassé* y material genético de una donante anónima. El Tribunal del Estado de Minnesota, dictó una sentencia en virtud de la cual establecía que la madre gestante renunciaba a los derechos materno-filiales que le correspondieran con respecto a la niña a la que había dado a luz. A través de una segunda sentencia, ese mismo tribunal estableció que el Sr. *Labassée* era el padre biológico de la menor y que la guarda legal y física de la niña le correspondía a él, autorizándole asimismo a volver a Francia con su hija. En el acta de nacimiento, se indicó que la menor era hija de los Sres. *Labassée*.

En ambos supuestos, las autoridades francesas denegaron la inscripción en el Registro Civil francés de las actas de nacimiento de las menores (que, a su vez estaban basadas en sendas sentencias que establecían la filiación de las niñas) porque, en caso de realizarse, la inscripción sería contraria al orden público internacional francés. Las actas de nacimiento se habían realizado porque,

⁵⁸²*Vid.* A. Quiñones Escámez, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret*, 3/2009, p. 9.

previamente, sendas sentencias habían establecido la filiación de las menores. La *Cour de cassation* francesa determinó que, en el ordenamiento francés, los acuerdos de gestación por sustitución eran nulos porque eran contrarios al principio esencial vigente en el Derecho francés de la indisponibilidad del estado civil de las personas y, por lo tanto, eran contrarios al orden público francés. El Alto Tribunal definió lo que se considera contrario al orden público en esta materia. Así estableció que “... *en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, es nulle d'une nullité d'ordre public*”⁵⁸³.

Una vez agotadas las instancias internas, tanto los Sres. *Menesson* con los Sres. *Labassée*, interpusieron las respectivas demandas ante el Tribunal europeo, en su nombre y en el de sus hijas (en el caso de los primeros, nacieron dos niñas y en el segundo, una). Ambas parejas invocaron la vulneración del art. 8, por una parte y la vulneración del art. 14 combinado con el artículo 8 CEDH, por otro. En relación al artículo 8 CEDH, el Tribunal estimó que debía distinguirse entre el derecho al respeto de la vida privada de las menores, por una parte, y el derecho al respeto de la vida familiar de los “padres de intención” o “comitentes”, por otra. Para ello, se basó en que en este asunto, con el rechazo del reconocimiento jurídico del vínculo de filiación entre los demandantes, las autoridades francesas realizaron una injerencia, tanto en el apartado relativo al respeto de la vida familiar como en el relativo a la vida privada de las personas (y, como tal fue reconocida por el Tribunal en el apartado 49). Pero, este último apartado sólo era aplicable con respecto a las menores, entendiendo que “el derecho al respeto de la vida privada integra en ocasiones aspectos de la identidad no sólo física sino social del individuo (...)”⁵⁸⁴, (apartado 45). Asimismo, el Tribunal estableció que la determinación de la filiación estaba

⁵⁸³ Sentencias dictadas el día 6 de abril de 2011.

⁵⁸⁴ Y así lo ha afirmado en diferentes sentencias como *Mikulic c. Croacia*, sentencia de 7 de febrero de 2002, apartado 53 y 54; en el asunto *Niemietz c. Alemania*, sentencia de 16 de diciembre de 1992, apartado 29; o en el asunto *Jaggi c. Suiza*, sentencia de 13 de julio de 2006, apartado 25.

“directamente relacionada” con la vida privada y con la identidad de las menores nacidas de una gestación por sustitución⁵⁸⁵.

Finalmente, los jueces europeos fallaron que el Estado francés había vulnerado el artículo 8 CEDH con respecto a las menores y, en el apartado relativo a la vida privada (porque consideraron que el reconocimiento de la filiación tenía más relación con el derecho a la identidad física y social que con el derecho a la vida familiar), pero no así con respecto a los padres⁵⁸⁶. Estimaron que el hecho de que las menores afectadas (todas eran niñas) tuvieran la filiación determinada en el ordenamiento estadounidense y no la pudieran tener en el ordenamiento francés, les afectaba de manera relevante y vulneraba su derecho a la identidad en la sociedad francesa y, en consecuencia, su derecho al respeto de la vida privada. Dicha denegación adquiriría mayor relevancia, teniendo en cuenta que tanto el Sr. *Menesson* como el Sr. *Labassée* eran los padres biológicos de sus respectivas niñas. Finalmente, el TEDH puso de relieve que asimismo, al denegar en ambos supuestos el reconocimiento de la filiación con respecto a sus progenitores biológicos, el Estado francés se había excedido del margen de apreciación que le reconoce el propio Tribunal en la aplicación del CEDH. Cuando lo que está en juego es un aspecto especialmente importante de la existencia o de la identidad de las personas, el margen de apreciación reconocido al Estado se ve, habitualmente, restringido. Y, en este caso, los hechos objeto de litigio, revestían dicho carácter. El Tribunal ejerció, tal y como le corresponde, un control europeo de dicho margen de apreciación estatal.

El derecho de un menor a una única identidad de forma continuada y estable en todos los Estados miembros de la UE, es decir, la continuidad o el reconocimiento del estatus creado en un Estado europeo en el resto de Estados miembros, fue también uno de los argumentos jurídicos utilizados por el TJUE

⁵⁸⁵ En el mismo sentido se manifiesta H. Fulchiron en “*Fraus omnia corrumpit? À propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes*”, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1162.

⁵⁸⁶ En este caso, la posible vulneración del art. 8 fue analizada en relación al apartado relativo a la vida familiar y no a la vida privada.

en la resolución del asunto *Grunkin-Paul*⁵⁸⁷. En esta ocasión, se trataba de un menor (*Leonard Matthias Grunkin-Paul*), de nacionalidad alemana, nacido en Dinamarca y residente en dicho país desde su nacimiento, cuyos progenitores eran alemanes. Las autoridades danesas inscribieron en la partida de nacimiento del menor, el apellido compuesto *Grunkin-Paul* (el primer apellido del padre y el primero de la madre), en virtud de lo establecido por el Derecho danés. Sin embargo, las autoridades del Registro Civil alemán denegaron el reconocimiento del apellido del niño, tal y como había sido determinado en Dinamarca porque, en virtud de la legislación alemana, el apellido de una persona se rige por la ley del Estado del que es nacional (en este caso, alemán) y el Derecho alemán no permite que un/a hijo/a lleve un apellido doble, compuesto por el de su padre y el de su madre. Se trataba de un supuesto en el que un menor, ciudadano de la Unión Europea, estaba obligado a utilizar distintos apellidos, en función de los diferentes Estados en los que se encontrara. De esta manera, cuando el apellido no coincidiera con el documento presentado, se generarían dudas sobre la identidad de la persona y también surgirían dudas sobre la veracidad de los documentos en los que constara la divergencia entre los apellidos.

La cuestión prejudicial planteada por las autoridades alemanas se planteó en los siguientes términos: “Dada la prohibición de discriminación contenida en el artículo 12 CE y habida cuenta del derecho a la libre circulación que confiere el artículo 18 CE a todos los ciudadanos de la Unión ¿es compatible con dichas disposiciones la regla alemana en materia de conflicto de leyes prevista por el artículo 10 EGBGB, en la medida en que vincula las normas que regulan el apellido de una persona exclusivamente a la nacionalidad?”. Y, sobre la misma, el Tribunal de Luxemburgo declaró: “El artículo 18 CE se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal y como ha sido determinado e inscrito en otro Estado

⁵⁸⁷ Asunto C-353/06, sentencia de la Gran Sala, de 14 de octubre de 2008.

miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro”.

En similares términos se pronunció el mismo Tribunal en el asunto *García Avelló*⁵⁸⁸, a propósito de la denegación de una solicitud de cambio de apellido por parte de las autoridades belgas, para unos menores de edad, residentes en dicho Estado y con doble nacionalidad, belga y española. En esta ocasión, el fallo fue el siguiente: “Los artículos 12 CE y 17 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado miembro”.

Volviendo al criterio jurisprudencial puesto de manifiesto por el TEDH en los asuntos *Menesson* y *Labassée*, a propósito de la cuestión de la identidad, debemos destacar que los jueces europeos ya lo habían establecido previamente en los asuntos *Jaggi c. Suiza*, *Odièvre c. Francia*⁵⁸⁹ o en el asunto *Mikulic c. Croacia*, anteriormente citados. En ellos afirmaron que, “*le droit de connaître son ascendance se trouve dans le champ d’application de la notion de «vie privée», qui englobe des aspects importants d l’identité personnelle dont l’identité des géniteurs fait partie (...). Il apparaît d’ailleurs n’y avoir aucune raison de principe de considérer la notion de «vie privée» comme excluant l’établissement d’un lien juridique ou biologique entre un enfant né hors mariage et son géniteur*» (apartado 25 del asunto *Jaggi*). O que «*La Cour a déjà déclaré que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d’être humain et que le droit d’un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité ...*»

⁵⁸⁸ Asunto C-148/02, sentencia de 2 de octubre de 2003. Vid. A. Quiñones Escámez, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? A propósito de las SSTJCE, asuntos *K.B* y *García Avelló*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, núm. 18, mayo-agosto, 2004, pp. 507-529.

⁵⁸⁹ Sentencia de 13 de febrero de 2003, Gran Sala.

(apartado 54 del asunto *Mikulic*). El asunto *Odièvre c. Francia* resuelto hace doce años fue, como los asuntos que nos ocupan ahora, muy relevante para el Estado francés y el contenido de su fallo, más favorable a dicho Estado que estas dos últimas sentencias.

Siendo esto cierto, sorprende el hecho de que en los asuntos *Mennesson y Labassée* -con respecto a las menores-, sólo fuera considerada la vulneración del apartado relativo a la vida privada y no el relativo a la vida familiar porque, tal y como consta en la sentencia, dichas niñas vivían junto con los “padres de intención” como una “familia”,⁵⁹⁰. Entendemos que la determinación de la filiación afecta, necesariamente, a la vida familiar, en el amplio sentido en el que ha sido interpretado dicho concepto -en otras ocasiones- por el mismo Tribunal. Sin embargo, el Tribunal resolvió que el Estado francés mantuvo un justo equilibrio entre los intereses de los demandantes y los intereses públicos. Consideramos que si los jueces europeos hubiesen considerado la vulneración del derecho al respeto de la vida familiar de las niñas, también tendrían que haberlo hecho con respecto a los “padres de intención” y eso hubiese implicado la modificación de la regulación interna del Estado francés.

Con respecto al matrimonio *Mennesson*, el TEDH consideró que los tribunales franceses -tras analizar la situación concreta de los mismos-, estimaron que las dificultades a las que tenían que hacer frente en su vida diaria por la ausencia de reconocimiento en derecho francés del vínculo de filiación establecido en el extranjero, no sobrepasaban los límites establecidos con respecto al art. 8 CEDH, por lo que no se consideró vulnerada dicha disposición. Esto, unido al margen de apreciación del que gozan los Estados, llevó al Tribunal a considerar que se había mantenido un justo equilibrio entre los intereses concurrentes en este apartado, el de los demandantes y el del Estado (apartados 93 y 94).

⁵⁹⁰ Apartado 45: « ...Or il est certain en l'espèce que les premiers requérants s'occupent comme des parents des troisième et quatrième requérants depuis leur naissance, et que tous le quatre vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la « vie familiale » dans son acception habituelle ».

Los asuntos analizados, han puesto de manifiesto que el TEDH ha primado el interés superior de las menores afectadas sobre otros intereses concurrentes en los mismos, entre los que se encontraba el interés público y sobre la invocación de la excepción de orden público internacional. Se trata de una tendencia jurisprudencial predominante durante los últimos años, en materias relativas a menores.

B. El asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*.

Más recientemente, el TEDH ha resuelto otro asunto relativo a esta materia: el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*. Asunto en el que otro Estado contratante (en este caso, a Italia), ha sido condenado por el TEDH por no haber primado el “interés superior del menor” sobre el orden público internacional-en las decisiones adoptadas por las autoridades italianas en relación con una “gestación por sustitución”⁵⁹¹ - y por no haber preservado un justo equilibrio entre los intereses en presencia⁵⁹².

⁵⁹¹ Los hechos son, brevemente, los siguientes: El matrimonio de ciudadanos italianos residentes en Italia, formado por la Sra. Donatina Paradiso y el Sr. Giovanni Campanelli, después de acudir sin éxito al uso de técnicas de fecundación *in vitro*, optó por realizar un contrato de gestación por sustitución con la empresa *Rosjurconsulting* de la Federación Rusa. Tras localizar una madre de alquiler, con la que se utilizaron técnicas de fecundación *in vitro*, en febrero de 2011 nació un niño que, de acuerdo con la legislación rusa, fue inscrito como hijo de la Sra Paradiso y del Sr. Campanelli sin indicación de que había nacido a través de un acuerdo de maternidad subrogada. En abril de 2011, el Consulado de Italia en Moscú entregó los documentos que permitían al niño viajar a Italia. Pocos días después de la llegada a Italia, el Sr. Campanelli solicitó sin éxito a la autoridad municipal de Colletorto la inscripción del nacimiento del niño. Por su parte, el Consulado de Italia en Moscú informó al Tribunal de menores de Campobasso, al Ministerio de Asuntos Exteriores y a las autoridades de Colletorto que el expediente sobre el nacimiento del niño contenía información falsa. En mayo 2011, la Sra Paradiso y el Sr. Campanelli fueron acusados de alteración del estado civil y de incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción. La Fiscalía del Tribunal de menores de Campobasso solicitó la apertura de un procedimiento para dar al niño en adopción puesto que, de acuerdo con la legislación italiana, había sido abandonado. En agosto de 2011, una prueba de ADN reveló que el Sr. Campanelli no era el padre biológico del niño, lo que, unido al comportamiento contrario a la ley, llevó al Tribunal de menores a quitar el niño a los solicitantes y someterlo a tutela. El niño fue colocado en un hogar de acogida sin informar a la Sra Paradiso y al Sr. Campanelli de su localización ni permitirles ningún contacto con él. En enero de 2013 el bebé fue entregado a unos padres adoptivos. En abril de 2013 se confirmó la negativa a inscribir el acta de nacimiento de Rusia debido a su contrariedad con el orden público y a la inexactitud de la certificación, puesto que no existía relación biológica entre el niño y los solicitantes. Estos últimos

Previamente, el TEDH también tuvo ocasión de resolver otro asunto (*D. y otros c. Bélgica*⁵⁹³) relativo a un contrato de gestación por sustitución, realizado entre un matrimonio heterosexual belga y una mujer ucraniana. Lamentablemente, en este asunto el Tribunal no entró a resolver acerca del reconocimiento de una certificación de nacimiento expedida en el extranjero, porque el proceso relativo a la denegación de dicho reconocimiento se encontraba pendiente en Bélgica cuando el Tribunal conoció del asunto y, además, los demandantes no alegaron dicho motivo como objeto de su demanda. Los principales motivos de la demanda interpuesta fueron que, la denegación de un pasaporte al niño nacido en Ucrania -para que pudiera entrar legalmente en territorio belga- y el período que los padres comitentes tuvieron que estar separados del menor por dicha razón (tres meses)⁵⁹⁴, vulneraban tanto el artículo 3 del CEDH como el art. 8 del CEDH. Las autoridades belgas denegaron, en un principio, la expedición de dicho título porque tenían dudas a propósito de la nacionalidad del menor. El certificado de nacimiento expedido en Ucrania no estaba reconocido en base al Código de Derecho internacional privado belga, por lo que la filiación entre el menor y sus “padres”, no podía ser determinada. Finalmente, las autoridades belgas, tras haber recabado más elementos que demostraban la paternidad biológica del Sr. D., y tras considerar que el reconocimiento del vínculo de filiación paterna no vulneraba gravemente el orden público belga, otorgaron el correspondiente pasaporte al menor. El TEDH consideró que, dado que el principal motivo de la demanda eran las consecuencias que, sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar de

alegaron, sin éxito, que habían actuado de buena fe y que no tenían conocimiento del material genético que había sido utilizado en la clínica rusa. En el mismo mes de abril de 2013, el niño recibió una nueva identidad, indicándose en el nuevo certificado de nacimiento que había nacido de padres desconocidos. En junio de 2013, el Tribunal de menores declaró que los solicitantes carecían de capacidad de actuar en el procedimiento de adopción iniciado por ellos, puesto que no eran ni los padres ni familiares del niño.

⁵⁹² Apartado 80 de la sentencia. *Vid.* E. Viganotti, «La décision des autorités italiennes de placer l'enfant conçu par mère porteuse en vue de son adoption n'a pas préservé un juste équilibre des intérêts en présence », *AJ Famille*, 2015, p. 165 ; V. Lefebvre, « Gestation pour autrui : la CEDH persiste et signe », *Dalloz Actualité*, 20 février, 2015 ; J.P. Marguénaud, « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD Civ.* 2015, p. 325.

⁵⁹³ Decisión de 8 de julio de 2014.

⁵⁹⁴ Los demandantes tuvieron que volver a Bélgica, porque su permiso de estancia expiró y dejaron al menor en Bélgica, al cuidado de una persona que contrataron al efecto. Posteriormente, hicieron varios viajes a Ucrania, de una semana cada uno.

los demandantes había causado la denegación del pasaporte y, dado que dicho título ya les había sido concedido, procedía el archivo de dicho motivo.

Por otro lado, al igual que sucedió en el asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, en el asunto *Paradiso y Campanelli* también se produjo por parte de las autoridades nacionales del Estado demandado, una denegación de reconocimiento de una relación jurídica válidamente creada por otro Estado, porque vulneraba el orden público internacional del Estado. En aquella ocasión, se trataba del no reconocimiento de una adopción internacional y, en este supuesto, de la denegación de reconocimiento del certificado de nacimiento que establecía la filiación del menor afectado con respecto a los demandantes. Pero, contrariamente a lo sucedido en el primer caso, en el que madre e hija (según el ordenamiento peruano) pudieron hacer una vida familiar más o menos “normal”, en el asunto *Paradiso y Campanelli*, la denegación del reconocimiento del vínculo de filiación (porque las autoridades italianas consideraron que los comitentes habían vulnerado el orden público italiano), tuvo como consecuencia el que dichas autoridades adoptaran unas drásticas y graves resoluciones, que condujeron a la retirada del niño de sus “padres” (según el ordenamiento ruso), cosa que no hicieron en el asunto *Wagner*.

Por primera vez, un menor nacido gracias a una gestación por sustitución, es retirado del cuidado de sus progenitores comitentes porque éstos han vulnerado el orden público internacional del Estado de acogida o de residencia del menor. Para establecer la filiación del menor, las autoridades italianas aplicaron sus propias normas de conflicto, obviando el reconocimiento del certificado de nacimiento ruso, que establecía que el menor era el hijo del matrimonio *Paradiso-Campanelli*. Las normas de conflicto italianas establecían que la ley aplicable a la filiación, era la determinada por la ley nacional del hijo/a en el momento de su nacimiento. Teniendo en cuenta que dicho menor había nacido de un gameto de donantes desconocidos, la nacionalidad del menor era indeterminada y, en consecuencia, las autoridades italianas consideraron que el menor estaba en situación de abandono. En palabras del Tribunal, “la aplicación

de la ley nacional ha tenido como consecuencia el no reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero, porque los demandantes no tenían un vínculo genético con el niño” (apartado 77).

Sin embargo, tras esta constatación, el Tribunal consideró que el hecho de que los jueces nacionales realizaran una aplicación estricta del derecho nacional para determinar la filiación y que pasaran por alto el estatuto jurídico creado en el extranjero, no fue una decisión irrazonable. Es decir, en esta ocasión, el TEDH no consideró que la denegación de reconocimiento por parte de las autoridades italianas del vínculo válidamente reconocido en el extranjero vulnerara derecho fundamental alguno. El tribunal de menores competente en el asunto, consideró que los Sres. *Paradiso-Campanelli* habían vulnerado la ley relativa a la adopción internacional y la ley relativa a la reproducción asistida italianas y, en consecuencia, el orden público internacional. Por dicha razón, y sin que tuviera lugar examen pericial alguno en relación a la capacidad o idoneidad de los comitentes para hacerse cargo del cuidado del menor, éste - inscrito como hijo suyo en la Federación Rusa- debía ser alejado de los comitentes, de manera que no tuvieran contacto con el bebé; y así, fue acordada la retirada del niño para que fuera dado en acogimiento y, posteriormente, en adopción.

Lo que los jueces europeos sí consideraron desproporcionadas (aunque no fuera por unanimidad⁵⁹⁵), fueron las medidas adoptadas por los tribunales italianos para retirar al niño del hogar en el que vivía con los demandantes y someterlo a tutela. Estas medidas supusieron una grave injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de los demandantes y en la vida familiar del menor. Los jueces europeos manifestaron que la invocación del orden público internacional no podía ser una “carta en blanco” que justificara cualquier medida, teniendo en cuenta que el Estado en cuestión debe tener siempre en cuenta el interés superior del menor, independientemente del vínculo que una a dicho menor con sus “padres”.

⁵⁹⁵ Cinco votos contra dos.

El mantenimiento de los vínculos familiares previamente establecidos entre el menor y su familia (salvo que ésta sea especialmente indigna), constituye uno de los elementos fundamentales del derecho a la vida privada y familiar regulada en el art. 8 CEDH y, según el TEDH, uno de los elementos del principio del “interés superior del menor”. Por lo tanto, separar a un menor de su entorno familiar es, según reiterada jurisprudencia del Tribunal⁵⁹⁶ - puesta de manifiesto en el Capítulo II de la tesis- una medida extrema a la que sólo se debe recurrir en supuestos de suma gravedad y sólo circunstancias muy excepcionales pueden determinar la ruptura de dicho vínculo. Dicha medida estará justificada únicamente cuando el fin de la misma sea proteger al niño/a frente a un peligro inminente para éste/a. Sólo en dichos supuestos. Pero incluso en los casos en los que dicha ruptura tenga lugar, deben ser adoptadas todo tipo de medidas para mantener las relaciones personales que existían antes de la ruptura entre los miembros de la misma y, llegado el momento, poder reconstruir dicha familia.

Por otra parte, el margen de apreciación otorgado a los Estados en estos asuntos, varía en función de las cuestiones en litigio y de los intereses en juego. A pesar de reconocer ese margen de apreciación a las autoridades nacionales, el Tribunal también recalca que los jueces europeos deben estar seguros de que, en el supuesto concreto, las circunstancias justificaban la retirada del menor de sus “padres”. Es decir, el Estado demandado tiene que demostrar que sus autoridades han evaluado cuidadosamente la repercusión que la medida en cuestión tendría, tanto sobre el menor como sobre los padres, así como otras posibles soluciones, antes de llevar a cabo dicha retirada del menor. Reconociendo que -en esta ocasión- el asunto era delicado y que había graves sospechas sobre los demandantes, el Tribunal consideró que, los hechos en los que se basaron las autoridades italianas para decidir que el menor debía ser retirado, no eran los adecuados y que no preservaron un justo equilibrio entre los intereses en juego;

⁵⁹⁶ Vid. Asunto *Scozzari y Giunta c. Italia* (GS), apartado 148; asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza* (GS), sentencia de 6 de julio de 2010, apartado 136; Asunto *Y.C. c. Reino Unido*, sentencia de 13 de marzo de 2012, apartados 133-138; asunto *Pontes c. Portugal*, sentencia de 10 de abril de 2012, apartados 74 a 80; y, asunto *Zhou c. Italia*, sentencia de 21 de enero de 2014, apartados 55-66.

en consecuencia, las graves medidas adoptadas excedieron de su margen de apreciación nacional.

Sin embargo, a pesar de la condena al Estado demandado por vulneración del artículo 8 CEDH, el Tribunal estableció que la condena no obligaba a dicho Estado a devolver el niño a los demandantes dado que, a la fecha de la sentencia, el niño ya llevaba viviendo dos años con la familia de acogida con la que, sin duda, habría desarrollado un vínculo afectivo (apartado 88). Una nueva ruptura familiar sería, en esas circunstancias, realmente perjudicial para el interés del menor. Desgraciadamente para los demandantes, la sentencia del TEDH llegó tarde, porque el menor no les fue devuelto. Nuevamente, uno de los grandes perjudicados de las resoluciones adoptadas por las autoridades nacionales de un Estado (además de los Sres. *Paradiso y Campanelli*, que lo habían cuidado desde el primer momento) fue, un menor. El desenlace de este caso no ha sido el habitual en estos supuestos porque, finalmente, los padres comitentes que contrataron la gestación de su hijo (reconocido como tal por el ordenamiento ruso), se quedaron sin él, no porque fueran unos padres inapropiados o incapaces de cuidar del menor, sino únicamente porque la forma de maternidad elegida por ellos vulneraba el orden público internacional de Italia y, probablemente, nunca pensaron que dicha vulneración jurídica tendría como consecuencia la retirada del menor que habían “contratado”⁵⁹⁷.

⁵⁹⁷ Vid. M.M. Winkler, “Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia”, *Genius*, año II, número 1, junio 2015., pp. 243-257.

C. El estado de la cuestión en el ordenamiento español

Por otro lado, la situación en España de este tipo de maternidad, cada vez más frecuente también entre nacionales españoles, se ha visto afectada en cierta manera, - tal y como decíamos anteriormente- por las sentencias *Menesson* y *Labassée*⁵⁹⁸ pero hasta que la legislación vigente no sea modificada, el actual y complejo escenario jurídico es el siguiente:

Según lo establecido en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA), “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”⁵⁹⁹. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico español, los contratos de gestación por sustitución se sancionan con la nulidad de pleno derecho de los mismos, “nulidad que se produce *ipso iure*, por ministerio de la ley siendo por ello apreciado de oficio, aunque no se haya alegado por ninguna de las partes (...). Dicha nulidad es también absoluta, *erga omnes*, de manera que tiene efecto general que alcanza a todos y no sólo a las partes contratantes y sus causahabientes; y es definitiva, al no caber contra ella ni la prescripción –la acción no está sujeta a plazo- ni la confirmación o convalidación”⁶⁰⁰. La ley declara la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación, pero lo que no dice es si el contrato es nulo por su ilicitud/causa o por su objeto⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Vid. A. L. Calvo-Caravaca, J. Carrascosa, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Surrogacy and private international law: beyond the spanish Supreme Court and the European Court of Human Rights”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2015, vol. 7, nº 2, pp. 45-113; A.J. Vela Sánchez, *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Madrid, Edi. Reus, 2015.

⁵⁹⁹ Esta nulidad de pleno derecho también se establece en otros ordenamientos europeos como Francia, Italia, Alemania, Austria, Finlandia, Montenegro, etc., tal y como menciona la propia STEDH *Menesson c. Francia*.

⁶⁰⁰ Vid. A.J. Vela Sánchez, “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, nº 8309, Sección Doctrina, 13 de mayo de 2014, La Ley 2505/2014, pp. 1-7.

⁶⁰¹ Vid. P. Blanco-Morales Limones, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, disponible en www.bitacoradipr.com, revista nº 1, 2015.

Además, el apartado segundo del artículo 10 dispone que *“la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*, por lo que la madre de los niños nacidos a través de dicha gestación, será – a efectos del ordenamiento español– la madre que los dé a luz. Esta madre no tendría ninguna obligación de entregar a otras personas a los/as hijos/as que ha gestado y parido (dada la ilicitud del contrato firmado) y podría llegar a reclamar al/a los hijo/s en caso de que los/las hubiese entregado a los “padres de intención”.

No obstante, existe una vía en la citada Ley a través de la que han podido y siguen pudiendo ser reconocidos como hijos los menores nacidos de una madre gestante. Dicha vía es el tercer apartado del artículo 10, que establece que *“queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”*. Como el propio apartado dispone, en caso de que el padre comitente haya aportado material genético para la fecundación, podrá reclamar su paternidad biológica y, de esta manera, el/los hijo/s nacidos de esta forma podrían ser reconocidos como hijo/s suyos, con todas las consecuencias. También el/los hijo/s podrían ejercer la acción de reclamación de paternidad. En ambos casos, las acciones a las que se refiere dicho apartado son las generales correspondientes a la determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC⁶⁰². Esta posibilidad de atribución de la paternidad, es mencionada tanto en el Auto del TS de 2 de febrero de 2015 como en la Consulta “Relativa al régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España, mediante gestación por sustitución tras la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014”, emitida por la DGRN a los distintos Registros Civiles españoles, de fecha 11 de julio de 2014.

⁶⁰² Apartado I, segundo de la Consulta o Instrucción “relativa al régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España, mediante gestación por sustitución tras la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014” emitida por la DGRN a los distintos Registros Civiles españoles, de fecha 11 de julio de 2014.

En el mes de diciembre de 2014, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid se pronunció⁶⁰³ a propósito de la solicitud de la prestación por maternidad, realizada por un hombre soltero español (D. Ramón), que recurrió a un contrato de gestación por sustitución (que se llevó a cabo en la India), a fin de tener a su hijo. En este caso, el solicitante aportó material genético, así como la madre gestante (Dña. Carolina), por lo que ambos eran los padres biológicos del menor. Y, así se hizo constar en el Registro Civil de Nueva Delhi. La inscripción de nacimiento del menor se realizó sin obstáculo alguno, porque ambos progenitores biológicos constaban como padres del menor, a pesar de que posteriormente la madre renunciara a sus derechos y obligaciones como tal y entregara el niño al padre. De vuelta a España con el niño, el padre disfrutó de la prestación por paternidad que le fue reconocida, pero también solicitó la prestación por maternidad que le fue denegada. Interpuso la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid, pero éste también se la denegó. Ante la nueva desestimación de su petición, el Sr. Ramón recurrió en Suplicación ante el TSJ de Madrid y éste, finalmente, se la reconoció, en su calidad de padre mono parental del menor. Por lo tanto, en los supuestos en los que consta como madre la madre biológica (a pesar de que luego renuncie a sus derechos y obligaciones como tal), el problema jurídico desaparece, porque ya consta como madre aquélla que ha traído al mundo al/a niño/a. Realmente, esta solución sería válida en los supuestos en los que el padre de intención fuera un hombre soltero. No porque legalmente sólo lo fuera en estos casos, sino porque en la práctica, los padres comitentes suelen ser o bien parejas heterosexuales, o parejas homosexuales. Proporcionalmente, el número de personas solteras sin pareja que recurre a estos contratos de gestación, suele ser bastante menor que el resto de parejas. La opción de que conste como madre la madre gestante, aunque fácticamente no ejerza como tal, no suele ser aceptada por las parejas que recurren a esta técnica.

Por lo tanto, la situación de las parejas o personas solas comitentes y - en consecuencia, la de los niños- en el ordenamiento español, es bastante

⁶⁰³ Sentencia de 23 de diciembre de 2014, nº 1201/2014.

complicada, sobre todo a raíz de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁶⁰⁴ y de la STS de 6 de febrero de 2014⁶⁰⁵. La Resolución dictada por la misma DGRN el 18 de febrero de 2009, parecía haber allanado el camino de las inscripciones en el Registro Civil español de las filiaciones constituidas en el extranjero, pero la “dicha” duró poco porque, tanto la Sentencia revocatoria del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia⁶⁰⁶ como la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 “Sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” y la STS de 6 de febrero de 2014, establecieron la imposibilidad de realizar dichas inscripciones. Además, la Consulta/Instrucción de la DGRN de 11 julio de 2014, reiteró la plena vigencia y aplicabilidad de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, con independencia de las modificaciones que se pudieran realizar en la materia a través de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que, más adelante analizaremos. Tanto las Resoluciones de la DGRN como la sentencia de 2014 del Alto Tribunal, han hecho correr “ríos de tinta” a nivel doctrinal⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ B.O.E. núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

⁶⁰⁵ Sentencia nº 835/2013, Sala 1ª. ROJ: 247/2014.

⁶⁰⁶ De 17 de septiembre de 2010.

⁶⁰⁷ Vid. A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), vol. 3, nº 1, pp. 247-262; P. de Miguel Asensio, “La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre gestación por sustitución”, 8 de octubre de 2010, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com>; A. Quiñones, « Instruction du 5 octobre 2010, de la Direction Générale des Registres et du Notariat, sur l'enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui », *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 183; J.R. de Verda y Beamonte, “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, nº 7501, Sección Tribuna, 3 nov. 2010, Año XXXI; J.A. Seijas Quintana, “Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler”, *Diario La Ley*, nº 8363, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de julio de 2014, Año XXXV; J. M. de Torres Perea, “Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *Diario La Ley*, nº 8281, Sección Doctrina, 28 mar. 2014, Año XXXV; J.A.Vela Sánchez, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, nº 8279, Sección Doctrina, 26 mar. 2014, Año XXXV; Mª. J. Parrón, “Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*”, *Diario La Ley*, nº 8269, Sección Tribuna, 12 mar. 2014, Año XXXV; A.S. Fernández-Sancho, “Eficacia registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011, parte Estudio, Pamplona, 2011, también disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app>; P. Jiménez Blanco, M.A. Presno Linera, “Libertad, igualdad ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 51, junio-septiembre 2014, pp. 9-44; Vaquero López, C., “La paternidad de las parejas del mismo sexo a

Como decíamos al inicio, a pesar de lo resuelto por el TEDH en las sentencias *Mennesson* y *Labassée* o, precisamente por lo que dichas sentencias no dicen, el Tribunal Supremo se ha reafirmado - a través del Auto dictado por el Pleno de la Sala de lo Civil con fecha 2 de febrero de 2015⁶⁰⁸ - en lo ya fallado en su Sentencia de 2014⁶⁰⁹. En dicho Auto, se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la citada sentencia, y el Pleno de la Sala reiteró que la sentencia del Alto Tribunal de 2014, no vulneró los derechos fundamentales de los menores a los que se les denegó la inscripción de la filiación, ni los de los aquéllos que pretendían ser inscritos como progenitores (dos hombres).

Y ello porque, “(...) 2. La interdicción de discriminación por razón de filiación no exige que el ordenamiento jurídico español deba reconocer como filiación la relación que deriva de haber concertado con la madre gestante un contrato de gestación por sustitución. El legislador español goza de un cierto margen de libertad para atribuir el carácter de relación paterno-filial a determinadas relaciones distintas de la paternidad o maternidad biológicas (...). Pero de dicho principio constitucional no deriva la obligación de los poderes públicos de otorgar necesariamente el reconocimiento de filiación a relaciones jurídicas que en ordenamientos extranjeros son reconocidas como tal filiación, pero que no lo son en el ordenamiento jurídico español, como es el caso de los comitentes en un contrato de gestación por sustitución respecto del niño nacido como consecuencia de tal gestación”⁶¹⁰. Por lo tanto, a pesar de las sentencias europeas, el TS español se reafirma en su postura. Independientemente de que dicha postura sea considerada más o menos acertada, el gran problema de la misma es que tiene consecuencias directas en muchos menores ya nacidos y que se

través de la gestación por sustitución: problemas jurídicos”, *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, AA.VV. (Dir. Juan Soroeta Licerias), vol. XIV, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 291-332.

⁶⁰⁸ Recurso nº 245/2012, Ponente: Sr. Sarazá Jimena. *Vid.* A. Durán Ayago, “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 2, 2015, pp. 50-63, disponible en www.millenniumdipr.com.

⁶⁰⁹ La doctrina francesa también se ha hecho eco de dicha resolución. *Vid.* H. Fulchiron, “Gestation pour autrui (statut des enfants): position du Tribunal supremo espagnol», *Recueil Dalloz*, 2015, p. 626.

⁶¹⁰ Apartado Cuarto, 2, del Auto.

hallan residiendo en España en familias españolas, sin que su situación jurídica esté regularizada.

El origen de todas estas resoluciones está en el caso (el *leading-case*) planteado por un matrimonio de homosexuales españoles que, para cumplir su deseo de ser padres, recurrió a una gestación por sustitución en San Diego (California) -fruto de la cual- nacieron dos gemelos. El matrimonio solicitó la inscripción – como hijos de ambos- en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, presentando a tal efecto los certificados de nacimiento de los niños - expedidos por los registros americanos-, el Libro de Familia de los comitentes y sus certificados de nacimiento. Pero el Encargado Consular de dicho Registro denegó la inscripción, alegando que los niños habían nacido a través de la gestación por sustitución, contraria al artículo 10.1 de la Ley 14/2006. Los solicitantes recurrieron ante la DGRN dicha denegación y ésta estimó dicho recurso, a través de la conocida Resolución de 18 de febrero de 2009⁶¹¹, acordando la inscripción de los menores como hijos de los recurrentes. Sin embargo, el Ministerio Fiscal la recurrió ante el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia y éste, a través de su sentencia de 15 de septiembre de 2010, dejó sin efectos la inscripción de nacimiento de los menores realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, por lo que se derivaba la necesidad de su cancelación.

La sentencia de primera instancia fue posteriormente confirmada en apelación por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 confirmada, a su vez, por la Sentencia del Tribunal Supremo

⁶¹¹ Vid. A. Quiñones Escámez, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret* 3/2009, pp. 1-42, Barcelona, disponible en www.indret.com; E. Farnós Amorós, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret* 1/2010, pp. 1-25, disponible en www.indret.com; M. Requejo, “Spanish homosexual couple and surrogate pregnancy (II)”, 14/03/2009, <http://conflictoflaws.net/2009/spanish-homosexual-couple-and-surrogate-pregnancy-II>; P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Nota a la Res. DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2009, pp. 1244-1252; *id.*, “Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XII, 2010, pp. 619-637, (Edit.A. Bonomi y G.P.Romano), S.E.L.P., Lausanne, 2010; *id.*, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad subrogada”, *Iguals y Diferentes ante el Derecho privado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 465-516.

de 6 de febrero de 2014. A la vista de la anulación judicial de la Resolución de la DGRN de 2009, este último Centro Directivo, sin esperar a la firmeza del fallo judicial de instancia, aprobó la Instrucción de 5 de octubre de 2010⁶¹², sobre “régimen de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, a fin de “dotar de plena protección jurídica al interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución”⁶¹³.

Uno de los principales motivos por los que el TS, en su sentencia de febrero de 2014, denegó la inscripción del acta de nacimiento de los menores en el Registro Civil español, fue porque dicha inscripción vulneraría el orden público internacional español. El Alto Tribunal definió lo que consideraba orden público internacional, entendiendo por tal “... el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que éstos encarnan”⁶¹⁴. Asimismo, concretó el contenido de ese orden público en materias relativas a la familia y a las relaciones paterno-filiales, estableciendo que “Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39). También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución). Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos

⁶¹² B.O.E. núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

⁶¹³ Vid. Apartado III de la Consulta de la DGRN de fecha 11 de julio de 2014.

⁶¹⁴ FJ Tercero, 4, segundo apartado.

en el Título I de la Constitución integran ese orden público, que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión”⁶¹⁵.

Asimismo, afirmó que “las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español”⁶¹⁶.

Por otra parte, la Instrucción de 2010 establecía que, sólo las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales competentes del Estado de origen en el que se determinara la filiación del nacido eran títulos aptos para la inscripción del nacimiento y filiación, no siendo suficiente dicha acreditación a través de las certificaciones registrales extranjeras. Dicha resolución judicial extranjera tenía que ser, con carácter general, reconocida - salvo lo dispuesto en convenios internacionales- de acuerdo con el procedimiento previsto en los arts. 955 a 958 de la LEC de 1881. Y, excepcionalmente, cuando la resolución judicial derivase de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, no sería necesario dicho procedimiento de *exequátur*, sino el mero reconocimiento y control registral, realizado por el Juez encargado del Registro Civil. El requisito de la resolución judicial del país de origen, responde – según la propia DGRN⁶¹⁷- a la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante.

Pero la entrada en vigor de las leyes recientemente aprobadas, puede modificar lo establecido por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de

⁶¹⁵ FJ Tercero, 5.

⁶¹⁶ FJ Tercero, 7.

⁶¹⁷ Según consta en la Consulta de 11 de julio de 2014.

2010⁶¹⁸. Nos estamos refiriendo a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria⁶¹⁹ y a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil⁶²⁰. La vigente Ley 15/2015, regula la inscripción en los registros españoles de las resoluciones judiciales extranjeras definitivas, dictadas por órganos judiciales en procesos de jurisdicción voluntaria (art. 11), por una parte y, el reconocimiento de los efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria firmes acordados por autoridades extranjeras (art. 12), por otra. Con respecto a las resoluciones judiciales definitivas, éstas podrán ser inscritas en los registros españoles “a) previa superación del trámite de *exequátur* o de reconocimiento incidental. Hasta entonces, sólo podrán ser objeto de anotación preventiva. b) Por el Encargado del registro correspondiente, siempre que verifique la concurrencia de los requisitos para ello”. Es decir, este artículo parece prever tres formas de reconocimiento⁶²¹: el *exequátur*, el reconocimiento incidental y la tercera forma que realizaría el Encargado del registro correspondiente y que sería otra modalidad de reconocimiento automático o incidental. Y, en el supuesto de que la resolución no sea definitiva, tal y como menciona el apartado 2 del artículo 11, sólo cabría su anotación preventiva.

El artículo 12 de la Ley 15/2015 prevé, por su parte, la posibilidad del reconocimiento incidental de los actos de jurisdicción voluntaria firmes, así como las causas de denegación de dicho reconocimiento. En este último aspecto, sorprende la regulación de la Ley 15/2015, teniendo en cuenta la posterior aprobación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, cuyo art. 46 también regula dicho aspecto⁶²², pero con diferencias destacables. Una de

⁶¹⁸ Aunque el Subsecretario del Ministerio de Justicia afirmó a un medio de comunicación que “Estamos dispuestos a recoger la redacción que tenía la instrucción de 2010. Si no lo hemos hecho es porque considerábamos que técnicamente no era necesario”, *El País*, Sección Política, 4 de julio de 2014, <http://politica.elpais.com/politica/2014/07/03/actualidad>.

⁶¹⁹ *B.O.E.* núm. 158, de 3 de julio de 2015.

⁶²⁰ *B.O.E.* núm. 182, de 31 de julio de 2015.

⁶²¹ *Vid.* P. De Miguel Asensio, “Normas de Derecho internacional privado (arts. 9 a 12) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, 8 de julio de 2015.

⁶²² El Título V de la Ley regula el reconocimiento, la ejecución de resoluciones judiciales y de documentos públicos extranjeros, el procedimiento de *exequátur* y la inscripción en Registros públicos. Ambas leyes fueron publicadas en el *B.O.E.* con un escaso margen de 28 días.

ellas está en los apartados c) y d) del párrafo 3 del artículo 12. Estos apartados hacen referencia a la denegación del reconocimiento “c) Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español y d) Si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico”. El artículo 46 por su parte, menciona únicamente como causa de denegación, la contrariedad con el orden público (español), al tiempo que añade otras previstas en los Reglamentos comunitarios⁶²³ no previstas en la Ley 15/2015. Desconocemos las razones por las que el legislador español no ha tenido en cuenta la proximidad en la aprobación de ambas leyes (después de tanto esperar para la segunda), pero consideramos que ha perdido una buena ocasión de homogeneizar o uniformizar la legislación española en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.

La complejidad de este tema queda patente en el hecho de que ni las recientes sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo, ni las resoluciones dictadas por el Alto Tribunal español, establecen un criterio uniforme en la resolución del mismo. Pero, realmente, la complejidad radica en el origen mismo de esta técnica de reproducción, por todas las cuestiones o aspectos a los que afecta (médicas, éticas, bioéticas, jurídicas, etc.) y en las que la uniformidad de criterio es muy difícil, por no decir, imposible. Como en otros muchos temas, cuando entran en juego aspectos relacionados con la ética, con la moral, con la religión y, al mismo tiempo, aspectos médicos y jurídicos, la diversidad de opiniones suele ir pareja al número de personas consultadas. Por tanto, el acuerdo a nivel legislativo entre diferentes países, con culturas diferentes, diversos principios básicos, etc., es realmente complicado. Ello no obsta para que, habiendo víctimas inocentes e involuntarias (los menores nacidos de dicha

⁶²³ Concretamente, añade determinadas causas previstas tanto en el Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO* núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012; modif., por Regl. 542/2014, *DO* núm. L 163, de 29 de mayo de 2014); como en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento número 1347/2000 (*DO* núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003).

técnica de reproducción) y, directamente afectadas por este asunto, haya que buscar una solución lo más uniforme y homogeneizada posible, para que la falta de uniformidad no cree problemas adicionales como los que están sucediendo actualmente⁶²⁴.

⁶²⁴ Vid. Apartado 43 de la sentencia *Menesson c. Francia*; apartado 41 *in fine* de la sentencia *Labassée c. Francia* y Fundamento Jurídico Segundo y Quinto de la STS 247/2014, de 6 de febrero.

3. Denegaciones de reconocimiento y de la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras contrarias al CEDH

La función de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde al Poder Judicial de cada Estado y, esta potestad, deriva de la soberanía estatal⁶²⁵. Por eso, en principio, las sentencias dictadas en un Estado en materias de Derecho privado, sólo tienen eficacia en dicho Estado, vinculando únicamente a las autoridades públicas que las dictaron. Si este principio fuera aplicado literalmente, las sentencias dictadas en el extranjero que afectaran, por ejemplo, a nacionales del Estado en el que se solicitara su reconocimiento y ejecución, no podrían desplegar sus efectos, suponiendo un gran obstáculo a la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio⁶²⁶. El reconocimiento de una resolución extranjera supone atribuirle los mismos efectos que dicha resolución tiene en el Estado en el que se dictó. Por dicha razón, cuando un Estado deniega el reconocimiento o la ejecución de una sentencia extranjera, no sólo está denegando los efectos que la misma pudiera producir en el Estado de reconocimiento o de ejecución, sino que también está denegando el reconocimiento de ese derecho creado o constituido. Este impedimento tiene mayores consecuencias en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales, porque las partes implicadas en las mismas suelen tener interés en que la sentencia dictada en un Estado, despliegue sus efectos en otro. Para evitar los problemas que la denegación de los efectos pueda producir, los Estados tienen diversos sistemas o regímenes que permiten el reconocimiento y la ejecución de aquellas sentencias que han sido dictadas por autoridades judiciales extranjeras.

Si a esto le añadimos el hecho de que dicho derecho esté regulado en el CEDH, la denegación del reconocimiento o de la ejecución, puede acarrear la vulneración de un derecho fundamental, tal y como ha sucedido en numerosas

⁶²⁵ En el ordenamiento español, dicha potestad jurisdiccional se halla regulada en el art. 117.3 de la Constitución española.

⁶²⁶ Vid. J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 6ª edic., 2011, pp. 183-184.

ocasiones⁶²⁷, que analizaremos a continuación. En el ámbito del TEDH, la ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras constituye un derecho y, como tal, debe ser garantizado por los Estados parte del CEDH. Un derecho que puede ser sustantivo y basado en el derecho al reconocimiento de la situación, o bien un derecho procesal a la efectividad de las resoluciones dictadas por “cualquier tribunal” e incluido en el derecho a un proceso equitativo como un elemento más del “derecho a un tribunal”, regulado por el artículo 6.1 del Convenio.

A lo largo del presente apartado destacaremos aquellas materias en las que la falta o la denegación de reconocimiento de una sentencia dictada en el extranjero o la denegación de ejecución de la misma en otro Estado, ha vulnerado el derecho fundamental al respeto a la vida privada o vida familiar del artículo 8 del CEDH.

3.1. Adopción internacional

En materia de adopción internacional, encontramos en el asunto *Pini y Bertani y Manera y Atripaldi c. Rumanía*⁶²⁸ otra sentencia relevante, pero por razones bien diferentes a las del asunto *Wagner*. En esta ocasión, la demanda ante el TEDH estuvo motivada por la falta de ejecución de dos sentencias dictadas en Rumanía, que reconocían la adopción a favor de los padres adoptivos italianos, pero dicha adopción nunca fue efectiva, porque las niñas “adoptadas” no salieron de su país para trasladarse a Italia ni convivieron con los adoptantes. Estamos ante uno de los asuntos en los que falta uno de los elementos constitutivos de la “vida familiar” y es el de la convivencia o la existencia de

⁶²⁷ Vid. P. Kinsch, “Enforcement as a fundamental right”, *Nederlands International Privaatrecht*, 2014, pp. 540-550, *Law Working series*, paper number 2014-07.

⁶²⁸ Habitualmente conocida como *Pini y otros c. Rumanía*, sentencia de 22 de junio de 2004.

vínculos *de facto* entre las partes y, por consiguiente, ausencia de la efectividad de dicha relación⁶²⁹. A pesar de ello, el TEDH juzgó que la relación familiar se había constituido a partir de la adopción legal y no ficticia y que dicha circunstancia era suficiente para que entrara dentro del ámbito de protección del art. 8 CEDH (apartado 148).

Una de las principales razones de la no ejecución de las sentencias en virtud de las cuales habían sido constituidas las adopciones, fue que las menores se opusieron –reiterada y tajantemente- a abandonar el centro en el que estaban acogidas (desde que fueron abandonadas) y a ser trasladadas a Italia para vivir con sus nuevos “padres”⁶³⁰. En este caso, el principio del “interés superior de las menores” fue determinante para que el TEDH considerara que las autoridades rumanas no habían vulnerado el art. 8 CEDH. Estimó que dichas autoridades habían tenido en cuenta la firme oposición de las menores a ser adoptadas y que el derecho que correspondía a los padres adoptantes a crear una nueva relación familiar con las niñas, tenía como límite – precisamente- el interés superior de éstas. A pesar de que hubiera dos sentencias que legalmente establecieran dicha relación familiar, la oposición de las niñas beneficiarias de dicha relación, fue suficiente para que fácticamente no se llegara a crear. En la ponderación de los intereses concurrentes primó – claramente- el interés de las niñas frente al de los padres adoptantes. Por el contrario, el Estado rumano sí fue condenado por no haber adoptado las medidas necesarias para ejecutar las dos sentencias firmes, que reconocían a los demandantes como padres adoptivos y cuya ejecución fue impedida y retrasada –especialmente- por el centro de menores en el que se encontraban internadas las niñas.

⁶²⁹Vid. Apartado 146 de la sentencia.

⁶³⁰ En el momento en que se opusieron a las adopciones, las niñas tenían nueve años y medio, una edad muy cercana a los diez años; edad a partir de la cual se establecía la obligación de recabar el consentimiento del/de la menor para su adopción, en la legislación rumana.

3.2. Resoluciones relativas al derecho de guarda y custodia

La atribución del derecho de guarda y custodia y del derecho de visita de los menores nacidos dentro del matrimonio o de la pareja, cuando dicha relación sentimental o afectiva se rompe, constituye uno de los principales motivos de disputa entre las personas que conforman dicha relación. Y, en el caso de las parejas mixtas, los problemas suelen aumentar porque en muchas ocasiones, una vez finalizada la relación, una de las partes suele querer volver a su Estado de origen, llevándose a los/as niños/as. Habitualmente, los asuntos resueltos en estos supuestos por el TEDH han tenido como eje fundamental la falta de reconocimiento o de ejecución en un Estado contratante del CEDH, de una resolución atributiva del derecho de guarda o del derecho de visita otorgada en otro Estado distinto. En otras ocasiones, la cuestión principal ha sido la falta de ejecución en un determinado Estado, de una resolución u orden de retorno o de restitución inmediata de un menor ilícitamente retenido o sustraído, otorgada en otro Estado. En el ámbito de la ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de familia, el TEDH ha manifestado en numerosas ocasiones⁶³¹, que lo relevante es saber si las autoridades nacionales han adoptado todas las medidas que, razonablemente se puede exigir de ellas, para facilitar la rápida ejecución de las resoluciones judiciales que otorgan el derecho de guarda a uno de los progenitores.

En el asunto *Leschiutta y Fraccaro c. Bélgica*, sentencia de 18 de julio de 2008, dos padres -el Sr. *Leschiutta* y el Sr. *Fraccaro*- presentaron en su nombre y en el de sus hijos sendas demandas ante el TEDH⁶³², porque consideraban que

⁶³¹ Apartado 17 de la presente sentencia y entre otros muchos, asunto *Hokkanen c. Finlandia*, sentencia de 23 de septiembre de 1994, apartado 58; asunto *Nuutinen c. Finlandia*, sentencia de 27 de junio de 2000, apartado 128.

⁶³² Que, posteriormente, fueron acumuladas. Cada uno de los padres tuvo un hijo con la Sra. A.M. El Sr. Fraccaro y la Sra. A.M. tuvieron en 1987 a Elia. Estaban casados y cuando se separaron judicialmente, el tribunal de Verona otorgó la guarda y custodia del menor a la madre y al padre un derecho de visitas bastante amplio. Posteriormente (en 1993), los padres acordaron judicialmente que se otorgara la guarda y custodia del menor al padre y que la madre tuviera un derecho de visitas también bastante amplio. En 1994, el tribunal de Verona acordó el derecho de guarda y custodia definitiva del menor al padre. La madre recurrió en apelación pero le fue denegada. En octubre de 1998, el padre demandó a la madre por sustracción del menor, porque ésta lo había cogido a la salida del colegio y se lo había llevado a Bélgica,

las autoridades belgas no habían adoptado las medidas necesarias y con la celeridad suficiente para que tuviera lugar el reencuentro con sus respectivos hijos y, en consecuencia, habían vulnerado su derecho a la vida familiar, regulado en el art. 8 CEDH. El TEDH falló a favor de los demandantes, condenando al Estado belga porque, a pesar del margen de apreciación del que gozaban sus autoridades internas⁶³³ - efectivamente- éstas no habían adoptado todas las medidas necesarias y de manera rápida, para hacer posible el respeto del derecho a la vida familiar, tanto de los demandantes como de sus hijos. Asimismo, consideró que las autoridades belgas, con su pasividad, habían apoyado a los menores que no deseaban volver con sus respectivos padres. Esto, unido al inexorable transcurso del tiempo, habría producido la ruptura de las relaciones entre padres-hijos que, en ningún caso podía ser considerado en “interés superior del menor”.

Los hechos del asunto *Leschiutta y Fraccaro* son muy similares a los acontecidos en otros supuestos de sustracción internacional de menores, en los que tiene lugar la ejecución (o, en muchas ocasiones, la no ejecución) de las resoluciones relativas al retorno de los menores o de las relativas al derecho de guarda y custodia. Pero, la diferencia de este caso con respecto al resto es que, en esta ocasión, no se aplicó el Convenio de la Haya de 1980⁶³⁴ para solicitar el retorno de los menores, porque el Estado belga no era -en el momento de los hechos- un Estado miembro del mismo. Pero, tampoco se aplicó –

país en el que residía. En noviembre de 1998, el Ministerio de Justicia italiano - a petición del demandante- solicitó al Ministerio de Justicia belga que otorgara con carácter urgente el exequátur de la decisión del tribunal de apelación italiano. El Sr. Leschiutta tuvo con la Sra. A.M. a su hijo Andrea, en 1995. En 1997, se separaron y el tribunal de Venecia otorgó la guarda y custodia del menor a la madre, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre. La madre se trasladó posteriormente a Bélgica con el menor (y con el del Sr. Fraccaro). El Sr. Leschiutta solicitó que le fuera retirada, en 1998, la guarda y custodia de Andrea. El tribunal de *Hasselt* (Bélgica) otorgó- en 1998- el exequátur de ambas resoluciones italianas, pero la ejecución efectiva de las mismas no tuvo lugar hasta dos años después. En la actualidad Elia vive alternativamente con su padre y con su madre (en Italia) y Andrea vive con su madre, con el acuerdo del padre y bajo la supervisión del tribunal de menores de Venecia.

⁶³³ Vid. Asunto *Handyside c. Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, apartado 49; asunto *Keegan c. Irlanda*, sentencia de 26 de mayo de 1994, apartado 49.

⁶³⁴Lo ratificó en 1999 y los hechos se produjeron entre 1993 y 1999, por lo que en dicho momento, no era aplicable.

sorprendentemente⁶³⁵ - a efectos del reconocimiento y ejecución de las decisiones litigiosas, el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980⁶³⁶. Por lo tanto, estamos ante un asunto en el que se invoca la vulneración del art. 8 CEDH (como en el resto de asuntos), pero sin que el Tribunal pueda realizar una interpretación del mismo en base a los diferentes convenios aplicables a esta materia, por las razones mencionadas.

El Tribunal falló en contra del Estado belga, porque consideró que sus autoridades no habían adoptado todas las medidas necesarias para hacer posible la ejecución de las resoluciones italianas. Sin embargo, dicha obligación de adoptar las correspondientes medidas no es absoluta (apartado 18), porque “la naturaleza y la extensión de las mismas depende de las circunstancias de cada caso y la comprensión y la cooperación del conjunto de personas afectadas por la situación constituyen un factor importante”. Las autoridades deben tener en cuenta los intereses, los derechos y las libertades de dichas personas y, especialmente, el “interés superior del menor” y los derechos que el art. 8 le reconoce. En los supuestos en los que los contactos con los progenitores corran el riesgo de amenazar dichos intereses o de atentar contra dichos derechos, las autoridades nacionales deberán velar por el justo equilibrio entre ellos. En esta ocasión, las autoridades belgas, consideraron que la tensión existente entre los padres y sus respectivos hijos, era un peligro que había que evitar a estos últimos y, en lugar de enviar a los menores con las personas a quienes se les había atribuido legalmente la guarda y custodia (a los padres), alejaron a los niños.

El TEDH aceptó, como lo ha hecho en otras ocasiones⁶³⁷, que un cambio de circunstancias pertinentes puede justificar –excepcionalmente- la no ejecución de una resolución definitiva- con respecto a la cual se había otorgado el

⁶³⁵ Tanto Italia como Bélgica eran, en el momento de los hechos, Estados parte del citado Convenio. En Italia, el Convenio de Luxemburgo entró en vigor el 1 de junio de 1995 y en Bélgica, en 1986.

⁶³⁶ *B.O.E.* núm. 210, de 1 de septiembre de 1984.

⁶³⁷ *Vid.* Asunto *Sylvester c. Austria*, sentencia de 24 de abril de 2003, apartado 63; asunto *Serghides c. Polonia*, sentencia de 2 de noviembre de 2010, apartado 69.

exequatur- relativa a la reunión de un menor con uno de sus progenitores (apartado 28). Pero, también destacó que, en base a las obligaciones positivas derivadas del art. 8 CEDH con respecto a los Estados contratantes y, en base al principio de la “preeminencia del Derecho”, el Tribunal debe verificar si este cambio de circunstancias no es debido a la incapacidad de las autoridades internas de adoptar todas las medidas necesarias para llevar a cabo la ejecución de dichas resoluciones. Esta alusión al “cambio de circunstancias” que realizó el TEDH en esta sentencia, nos recuerda a la aplicación del art. 20⁶³⁸ del Reglamento (CE) n° 2201/2003 (Bruselas II bis)⁶³⁹, en relación a la adopción de medidas provisionales y cautelares relativas al derecho de guarda y custodia, por parte de los tribunales de un Estado miembro aún cuando no sean competentes para conocer del fondo del asunto. Dicho artículo se aplicó por parte del TJUE, tanto en el asunto *Deticek*⁶⁴⁰, como en el asunto *D. Povse c. M. Alpage*⁶⁴¹. Este último es uno de los pocos asuntos sobre el que han conocido tanto el TJUE como el TEDH (*Sofía Povse y Doris Povse c. Austria*⁶⁴²), con fundamentos jurídicos diferentes. Con respecto a la sentencia dictada por el TJUE en el asunto

⁶³⁸ Aunque el art. 20 no mencione expresamente el cambio de circunstancias, éste aspecto ha tenido incidencia en diversos asuntos de los que ha conocido el TJUE. Sobre este Reglamento y, concretamente, sobre el art. 20 del mismo hay numerosa doctrina, entre la que destacamos: R. Caro Gándara, “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas)”, *Diario La Ley*, n° 7641, Sección Doctrina, 31 mayo 2011, Año XXXII; P. Jiménez Blanco, “Medidas cautelares y sustracciones de menores”, *Diario La Ley*, n° 7601, Año XXXII, 31 mar. 2011; E. Rodríguez Pineau, “Medidas provisionales en el Reglamento Bruselas II bis”, *Diario La Ley*, n° 7601, Año XXXII, 31 mar. 2011; S. Álvarez González, “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequatur y derechos del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, n° 7578, Año XXXII, 28 feb. 2011; M. Requejo Isidro, “El artículo 20 del Reglamento n° 2201/2003 ante el TJCE”, *Diario La Ley*, n° 7479, 30 sept. 2010.

⁶³⁹ Reglamento (CE) n° 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) número 1347/2000, *DO* núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁶⁴⁰ STJCE de 23 de diciembre de 2009, asunto C- 403/09 PPU.

⁶⁴¹ STJUE de 1 de julio de 2010, asunto C- 211/10 PPU.

⁶⁴² TEDH, decisión de 18 de junio de 2013. La demanda de la madre que se oponía a la ejecución de una resolución de un tribunal italiano – dictada al amparo del Reglamento Bruselas II *bis*- y que ordenaba el retorno de la hija de la demandante a su lugar de residencia habitual (Italia), con su padre, por considerar que dicha ejecución vulneró su derecho al respeto de la vida privada y familiar, fue declarada improcedente porque el Tribunal consideró que estaba “infundada” (*ill-founded*). El TEDH dictó una decisión en la que analizó con detalle la posible vulneración del artículo 8 y finalmente falló que Austria no vulneró el artículo 8 CEDH al dictar la ejecución de la mencionada orden de retorno, en base al artículo 42 del Reglamento Bruselas II *bis*. *Vid.* A. Boiché, «L’exécution par un État membre d’une décision rendue dans le cadre du règlement Bruxelles II *bis* n’est pas contraire à l’article 8 Conv. EDH », *AJ Famille*, 2013, p. 514.

Povse, el Tribunal consideró –siguiendo su línea jurisprudencial⁶⁴³- que “...una modificación significativa de las circunstancias en relación con el interés superior del menor, constituye una cuestión de fondo que, en su caso, puede conducir a la modificación de la resolución del órgano jurisdiccional competente sobre la restitución del menor. Ahora bien, (...) dicha cuestión corresponde al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen” (apartado 81).

Otro aspecto relevante de la sentencia es el relativo al transcurso del tiempo. Según el Tribunal, “la adecuación de una medida, se juzga con respecto a la rapidez con la que ha sido aplicada” (apartado 20). Sobre todo, incidió en que los procesos relativos a la atribución de la patria potestad - incluida la ejecución de las resoluciones dictadas en los mismos- requieren un tratamiento urgente, ya que el transcurso del tiempo puede tener efectos irremediables en las relaciones entre los menores y los progenitores con los que no viven⁶⁴⁴. En el asunto *Leschiutta y Fraccaro*, transcurrieron ocho meses desde el otorgamiento del *exequátur* de las decisiones litigiosas hasta que los tribunales belgas se pronunciaran sobre dicha ejecución. El TEDH entendió que las autoridades no habían dado ninguna explicación satisfactoria que justificara tal retraso.

Consideramos que, en el presente caso, el TEDH -a pesar de no haberse basado en convenio internacional alguno para ello-, ha fallado inspirándose en el espíritu de dichos convenios –concretamente, en el del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores- y en el principio del “interés superior del menor”. Y ello, porque ha entendido que, en una situación en la que realmente se ha producido una sustracción internacional de menores⁶⁴⁵, la no-ejecución -por inoperancia, sin justificación alguna y no teniendo en cuenta el interés superior del menor- por parte de las autoridades belgas de sendas sentencias extranjeras (con respecto al Estado demandado)

⁶⁴³ Vid. R. Caro Gándara, “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II *bis* como banco de pruebas)”, *Diario La Ley*, nº 7641, Sección Doctrina, 31 mayo 2011, Año XXXII, p. 7.

⁶⁴⁴ Vid. En el mismo sentido, asunto *Bianchi c. Suiza*, sentencia de 22 de junio de 2006, apartado 85; y asunto *Pini y otros c. Rumanía*, sentencia de 22 de junio de 2004, apartado 175.

⁶⁴⁵ Aunque no haya sido calificada como tal, por las razones que hemos expuesto *ut supra*.

atributivas del derecho de guarda a dos padres, vulneraba el derecho fundamental, tanto de los padres como de los hijos, a vivir juntos y a tener una vida familiar. No habiendo convenio internacional que facilitara el retorno inmediato de los menores a su lugar de residencia habitual, la rápida ejecución de las sentencias atributivas del derecho de guarda, hubiese permitido minimizar el daño que una sustracción internacional produce, sobre todo, a los menores. Aunque tuvieron que transcurrir varios años, finalmente, los menores retornaron – no sin alguna dificultad- a su vida anterior a la sustracción.

3.3. La sustracción internacional de menores

Dejando al margen todo tipo de malos tratos físicos o psíquicos, la sustracción internacional de menores será – probablemente- una de las acciones menos beneficiosas o, dicho de otro modo, más perjudiciales para el interés superior del menor que puedan realizar sus propios progenitores⁶⁴⁶. En muchas ocasiones, dicha acción no obedecerá a una voluntad consciente de traumatizar o de desestabilizar a sus propios hijos/as y, queremos pensar, que será más bien fruto de una necesidad de huir de una situación de pareja complicada⁶⁴⁷ pero, en cualquier caso, el resultado de la misma suele ser una situación complicada y traumática –sobre todo- para los menores⁶⁴⁸. Aunque intentemos pensar en la falta de mala fe por parte de los progenitores, los graves y dramáticos hechos que

⁶⁴⁶Vid. I. Otaegui Aizpúrua, “La relevancia del “interés superior del menor” en los supuesto de sustracción internacional de menores”, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales de la UE*, AA.VV. (Dir. J. Goizueta, M. Cienfuegos), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 473-489.

⁶⁴⁷ En el conocido caso de la española (valenciana) María José Carrascosa, condenada en el año 2009 por un tribunal de los Estados Unidos (Nueva Jersey) a 14 años de cárcel, por llevarse a su hija (sin el consentimiento del padre) desde Estados Unidos a España. El ex marido la denunció por secuestrar a su hija, y la Sra. Carrascosa alegó en su defensa que quería huir de los malos tratos que le hacía padecer su ex marido y de un intento de envenenamiento por parte del mismo. Este asunto es especialmente ilustrativo del drama que suponen estas situaciones. La menor ha estado residiendo desde los cinco años (en la actualidad tiene quince), con los abuelos maternos, mientras su madre ha pasado nueve años en prisión, sin poder verla. El padre, por su parte, tampoco ha visto a la menor desde hace diez años. La Sra. Carrascosa obtuvo en el mes de abril de 2015, la libertad condicional y pudo volver a España, junto con su familia y su hija.

⁶⁴⁸ Vid. *Les enlèvements internationaux d'enfants*. AA.VV. (Dir. H. Fulchiron), Paris, PUF, 2005, p.7.

están teniendo lugar últimamente en España (y en muchos otros lugares), nos hacen pensar que hay muchos progenitores a los que les importan bien poco sus propios/as hijos/as.

Nos estamos refiriendo a los secuestros de menores ordenados por uno de los progenitores y ejecutados por una empresa dedicada al secuestro de niños, por un importe que oscila entre 40.000 y 200.000 euros⁶⁴⁹. Desgraciadamente, no es ciencia-ficción. Se trata de una realidad que está ocurriendo, cada vez, con mayor frecuencia. Según el Ministerio del Interior español, en el primer semestre de 2013 -en España- fueron raptados por sus propios progenitores, 112 niños/as. Son cifras verdaderamente escalofriantes, por lo que dicha acción supone para los menores. Estamos ante progenitores divorciados que no ostentan la guarda de los menores y que “se toman la justicia por su mano”, haciendo caso omiso a las resoluciones judiciales dictadas. En estos casos, es evidente que el egoísmo de dichos progenitores supera con creces el mínimo aceptable, porque se olvidan del terrible e inolvidable trauma que su acción va a crear a ese/a niño/a de por vida.

El origen de las demandas planteadas ante el TEDH, suele estar en la falta de ejecución o en la ejecución tardía de las resoluciones judiciales que ordenan el retorno o la restitución inmediata a su lugar de residencia habitual de aquellos menores que han sido ilícitamente trasladados o retenidos -por uno de sus progenitores- a otro Estado diferente. Pero lo relevante de estos asuntos -en este ámbito-, no radica en la mera falta de ejecución de una resolución judicial, sino en que dicha falta de ejecución o la ejecución tardía de la misma vulneren uno o varios derechos fundamentales regulados en el CEDH o en alguno de sus Protocolos. El derecho fundamental que -en la gran mayoría de asuntos- se ve directamente afectado o vulnerado por estos hechos, suele ser el derecho al

⁶⁴⁹ Información difundida en la página web de la cadena de televisión La Sexta, <http://www.lasexta.com>, en el mes de noviembre de 2013. Según la misma, se trata de una práctica cada vez más frecuente en España. En la información emitida, se pudo visualizar el secuestro ordenado y grabado por un hombre de nacionalidad noruega, que contrató a ABP World Group, compañía dedicada al secuestro de niños, para que secuestraran a su hijo de diez años. El niño se encontraba en Alicante y, cuando se dirigía al colegio, varios hombres lo asaltaron, lo “arrancaron” de la persona con la que iba (ésta, llevaba a otro niño en una sillita) y lo introdujeron a la fuerza en un coche, con el consiguiente trauma creado al menor. Realmente, ¡impresionante!.

respeto de la vida familiar, regulado en el artículo 8 del CEDH. Nuestro análisis se centrará, por tanto, en los asuntos resueltos por dicho Tribunal y en el criterio jurisprudencial seguido por él a la hora de determinar la vulneración o no de los derechos fundamentales que dichas situaciones pudieran suponer.

Todos los casos analizados siguen, prácticamente, un mismo patrón: parejas mixtas -matrimonios o parejas de hecho de diferentes nacionalidades (y, con frecuencia, de diferentes culturas)- en las que se produce una grave crisis de pareja y en la que uno de ellos coge al/a los niño/s y se lo/s lleva -sin el consentimiento del otro progenitor- a otro país diferente de aquél en el que residen habitualmente, por tiempo indefinido y sin que el otro progenitor tenga conocimiento del paradero exacto de su hijo/a. Este país suele ser – la mayoría de las veces- el país correspondiente a la nacionalidad del/de la progenitor/a sustractor/a⁶⁵⁰.

Y desgraciadamente, una vez trasladado, el menor suele estar oculto, sin escolarizar y, en ocasiones, cambiando de residencia dentro del mismo país, a fin de que no sea localizado y tenga que ser retornado o devuelto. En definitiva, los menores viven una situación absolutamente desequilibrante y estresante para cualquier persona, pero más si cabe para una persona menor de edad, cuya personalidad y madurez se está desarrollando y que para ello necesita de una estabilidad familiar difícil de lograr de esta manera.

⁶⁵⁰ En estos supuestos, según un estudio realizado por Katarina Trimmings, *Child Abduction within the European Union*, Oxford and Poland, Hart Publishing, 2013 (p. 80), durante los años 2005-2006 y en el ámbito de la UE, el 57% de los presuntos sustractores tenían la misma nacionalidad que el Estado requerido. Es decir, que cuando se han producido dichas sustracciones o retenciones ilícitas, el sustractor/a “volvía a casa”. En el caso concreto de España, esta tendencia ha ido disminuyendo desde el año 1999 al 2008 (ha disminuido en un 23%). En 1999, el 43% de las personas sustractoras eran de nacionalidad española y en el año 2008, el 20%. Esta disminución no ha tenido lugar en el cómputo general de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya, en virtud del cual el 53% de las sustractoras tenían la misma nacionalidad que el Estado requerido y en el caso de los padres, era de un 48%, según datos facilitados por la propia Conferencia de La Haya, en el *Informe nacional del Análisis estadístico de las demandas interpuestas en 2008 en base al Convenio de La Haya de 1980*, Doc. Prél. N° 8 C de mayo de 2011, pp. 149 y 150, <https://www.hcch.net>.

Ante la gravedad de las situaciones que se crean, el Parlamento Europeo creó en 1987 el cargo de Mediador del Parlamento Europeo, para casos de sustracción internacional de menores por parte de sus progenitores⁶⁵¹, cuyo objetivo es ayudar a los progenitores a alcanzar un acuerdo que evite la sustracción de los menores.

Con respecto a las personas sustractoras, según datos facilitados por *Incastat*⁶⁵², en el año 2008, en un porcentaje muy alto (69%), dichas personas fueron las madres de los menores, frente a un 28% de padres sustractores y el 3% restante, lo fueron los abuelos/as, otros miembros de la familia o las instituciones. Por otra parte, al conflicto existente entre la pareja, se le suele añadir el conflicto existente entre las diferentes culturas o las diferentes religiones (sobre todo, en supuestos de matrimonios mixtos entre un nacional de un país islámico y otro/a de un país occidental) a la hora de decidir los aspectos relativos a la guarda y custodia de los menores⁶⁵³. Estos últimos suelen ser las principales víctimas del carácter multicultural de sus progenitores⁶⁵⁴.

El principal instrumento normativo aplicable para la resolución de estos asuntos -a día de hoy-, es el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos

⁶⁵¹ En la actualidad, el cargo de Mediadora lo ocupa la europarlamentaria Mairead McGuinness.

⁶⁵² Se trata de una base de datos estadísticos relativos a la sustracción internacional de menores, elaborada en la Conferencia de La Haya y disponible en www.hcch.net. Vid. *Statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Child Abduction Convention, Parts I-III (National, Regional and Global Reports)*, Documentos preliminares nº s 8, A, B y C, para la Comisión especial de junio de 2011 sobre el funcionamiento práctico del Convenio sobre Sustracción de 1980 y el Convenio de Protección de Menores de 1996, de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Informe realizado por el prof. Nigel Lowe para la Conferencia de La Haya y disponible en www.hcch.net. Asimismo, según el estudio elaborado por *Katarina Trimmings* durante los años 2005-2006, en el ámbito de la UE, el 75% de los presuntos/as sustractores eran las madres y el 22% los padres. Vid. *Child Abduction...*, op. cit., pp. 78- 79.

⁶⁵³ En Derecho musulmán, la guarda (*Hadana*) y la tutela (*Wilaya*) de los menores están basadas en una concepción complementaria de los derechos y obligaciones de los padres y de las madres, en función de la edad del menor. La madre tendrá la guarda de los menores durante un corto período de la minoría de edad de éstos, período que varía en función del sexo del menor y de la escuela de derecho coránico al que pertenezcan. Dicha guarda significa, en la práctica, alimentar, escolarizar, garantizar el bienestar físico y moral del menor, así como educarlo en la religión del padre. El hecho de que la madre tenga esta guarda, no significa que tenga la patria potestad porque esta última la ostenta el padre.

⁶⁵⁴ Vid. C. Gosselain, « Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière: conventions bilatérales et états de tradition islamique. Rapport de recherche », Doc. Prél. N° 7, août 2002, *Conférence de La Haye de Droit International privé*, La Haye, Bureau Permanent, p. 4.

civiles de la sustracción internacional de menores⁶⁵⁵ (en adelante, CH 1980), pero no es el único. Junto a éste también serán de aplicación, en función de las circunstancias de cada asunto, el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁶⁵⁶ (en adelante, CH de 1996), el Reglamento (CE) n° 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental (en adelante, Reglamento n° 2201/2003)⁶⁵⁷ y el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980⁶⁵⁸.

Desgraciadamente, en el marco del CH 1980 y en el del CH de 1996, tanto el número de sustracciones como el tiempo transcurrido para la tramitación de las demandas de retorno, aumenta cada año⁶⁵⁹. Por ejemplo, desde el 2003 al 2008, el número de demandas de retorno aumentó en un 45% y el de demandas relativas al derecho de visita, aumentó un 41%. Por el contrario, el número de retornos efectivos, disminuyó de 51% a un 46%. Asimismo, el período necesario para la tramitación de las citadas demandas, aumentó en 41 días (en 2003 eran necesarios 125 días y en 2008, 166 días). También lo hizo el porcentaje de las demandas retiradas. En 2003, el número de demandas interpuestas y posteriormente retiradas era de un 15% del total, mientras que en 2008 dicho

⁶⁵⁵ El Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, fue adoptado, por unanimidad de los Estados presentes, en la sesión plenaria de la 14ª Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, celebrada el 24 de octubre de 1980 (en lo sucesivo, Convenio de la Haya de 1980), *B.O.E.* núm. 202, de 24 de agosto de 1987; corr. de errores, *B.O.E.* núm. 155, de 30 de junio de 1989, y *B.O.E.* núm. 21, de 24 de enero de 1996. El día 25 de octubre, los delegados firmaron el Acta final del período de sesiones que incorpora el texto del Convenio. Éste se abrió a la firma de los Estados inmediatamente después de la sesión de clausura, siendo firmado en aquel mismo momento por cuatro de los Estados allí presentes.

⁶⁵⁶ Vid. P. Lagarde, *Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, La Haya, 1997.

⁶⁵⁷ Sobre la regulación de la sustracción internacional de menores en el ámbito de este Reglamento, véase *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, R. Espinosa Calabuig, Marcial Pons, Madrid, 2007.

⁶⁵⁸ *B.O.E.* núm. 210, de 1 de septiembre de 1984.

⁶⁵⁹ Citamos estos Convenios porque la propia Conferencia de La Haya ha elaborado diversas estadísticas correspondientes a la aplicación de los mismos.

porcentaje aumentó hasta un 18%⁶⁶⁰. Estos someros datos son indicativos del aumento de estos graves hechos y situaciones.

El CH 1980 protege tanto al progenitor custodio como al progenitor que ostenta un derecho de visita pero -sobre todo- al primero. A pesar de que dicho texto no establece una definición exhaustiva de cada uno de estos conceptos, lo que hace es distinguir entre uno y otro, con una escueta definición⁶⁶¹. Esta definición ha generado no pocos problemas de interpretación, por la delimitación exacta entre uno y otro concepto (que, en muchos ordenamientos internos, no está tan clara). Por ejemplo, el hecho de que el derecho de custodia incluya o no el derecho de visita o el que el artículo relativo al derecho de visita del Convenio (art. 21) no especifique si dicho derecho se limita al derecho reconocido judicialmente o si también incluiría aquel derecho de visita reconocido por el ministerio de la ley, ha provocado numerosas resoluciones contradictorias.

Algunos ordenamientos de Estados parte (sobre todo, anglosajones), añaden al derecho de visita que ostente uno de los progenitores, el “derecho de veto” que esta persona tiene con respecto al traslado de su/s hijo/as a otro Estado. Es decir, el progenitor “no custodio” puede oponerse a que el “progenitor custodio” traslade a su hijo/a a otro Estado. Este derecho puede obtenerse judicialmente, por ministerio de la ley o puede ser fruto del acuerdo entre las partes (a través de la cláusula *ne exeat*). La cuestión que se ha planteado, tal y como decíamos al inicio de este apartado, ha sido la de determinar si dicho derecho de veto, junto con el derecho de visita, son equiparables al derecho de custodia regulado por el Convenio de 1980, en el sentido de que el progenitor que se ha visto privado del disfrute de su hijo/a, pueda solicitar la restitución del/de la mismo/a.

⁶⁶⁰ Según consta en el *Análisis estadístico de...., op. cit.*, mayo de 2011, *Doc. Prel. n° 8 A*, párrafo 10, así como en las Conclusiones y Recomendaciones y en el Informe de la Primera parte de la 6ª reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico de ambos Convenios, elaboradas por la Oficina Permanente, *Doc. Prel. n° 14, noviembre de 2011*, apartados 13, 14 y 21; ambos documentos están disponibles en www.hcch.net.

⁶⁶¹ Así, el art. 5 del Convenio determina: “A los efectos del presente Convenio: a) el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”.

Un elevado número de Estados contratantes del Convenio consideran que un derecho de veto sobre el traslado del menor de la jurisdicción equivale a un derecho de custodia a los fines del mismo, tal y como veremos más adelante. A pesar de que durante los primeros años de su vigencia en España, fueron numerosas las críticas recibidas por parte del Reino Unido de Gran Bretaña, Francia o Suiza en relación a la aplicación del Convenio de 1980⁶⁶², a día de hoy podemos afirmar que dicha aplicación por parte de las autoridades españolas es satisfactoria.

Como decíamos al inicio de este apartado, nos encontramos ante uno de los ámbitos del derecho al respeto de la vida familiar en el que más patente queda el conflicto entre los diferentes intereses en juego y en el que más difícil resulta una ponderación equilibrada y equitativa de los mismos. Por una parte, estaría el interés que el progenitor “sustructor” tendría de rehacer su vida en su país, en su cultura y con su familia, lejos de una cultura que le era extraña y lejos de la persona con la que ya no puede convivir por diversas razones; por otra, el interés del progenitor “abandonado” (también llamado *left behind parent*) de disfrutar de su hijo/a, de convivir con él/ella, el interés de educarlo/a en su cultura, idioma, etc.; y, por último, el interés más relevante en estos casos, el interés del/de la menor, que ha sido trasladado de su vida habitual y cotidiana, a otro país, a otra cultura, otra escuela, etc. La dificultad de estos supuestos radica, pues, en adoptar la decisión correcta para garantizar dicho interés, porque puede -y suele- suceder que el/la menor no desee retornar a su país de origen o que dicho retorno no sea beneficioso para él/ella, porque allí ha vivido situaciones de violencia o de maltrato por parte del otro progenitor.

⁶⁶² Vid. A. Borrás, “Comisión especial de octubre de 1989 sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *R.E.D.I.*, vol. XLII (1990), 1; y en el mismo sentido, “Práctica española en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores”, *La sustracción internacional de los menores (Aspectos civiles). Ponencias, comunicaciones y materiales de trabajo de las Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado de Toledo (26 y 27 de enero de 1990)*, Patronato Universidad de Toledo, Toledo, 1991, pp. 81-93.

a) La sustracción internacional de menores *vs.* las *relocation disputes*: las dos caras de una misma moneda.

Directamente relacionada con la sustracción internacional está la “reubicación familiar internacional”, también conocida en el derecho anglosajón como *relocation disputes*⁶⁶³. Como pone de manifiesto la profesora González Beilfuss en el citado artículo, “el traslado lícito e ilícito no son sino las dos caras de una misma moneda. Una apropiada resolución de las *relocation disputes* contribuiría a una mejor defensa del interés superior del niño y permitiría reducir los casos “difíciles” de sustracción...”⁶⁶⁴. Realmente, si hubiese una regulación adecuada de la reubicación familiar y los Estados Parte adoptaran medidas de prevención⁶⁶⁵, probablemente, se podrían evitar la mayoría de los casos de sustracción internacional. Actualmente, el hecho de que una familia cambie de domicilio, no es un hecho aislado, sino todo lo contrario. La mayor movilidad laboral o profesional de las personas tiene -o puede tener- como consecuencia directa la movilidad de toda su familia (mujer/marido e hijos/as). Esta circunstancia, en supuestos en los que no existe un conflicto familiar, puede suponer una mayor o menor adaptación de toda la familia al nuevo domicilio o nuevo país pero, mientras la familia permanece unida, la adaptación se termina realizando. El problema surge cuando tras una ruptura familiar, uno de los progenitores –como decíamos anteriormente, habitualmente la madre, principal cuidadora de los menores- desea, por diversas razones (laborales, personales o porque huye de una situación de maltrato⁶⁶⁶), abandonar el país en el que ha

⁶⁶³ Vid. C. González Beilfuss, “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *R.E.D.I.*, 2010 (2), vol. LXII, pp. 51-77; véase asimismo, “Nota preliminar sobre la reubicación familiar internacional redactada por la Oficina Permanente”, Doc. Prel., n ° 11 de enero de 2012, Sustracción de menores, *Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, La Haya.

⁶⁶⁴ “El traslado lícito...”, *loc. cit.*, pág. 73.

⁶⁶⁵ Tal y como recomienda la Conferencia de La Haya en la “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Tercera Parte- Medidas de Prevención”, de 2005, disponible en <http://www.hcch.net>.

⁶⁶⁶ Vid. M. Requejo Isidro, “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 179-194. Los malos tratos sufridos tanto por la madre como, en ocasiones, por los propios hijos/as, podría explicar el aumento de los traslados o sustracciones ilícitos cometidos por las mujeres porque, en un número muy elevado de casos, son ellas las personas maltratadas. Por dicha razón, existen ya posturas doctrinales que abogan por una protección del maltrato desde el Convenio de La Haya y por la denegación del retorno en dichos supuestos.

residido hasta dicho momento – y que no suele ser el suyo- y empezar una nueva vida en su país, junto a su familia y llevarse a su/s hijos/as.

El conflicto surgirá si el otro progenitor se opone a dicho traslado internacional. En la situación prototipo, la madre suele tener atribuido el derecho de guarda y custodia de los hijos/as comunes, habitualmente con carácter exclusivo (aunque este extremo está cambiando en muchos ordenamientos en los que se concede la custodia compartida), y el padre, el derecho de visita. Pero, a pesar de dicho derecho de custodia, numerosos ordenamientos internos subordinan el traslado de domicilio a otro Estado, a la autorización o al consentimiento previo del progenitor no custodio⁶⁶⁷. La razón por la que dichos ordenamientos condicionan el traslado a la autorización del otro progenitor de la patria potestad, radica en el derecho que el menor tiene de relacionarse con dicho progenitor y el derecho que éste o ésta tienen también de relacionarse con su/s propios hijos/as. En este sentido, el art. 10.2 del CDN establece el derecho del niño, cuyos padres residen en diferentes Estados, a mantener periódicamente – salvo en circunstancias excepcionales- relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores.

En caso de oposición por parte del progenitor no custodio, los progenitores podrían plantear el conflicto ante la autoridad judicial correspondiente para que fuera ésta la que adoptara la decisión más adecuada. Si el juez competente no estimara la solicitud de traslado y, a pesar de ello, la madre se trasladara con los menores, dicho traslado se convertiría en una sustracción internacional, con todas las consecuencias legales que ello implicara para la sustractora.

Consideramos necesario que los Estados avancen en la línea de trabajo iniciada por la Conferencia de La Haya, poniendo en práctica medidas de

⁶⁶⁷ En el Reino Unido, en 1970 se planteó uno de los primeros asuntos relativos a la reubicación familiar, el asunto *Poel v. Poel*, 1 WRL 1469, al que siguieron los asuntos *Nash v Nash* [1973] 2 All ER 704, *Lonslow v Hennig* [1986] 2 FLR 378, *Belton v Belton* [1987] 2 FLR 343 o el relevante asunto *Payne v. Payne* (2001), EWCA Civ 166. En todos ellos, la reubicación familiar fue planteada por las madres (separadas o divorciadas) y los padres se opusieron a dicha reubicación.

prevención, a fin de evitar, en la medida de lo posible que las sustracciones internacionales de menores aumenten.

b) Las cláusulas *ne exeat*

En los supuestos en los que el traslado familiar se judicialice por falta de acuerdo entre los progenitores, pueden suceder dos cosas: que el/la juez competente – tras la ponderación de los intereses concurrentes, especialmente, el de los menores afectados- resuelva que dicho traslado es pertinente y legal; o, que decida impedirlo, a través de una cláusula *ne exeat* (de prohibición de salida del país), porque entiende que se deben garantizar los derechos de todas las partes en conflicto y el traslado no lo haría. Las cláusulas *ne exeat* constituyen un “derecho de veto” sobre el traslado del menor de la jurisdicción, que – habitualmente- se otorga a favor del progenitor que carece del derecho de custodia y que convierte en ilícito dicho traslado si, a pesar de la prohibición, se lleva a cabo. En este ámbito, destacan en la jurisprudencia norteamericana los asuntos *Croll v. Croll*, *Abbott v. Abbott* o *González v. Gutiérrez*⁶⁶⁸, porque plantearon la relevante cuestión relativa a si una cláusula *ne exeat* equivale o no al derecho de custodia, a efectos del Convenio de La Haya de 1980.

En este sentido, existen dos posturas jurisprudenciales; una, la postura establecida – fundamentalmente- por el asunto *Croll v. Croll*⁶⁶⁹, que considera que equiparar el derecho de veto y el de visita, con el derecho de custodia sería desvirtuar la orden de restitución y hacer un uso indebido de la misma, dado que no fue pensada para los supuestos de derechos de visita. Y, por otro lado, tendríamos la postura predominante actualmente en muchos Estados miembros

⁶⁶⁸ Asunto *Croll v. Croll*, 229 F3d 133 (2d Cir., september 20, 2000); Asunto *Abbott v. Abbott*, n° 8-645 (US, May 17, 2010); asunto *González v. Gutiérrez*, 311 F 3d 942 (9th Cir., 2002).

⁶⁶⁹ En la misma línea de la primera sentencia, véanse los asuntos *González v. Gutiérrez*, *Fawcett v. McRoberts*, 326 F. 3d 491, 500 (4th Cir. 2003) y *Funes v. Reeves* 362 F. 3d 702 (11th Cir. 2004).

del CH 1980⁶⁷⁰ y, representada por el asunto *Abbott v. Abbott*⁶⁷¹, en virtud de la cual, la cláusula *ne exeat* unida a un derecho de visita, sería equiparable al derecho de custodia.

En el primer asunto⁶⁷², el Tribunal de Apelación de EE.UU. del Segundo Distrito de Nueva York, consideró que no se podían equiparar dichos derechos. La mayoría de los jueces resolvió que, los derechos de custodia se refieren a una serie de derechos que los progenitores deben poseer para estar protegidos por el Convenio de La Haya y que, en el caso concreto, el derecho del padre suponía únicamente el derecho a vetar la expatriación de la menor, sin que ello le otorgara ningún otro derecho a determinar nada con respecto a la custodia, incluyendo el lugar de residencia de la menor.

El Tribunal de Apelación del 9º circuito, en el asunto *González v. Gutiérrez*⁶⁷³, también siguió el mismo criterio establecido en el asunto *Croll v. Croll*, al determinar que el derecho de veto del padre al traslado de sus hijos fuera del Estado de origen, no equivalía al derecho de guarda y custodia establecido en el CH 1980. En esta ocasión, se trató del traslado ilícito de dos menores (de 8 y 4 años en el momento de los hechos) México a Estados Unidos, cometido por una madre de nacionalidad mexicana (que había sido maltratada por el padre de los menores, también mexicano). La pareja estaba divorciada en el momento de los hechos y la madre ostentaba el derecho de custodia de los

⁶⁷⁰ Según consta en la base de datos Incadat, sobre la sustracción internacional de menores, Australia, Austria, Canadá, Reino Unido, Francia, Alemania, Sudáfrica, Suiza o los Estados Unidos de América forman parte de esos Estados.

⁶⁷¹ Esta sentencia fue dictada por el *United States Supreme Court*, revocando la dictada en 2008 por la Corte de Apelación de Estados Unidos del Quinto Circuito (542 F. 3d 1081- 5th Cir. 2008). Disponible en www.supremecourt.gov y en www.scotusglob.com.

⁶⁷² El Sr. y la Sra. Croll estaban divorciados y tenían una hija en común, de nueve años (en el momento de los hechos). Ambos progenitores residían en Hong Kong. La madre tenía la custodia exclusiva de la menor y el padre, el derecho de visita, junto con el derecho de veto que le otorgaba la cláusula incluida en la sentencia de divorcio. El 2 de abril de 1999 la madre cogió a la niña y se la llevó, sin consentimiento del padre, a Nueva York. Allí presentó una demanda ante el Tribunal de Familia del Condado de Nueva York en la que solicitaba, entre otras cuestiones, la custodia y sostén económico para la menor. El padre, a su vez, presentó una denuncia por desaparición ante la policía de Hong Kong y, posteriormente, se solicitó ante los Tribunales de Nueva York una solicitud de restitución de la menor. El Tribunal Federal ordenó en un primer momento la restitución de la niña pero, posteriormente, fue suspendida por una apelación en trámite acelerado presentado por la madre. Dicha apelación fue estimada y el Tribunal de Apelación resolvió que el traslado de la menor no era ilícito porque el padre carecía derecho de custodia alguno sobre la misma en el momento de los hechos.

⁶⁷³ 311, F. 3d 942 (9th Cir 2002).

menores al tiempo que el padre tenía derecho de visita. No obstante, la madre tenía prohibido salir del país con los menores, sin el consentimiento del padre. A pesar de ello, la madre cogió a los menores y los trasladó a Estados Unidos, sin obtener el permiso por parte del padre y sin comunicárselo. Al llegar a dicho Estado, solicitó asilo para ella y para los menores, en base a su condición de víctima de la violencia familiar. Su solicitud fue tramitada, pero las autoridades administrativas correspondientes interpusieron un recurso contra la misma.

Al mismo tiempo, el Tribunal del Distrito Sur de California determinó que los menores habían sido trasladados ilícitamente, vulnerando el derecho de custodia del padre y que la madre no había alegado ninguna excepción a dicho traslado. La madre recurrió y el Tribunal de Apelaciones, estimando dicho recurso, consideró que el derecho del padre a vetar el traslado de sus hijos fuera de la jurisdicción, no equivalía a un derecho de custodia en el sentido del Convenio de 1980. Determinó que “un padre o madre con derechos de custodia tiene el derecho de determinar el país, ciudad y ubicación precisa donde va a vivir el menor. Por el contrario, una cláusula *ne exeat*, sólo sirve para permitir que un padre o madre con derechos de visita imponga un límite al derecho del padre o madre que tiene la custodia para expatriar a su hijo/a”⁶⁷⁴.

Por el contrario, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, variando este criterio jurisprudencial en el asunto *Abbott v. Abbott*⁶⁷⁵, consideró que dicha cláusula sí era equiparable al derecho de custodia a efectos del Convenio de La

⁶⁷⁴ *Vid.* Incadat, HC/E/USf 493, <http://www.incatat.com/>.

⁶⁷⁵ En este supuesto, los hechos tienen su origen en la separación de un matrimonio formado por una norteamericana y un británico, que tuvieron un hijo en Hawaii y que antes de separarse, trasladaron su residencia a Chile. Al poco tiempo de dicho traslado, la pareja se separó judicialmente. La justicia chilena dictó cuatro órdenes en las que reconocía a la madre como principal cuidadora y al padre le otorgó derechos de visita. Sin embargo, en una de dichas resoluciones el tribunal estableció la prohibición de salida del menor de Chile, sin el consentimiento del otro progenitor (una cláusula *ne exeat*). A pesar de ello, en 2005 la madre trasladó unilateralmente al niño a Estados Unidos. El padre solicitó la restitución del menor, que le fue sucesivamente denegada (porque los tribunales consideraron –siguiendo el criterio jurisprudencial vigente– que carecía de derechos de custodia), hasta que el asunto llegó al Tribunal Supremo. Éste consideró que la interpretación realizada por la Corte de Apelación, en el sentido de que una violación del derecho *ne exeat* no da lugar a la posibilidad de solicitar la restitución del menor en virtud del Convenio de La Haya, desvirtuaría este texto convencional, convirtiéndolo en un sinsentido. Según dicho Tribunal, el derecho de *ne exeat* se diferencia del derecho de visita en que el primero sólo podría ser satisfecho con la restitución del niño, ya que su ejercicio depende de que el niño se encuentre en el país de la residencia habitual.

Haya de 1980. Asimismo, estimó que era irrelevante que el “derecho *ne exeat*” no se correspondiera con la noción tradicional de custodia física del niño, porque lo relevante era seguir la noción del derecho de custodia establecida en el Convenio, para así fomentar una interpretación consistente de dicho texto a nivel internacional. La relevancia de esta sentencia radica, por una parte, en que por primera vez, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos hizo una interpretación de diversos conceptos contenidos en el Convenio de La Haya y, por otra, en que revocó el criterio jurisprudencial establecido – por la Corte federal de apelaciones- hasta ese momento en relación a las cláusulas *ne exeat* y dictó un auto de avocación (*writ of certiorari*)⁶⁷⁶.

La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, manifestó que la interpretación de los mencionados conceptos realizada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en este último asunto, estaba en línea con las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2001 (nº 4.1)⁶⁷⁷, así como con la Guía de Contacto Transfronterizo⁶⁷⁸. El órgano permanente destacó, asimismo, la importancia de la labor de la Comisión Especial en la interpretación de los Convenios de La Haya, así como la necesidad de que los Estados Partes realizaran una interpretación uniforme de los conceptos contenidos en dichos Convenios (especialmente en el CH de 1980)⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ El *writ of certiorari* o auto de avocación es una orden que da el órgano superior al inferior a fin de que éste revise la resolución dictada en un caso concreto, porque ésta adolece de algún defecto legal o cuando no existe posibilidad de recurso. Véase, <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com>.

⁶⁷⁷ Vid. Apartado 142 de las Conclusiones y Recomendaciones e Informe de la primera parte de la sexta reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenios sobre sustracción de menores de 1980 y del Convenio sobre protección de menores de 1996 (1-10 de junio de 2011), elaboradas por la Oficina Permanente, Doc. Prel. nº 14, noviembre de 2011, para la Comisión especial de enero de 2012, disponible en www.hcch.net.

⁶⁷⁸ Aprobada por la Comisión Especial de 2006.

⁶⁷⁹ Apartados 149 y 150.

c) La sustracción internacional de menores antes del asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*

En materia de sustracción internacional de menores, el TEDH dictó la primera sentencia relevante en esta materia el día 25 de enero del año 2000, en el asunto *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía*. Tras ella, ante el aumento sustancial de este tipo de asunto, dictó otras sentencias pero, hasta el año 2007 no dictó la otra sentencia “estrella” en esta materia: la sentencia *Maumousseau y Washington c. Francia*, de 6 de diciembre de 2007. Durante todos esos años, el Tribunal estableció una línea jurisprudencial muy definida, que se vio alterada en el año 2010, cuando el 6 de julio de ese año la Gran Sala dictó la sentencia relativa al asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, sentencia muy criticada por unos y alabada por otros, tal y como veremos a continuación.

El TEDH es competente para controlar los procedimientos seguidos ante los tribunales internos, en particular, para verificar si estos tribunales en la aplicación e interpretación del CH 1980, han respetado las garantías del CEDH, especialmente las del art. 8. Dicha competencia le corresponde al Tribunal, por una parte, en virtud de lo establecido en el art. 19 del CEDH, como garante de los compromisos adquiridos por los Estados Contratantes” al adherirse al CEDH; y, por otra, por el carácter especial del CEDH, como instrumento de orden público europeo para la protección de los derechos humanos.

El TEDH ha insistido –a través de sus numerosas sentencias⁶⁸⁰ - en que el CEDH no debe ser interpretado aisladamente sino en armonía con los principios generales del Derecho internacional. De conformidad con lo establecido en el art. 31. 3 c) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “en las relaciones entre las partes, deberá ser tenida en cuenta toda forma pertinente de Derecho internacional”, en particular, aquéllas relativas a la protección

⁶⁸⁰ Vid. STEDH *Golder c. Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1975, apartado 29; asunto *Al-Adsani c. Reino Unido* (GS), sentencia de 22 de noviembre de 2001, apartado 55; asunto *Cavani c. Hungría*, sentencia de 28 de octubre de 2014; asunto *X. c. Letonia* (GS), sentencia de 26 de noviembre de 2013.

internacional de los derechos humanos. En consecuencia, en materia de sustracción internacional de menores, las obligaciones que el art. 8 impone a los Estados miembros, deben ser interpretadas a la luz o teniendo en cuenta, por una parte, el CH 1980; por otra, el CDN de 1989, el Reglamento nº 2201/2003 y, más recientemente, el Convenio de La Haya de 1996. Concretamente, en los supuestos en los que el TEDH ha tenido que resolver si las autoridades judiciales o administrativas que han sido requeridas para dictar una orden de retorno, han actuado con la rapidez y diligencia necesarias, el Tribunal se ha inspirado en el art. 11 del CH 1980. En relación al hecho de que el TEDH se inspire en otros textos internacionales a la hora de interpretar el CEDH (en nuestro caso, en los Convenios de La Haya), no sería en sí cuestionable e incluso estaría fuera de toda crítica, cuando los Estados demandados son –asimismo– Estados parte de los convenios internacionales invocados⁶⁸¹. En este sentido, el TEDH no tuvo en sus primeras sentencias muy en cuenta el hecho de la ratificación o no de los convenios en cuestión, pero a partir del año 2005, el Tribunal analizó si el Estado demandado había ratificado o no el Convenio de La Haya invocado en el asunto objeto de fallo⁶⁸².

La importancia del asunto *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía*, reside en tres aspectos⁶⁸³: en primer lugar, en que –por primera vez– el TEDH afirmó que “las obligaciones positivas que el art. 8 impone a los Estados contratantes en asuntos relativos a la reunión entre un progenitor y sus hijos, deben interpretarse a la luz del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980...”⁶⁸⁴. Esto supone que el

⁶⁸¹ Vid. F. Marchadier, «La contribution de la Cour européenne des droits de l’homme à l’efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 96 (4), octubre-décembre 2007, pp. 683-684.

⁶⁸² Así lo hizo, por ejemplo, en los asuntos *Karadzic c. Croacia*, sentencia de 15 de diciembre de 2005; *Bianchi c. Suiza*, sentencia de 22 de junio de 2006 o *Monory c. Rumanía y Hungría*, sentencia de 5 de abril de 2005.

⁶⁸³ Vid. F. Sudre, « La Convention européenne des droits de l’homme. Chronique », *La Semaine Juridique (JCP G)*, 2001, nº 4, I, 291 ; A. Gouttenoire, « Les droits et obligations découlant de la vie familiale », *Le droit à une vie familiale*, AA.VV. (Dir. Lemouland, Luby), Paris, Dalloz, 2001, p. 83.

⁶⁸⁴ Apartados 94 y 95. Concretamente, interpretó dichas obligaciones en relación con el art. 7 del Convenio de La Haya, que contiene una lista no exhaustiva de medidas a adoptar por parte de los Estados contratantes, a fin de garantizar el retorno inmediato del menor a su lugar de residencia habitual. En el mismo sentido, el asunto *Iglesias Gil y A.U. I c. España*, sentencia de 29 de abril de 2003, apartado 56; asunto *Monory c. Rumanía y Hungría*, sentencia de 5 de abril de 2005, apartado 73; asunto *Bianchi c. Suiza*, sentencia de 22 de junio de 2006, apartado 83.

TEDH se apoya en dicho Convenio para interpretar el art. 8 y para reafirmar las obligaciones positivas impuestas a los Estados, pero la condena o no de un Estado por no haber garantizado el derecho a la vida familiar, la hará en base al art. 8⁶⁸⁵. En segundo lugar, porque a través de dicha sentencia, el TEDH sistematizó la noción de las “obligaciones positivas” al establecer que, “... *il appartient à chaque État contractant de se doter d’un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombent en vertu de l’article 8 de la Convention ...*” (apartado 108)⁶⁸⁶. Y, en tercer lugar, porque el TEDH recuerda que aunque el art. 8 no contiene requisitos procesales específicos, el proceso tras el que se dicta la medida de injerencia, debe ser equitativo y debe garantizar los intereses de las partes. Reconoce de esta manera la protección procesal de los derechos de los progenitores, mencionada en el Capítulo II de la tesis.

El asunto *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía*⁶⁸⁷ también permitió al Tribunal establecer por primera vez que, sobre los Estados parte recae la obligación positiva de adoptar todas las medidas necesarias para facilitar el retorno de los menores sustraídos y el reencuentro de los mismos con sus progenitores abandonados (también denominados “*left-behind parent*”⁶⁸⁸). Este asunto puso de manifiesto la necesidad de poner en marcha medidas que garantizaran la efectividad de la protección de la vida familiar, la protección del derecho de guarda y custodia o del derecho de visita de los progenitores que carezcan el derecho de guarda y custodia⁶⁸⁹.

Vid. J.P. Marguénaud, « L’importance grandissante des mesures de préparation des rencontres entre parents et enfants séparés », *RTD Civ.* 2001, p. 451.

⁶⁸⁵ Vid. C. Pettiti, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme et la Convention de La Haye sur les enlèvements d’enfants », *AJ Famille*, 2006, p. 185.

⁶⁸⁶ Vid. F. Sudre, “Rapport introductif. La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », AA.VV. (Dir. Sudre) *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2002, p. 38.

⁶⁸⁷ Sentencia de 25 de enero de 2000. Vid. A. Gouttenoire, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *AJ Famille*, 2004, p. 380.

⁶⁸⁸ Vid. E. Rodríguez Pineau, “El adecuado...”, *loc. cit.*, p. 6

⁶⁸⁹ Vid. S. Nebioglu, «The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction: Its Purpose, Implementation and a Brief Case Law Analysis », *Law & Justice Review*, Vol. IV, Issue, 1, June 2013, p. 61.

En esta ocasión, al igual que sucediera en el asunto *Leschiutta y Fraccaro*, también se produjo la no ejecución -por parte de las autoridades rumanas- de una resolución dictada por un tribunal rumano, en la que se establecía la residencia de las hijas (sustraídas por el padre) en el domicilio de la madre y ordenaba al padre la restitución inmediata de las menores a su madre. La Sra. *Ignaccolo-Zenide* – madre de las niñas- recurrió al TEDH alegando la vulneración de su derecho al respeto de la vida familiar, cometida por los tribunales y por el Gobierno de Rumanía. En un primer momento, en el proceso de divorcio, la pareja acordó que la patria potestad (*autorité parentale*) recayera en el padre y que la madre tuviera derecho de visita. Pero, posteriormente, la madre solicitó la modificación de dichas medidas y así se lo acordó el Tribunal de apelación de Metz, a través de una sentencia que estableció la patria potestad conjunta para ambos progenitores, la residencia de las niñas en el domicilio de la madre y al padre le atribuyó un derecho de visita.

El problema que dio lugar a la demanda surgió porque, estando pendiente en Francia (lugar de residencia habitual de la familia) el litigio relativo a la custodia de las niñas del matrimonio, el padre trasladó su residencia -primero a EE.UU. y posteriormente a Rumanía-, llevándose consigo a las hijas. Es en este último país donde, a juicio de la demandante, se pusieron trabas para la ejecución de la sentencia francesa que resolvió sobre la custodia. Incluso se inició un nuevo procedimiento, en el que el padre solicitaba la patria potestad en exclusiva, alegando entre otros motivos que las hijas no querían vivir con su madre, la cual pertenecía a una secta, y esto provocaba una importante desatención familiar. El Tribunal de Bucarest resolvió a favor del padre en un juicio celebrado sin la presencia de la madre, fundando la resolución en el interés de las menores. Para ello se estimaron, por una parte, los informes de los profesores que daban cuenta del buen rendimiento escolar de las niñas y por otra parte y el escrito del Secretario de Estado de asuntos religiosos en el cual se recogía que la “secta” a la que pertenecía la madre no estaba reconocida en Rumanía. Estos motivos fueron suficientes para el Tribunal de Bucarest para otorgar la custodia al padre. No obstante, la interposición de la demanda por parte de la Sra. *Ignaccolo-Zenide*

ante el TEDH, se basó en la vulneración del art. 8, sin mencionar la vulneración de su derecho a la libertad religiosa por parte del Tribunal de Bucarest, que sí consideró como determinante el hecho de pertenecer a una secta no reconocida en Rumanía. Finalmente, el Tribunal estimó la demanda, considerando que se había producido una vulneración del art. 8 CEDH.

Tras este asunto, el TEDH dictó otra de las sentencias de referencia en esta materia, en el asunto *Maumousseau y Washington c. Francia*⁶⁹⁰. Hasta la llegada del asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, el asunto *Maumousseau* se convirtió en el prototipo de la línea jurisprudencial establecida por los jueces europeos en dichos asuntos, en los que se hacía una férrea defensa del sistema instaurado por el CH 1980.

Sophie Maumousseau - nacional francesa, con residencia en Francia- y madre de *Charlotte Washington*, interpuso una demanda ante el TEDH –en octubre de 2005- en su nombre y en el de su hija –que tenía doble nacionalidad americana y francesa y residencia habitual en Nueva York-, contra Francia. Alegaba la vulneración de los arts. 3, 6.1 y 8 del CEDH, por varios motivos. El primero, porque consideraba que la orden de retorno de la niña a Estados Unidos dictada por los tribunales franceses, era contrario al interés de la menor; en segundo lugar, por las condiciones en las que se había ejecutado dicha medida y, en tercer y último lugar, porque los tribunales franceses no habían protegido el derecho de la madre a tener un proceso justo en Estados Unidos. El TEDH sólo estimó la invocación de los arts. 6.1 y 8 y no la del art. 3 CEDH⁶⁹¹ y falló que no había habido vulneración de ninguno de los artículos invocados⁶⁹². La

⁶⁹⁰ Sentencia de 6 de diciembre de 2007.

⁶⁹¹ Por considerar que la demandante no había agotado las vías internas con respecto a dicho artículo y porque estimó que el art. 8 abarcaba tanto los motivos de la decisión litigiosa de retorno, como las condiciones en las que ésta se había ejecutado.

⁶⁹² Los hechos que dieron lugar a la interposición de la demanda son, brevemente, los siguientes: en mayo del año 2000, *Sophie Maumousseau* contrajo matrimonio con *David Washington*, nacional americano. En agosto del mismo año nació, en Estados Unidos, *Charlotte*. En marzo de 2003, la Sra. *Maumousseau*, con el consentimiento de su marido, llevó a *Charlotte* a Francia para pasar las vacaciones en casa de los abuelos maternos. Pero tras dicho período, *Sophie* decidió no volver a Estados Unidos, quedándose con la niña y así se lo comunicó a su marido, a pesar de las numerosas peticiones por parte de éste para que volvieran. En septiembre de 2003, un tribunal americano atribuyó la guarda y custodia provisional de la niña al padre, estableciendo como residencia habitual de *Charlotte* el domicilio del padre

demandante alegó que los tribunales franceses, al acordar el retorno de la menor a Estados Unidos, no tuvieron en cuenta la situación de la niña en su totalidad y, por lo tanto, tampoco cuál era su “interés superior”. El Tribunal, por el contrario, consideró que dichos tribunales sí lo habían hecho y que consideraron que el “interés superior” de la niña era su reintegración inmediata a su medio de vida habitual. Otro de los argumentos utilizados fue que la interpretación realizada por dichas autoridades del art. 13.1 b) CH 1980, era una interpretación restrictiva incompatible con el “interés de la menor”. Efectivamente, los tribunales franceses realizaron una interpretación más restrictiva de la excepción que la que realizaban en los años 90 y ello obedece a la evolución que la jurisprudencia francesa ha tenido desde la permisividad, hacia la interpretación estricta de la letra del Convenio.

Pero, dicha tendencia es corroborada por la que el propio TEDH ha mantenido –y ha reafirmado en la presente sentencia- hasta el asunto *Neulinger y Shuruk*. El TEDH ha considerado que, en los supuestos en los que se invocaba el CH 1980, su aplicación no era automática o mecánica y, prueba de ello, es la existencia de las excepciones a la obligación de retorno que responden, según el Tribunal, a consideraciones objetivas basadas en la persona del menor y de su entorno establecidas para los Estados parte. Al mismo tiempo, los jueces europeos atribuyeron a las autoridades nacionales la competencia para realizar un análisis *in concreto* del asunto.

y ordenó a la Sra. *Maumousseau* la devolución inmediata de la niña. Acto seguido el padre acudió ante la autoridad central americana, en base al CH 1980 y ésta dirigió una solicitud de retorno de la menor a su homóloga francesa. Las autoridades francesas (el Ministerio Fiscal), ante la negativa de la madre de entregar a la niña, iniciaron contra la primera diligencias, pero el *Tribunal de Grande Instance de Draguignan* falló en contra del Ministerio fiscal y del padre por considerar que existía un “grave peligro de poner a la menor en una situación intolerable” en caso de que la misma retornara a Estados Unidos. Sin embargo, el tribunal de apelación de *Aix-en-Provence* revocó esta sentencia y en mayo de 2004, dictó otra ordenando el retorno inmediato de la menor a su lugar de residencia habitual, a Estados Unidos, porque consideró que no había quedado demostrado el “grave riesgo de que el retorno de la niña la pusiera ante un peligro físico o psíquico o ante una situación intolerable. La madre recurrió en casación y dicho tribunal, cambiando la línea jurisprudencial que había seguido hasta esa fecha, ratificó la sentencia en junio de 2005. La niña retornó a Estados Unidos el 4 de diciembre de 2004. Previamente, en septiembre del mismo año, el fiscal encargado del asunto y cuatro agentes de policía judicial, se dirigieron al colegio de la niña para ejecutar, a la fuerza, la orden de retorno. Ante la resistencia opuesta por los familiares, personal del colegio y diversas personas allí presentes, las autoridades desistieron en la ejecución, tras diversos episodios violentos.

El iter seguido por el TEDH en la valoración de la posible vulneración por parte de las autoridades francesas, tanto del art. 8 como del art. 6 del CEDH, fue el habitual en estos casos. En relación al artículo 8 CEDH, el Tribunal examinó, por una parte, los motivos de la decisión litigiosa de retorno inmediato de la menor y, por otra, las condiciones de ejecución de dicha orden. En el caso del art. 6, el Tribunal analizó si la demandante tuvo acceso a un proceso equitativo y también planteó la cuestión de la competencia judicial en materia de la guarda y custodia de la menor. En lo que al artículo 8 del CEDH se refiere, una vez constatada su aplicación material al asunto (párrafo 58) y la ratificación de que la decisión litigiosa constituyó una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de las demandadas (párrafo 59), quedaba por determinar – en base al párrafo 2 de dicho artículo⁶⁹³ - si dicha injerencia tenía “base legal”, si “perseguía un fin legítimo” y si “era necesaria en una sociedad democrática”. Con respecto a su “base legal”, el TEDH consideró que la orden de retorno estaba basada en el CH 1980 (en vigor en Francia) y que se adoptó con el fin de proteger los derechos y libertades de la menor (fin regulado en el segundo párrafo del art. 8).

Para decidir si la medida adoptada era “necesaria para una sociedad democrática”, la cuestión fundamental analizada por el Tribunal⁶⁹⁴ fue si el Estado demandado, dentro del margen de apreciación del que gozaba, había mantenido el justo equilibrio que debía entre los intereses concurrentes (el de los padres, el de la menor y el del orden público)⁶⁹⁵. Aunque el art. 8 CEDH no establece expresamente condición procesal alguna, el procedimiento durante el cual se adoptan las medidas que suponen una injerencia en el derecho en cuestión, debe ser un procedimiento equitativo y respetuoso con los intereses protegidos por el art. 8. Asimismo, analizó si la decisión de retorno estaba basada

⁶⁹³ Cabe recordar que el artículo 8 (junto con los arts. 9 a 11), forma parte de los derechos humanos de los llamados “de primera generación” o “*qualified rights*”. Es decir, aquellos derechos que se definen por constituir un límite a la acción de los poderes públicos, pero cuyo ámbito puede ser limitado, en determinadas circunstancias y en virtud de unos motivos tasados (regulados en los segundos párrafos de dichos artículos). El ejercicio de estos derechos por parte de las personas no es absoluto, dado que debe apreciarse siempre, proporcionalmente, con respecto al interés público.

⁶⁹⁴ Esta cuestión se ha convertido en uno de los principios generales que el Tribunal ha elaborado en esta materia y que ha ido aplicando a los asuntos posteriores.

⁶⁹⁵ *Vid.* Asimismo, la Decisión de 2 de noviembre de 2010, en el asunto *Van Den Berg y Sarrì c. Países Bajos*, apartado B (iv).

en motivos suficientes y pertinentes y si era proporcional al fin legítimo perseguido, según lo establecido en el apartado segundo del artículo 8 CEDH. Para ello, afirmó que las obligaciones positivas impuestas por el art. 8 en lo que a la reunión entre un/a progenitor/a y su hijo/a se refiere, debían ser interpretadas a la luz del CH 1980 y de la CDN⁶⁹⁶, porque como ya había establecido en otras ocasiones, el CEDH no debe ser interpretado de manera aislada sino de conformidad con los tratados internacionales y las reglas y principios de Derecho internacional aplicables a los Estados parte.

La interpretación y aplicación de las excepciones reguladas en los artículos 13, 12 ó 20 CH 1980 por parte de las autoridades internas de los Estados contratantes, es una de las cuestiones fundamentales en los supuestos de sustracción internacional⁶⁹⁷. Y, en este caso, también lo ha sido. La valoración que el TEDH realizó de la interpretación y aplicación del art. 13.1 b) CH 1980 efectuada por las autoridades francesas, es uno de los aspectos más destacables de esta sentencia. El Tribunal consideró que dicha interpretación no era incompatible con la noción de “interés superior del menor”, recogida en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (en adelante, CDN) y que era deseable que dicho concepto fuese interpretado de manera coherente, cualquiera que fuera el convenio internacional aplicable. Asimismo, destacó que el art. 11.2 de la CDN invitaba a los Estados a firmar convenios bilaterales o multilaterales elaborados con el fin de luchar contra las sustracciones o las retenciones ilícitas (párrafo 70). Incluso en los supuestos de sustracción internacional en los que se aplicaba el CH 1980, consideró que el “test” del interés superior del menor era aplicable. Estableció que dicho

⁶⁹⁶ En el mismo sentido tenemos, entre otras, las STEDH asunto *Iglesias Gil y A.U.I. c. España*, sentencia de 29 de abril de 2003, asunto *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía*, sentencia de 25 de enero de 2000, asunto *Monory c. Rumanía y Hungría*, sentencia de 5 de abril de 2005 o asunto *Raban c. Rumanía*, sentencia de 26 de octubre de 2010.

⁶⁹⁷ Vid. L. Walker, “The impact of the Hague Abduction Convention on the rights of the family in the case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: the danger of *Neulinger*”, *Journal of Private International Law*, 2010, vol. 6, nº 3, pp. 663-674; M. Bodgan, “Some reflections on the treatment by the ECHR of the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction”, AA.VV. (Coords. J. Forner Delaygua, C.González Beilfuss, R.Viñas Farré), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 213-224.

principio, desde la aprobación de la CDN, estaba en el “corazón” de la protección de la infancia, en todas aquellas materias relativas a los mismos, a fin de que los menores pudieran desarrollarse en el seno de la familia, dado que ésta es “la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el desarrollo y el bienestar del menor”.

El Tribunal manifestó su total adhesión a la filosofía subyacente al CH 1980, que consistiría en que, una vez cumplidos los requisitos de aplicación del Convenio, el/la menor ilícitamente sustraído/a o trasladado/a, volviera a la mayor brevedad posible al statu quo previo a la sustracción o retención ilícitos, con el fin de evitar la consolidación jurídica de situaciones de hecho inicialmente ilícitas⁶⁹⁸. Asimismo, se trataría de dejar las cuestiones relativas al derecho de guarda y custodia y las de la responsabilidad parental, en manos de las autoridades competentes del lugar de la residencia habitual del menor. Todo ello, teniendo como referente que son los menores las principales víctimas del traumatismo causado por su desplazamiento o traslado ilícitos. Siendo el fin último del CH 1980 evitar que el transcurso del tiempo juegue a favor del progenitor sustractor/a, legitimando jurídicamente un acto ilícito creado por él o ella, el único modo de conseguirlo – según el TEDH⁶⁹⁹- es realizando una interpretación estricta de las excepciones reguladas en dicha norma⁷⁰⁰. Pero, el Tribunal fue más allá. Especificó en qué consiste dicho principio del interés superior del menor⁷⁰¹ en dos ámbitos. Por un lado, en materia de guarda y custodia⁷⁰² y, por otro, en los supuestos de sustracción internacional de menores

⁶⁹⁸ Vid. Art. 1 del Convenio: “La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes”.

⁶⁹⁹ Párrafo 73 de la sentencia.

⁷⁰⁰ Vid. N. Bouza Vidal, “La integración del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores en el sistema europeo de Derechos Humanos”, *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum*, José Luis Iglesias Buhigues, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 206.

⁷⁰¹ Vid. P.R. Beaumont, “The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction”, *RCADI*, 2008, t. 335, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, p. 37.

⁷⁰² “En materia de guarda y custodia, el “interés superior del menor” puede tener un doble objeto: por una parte, garantizar al menor un desarrollo en un medio sano y un progenitor no estaría autorizado para tomar medidas que perjudicaran la salud y el desarrollo del menor; y, por otra, mantener los vínculos con

en los que se aplica el CH 1980⁷⁰³. Y valoró, si las autoridades francesas a la hora de adoptar la orden de restitución de la menor, tuvieron en cuenta el interés superior de la misma. Contrariamente a lo realizado por el mismo Tribunal en el asunto Neulinger, en este supuesto, el Tribunal no realizó un examen detallado de las circunstancias familiares, sociales, culturales, afectivas, etc. de la menor. Estimó que las autoridades ya habían realizado dicho examen, habían ponderado razonablemente los intereses concurrentes y que, teniendo en cuenta cuál era la solución que mejor se ajustase al interés superior de la menor (en contra de la opinión manifestada por la madre), habían acordado el retorno de la niña a su lugar de residencia habitual. Teniendo en cuenta todos los aspectos mencionados, el Tribunal falló que las autoridades francesas no habían vulnerado el art. 8, porque la decisión de retorno se basaba en motivos pertinentes y suficientes - según lo establecido por el párrafo 2 de dicho artículo- y que la decisión era proporcional al interés legítimo protegido.

En este sentido, consideramos necesario destacar el momento en el que se interpuso la demanda ante el TEDH porque, en nuestra opinión, pudo condicionar en cierta manera el sentido del fallo. En el asunto Maumousseau y Washington c. Francia, la demandante interpuso la demanda una vez que su hija, en ejecución de la orden de retorno dictada por las autoridades francesas, había retornado a los Estados Unidos. Por el contrario, en el asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza (como veremos a continuación), la Sra. Neulinger acudió al tribunal europeo cuando el menor todavía estaba con ella y no había retornado a Israel (tal y como habían acordado las autoridades suizas en la correspondiente orden de retorno). Esta circunstancia permitió al TEDH –en este último caso- suspender cautelarmente la ejecución de la decisión de retorno, algo que no pudo hacer en el asunto Maumousseau porque la niña ya se encontraba en su lugar de residencia habitual. Consideramos relevante este aspecto del momento de la interposición

su familia, salvo que ésta sea especialmente indigna, ya que romper este vínculo supondría cortar al menor sus raíces” (párrafo 67).

⁷⁰³ Párrafos 67 a 71. En estos supuestos, el Tribunal estimó que entre los elementos constitutivos de dicho principio, está el hecho de que el menor no sea alejado de uno de sus progenitores y retenido por el otro, es decir, por el que, con razón o sin ella, considera que tiene un derecho igual o más importante sobre su persona.

de la demanda, porque el Tribunal hace especial hincapié en las circunstancias sociales, afectivas, familiares, etc., que conforman el “interés superior de la menor” y, dichas circunstancias varían sustancialmente si el menor se encuentra en el país de “acogida” o si está ya de retorno en el país de su residencia habitual.

Otra de las cuestiones alegadas o invocadas por la demandante fueron las violentas condiciones de ejecución de la decisión de retorno⁷⁰⁴. Según se desprende del relato de los hechos, las autoridades francesas (el Ministerio fiscal ayudado de agentes de policía judicial), intentaron llevar a cabo la ejecución de la orden de retorno, utilizando medios violentos. Acudieron al colegio de la niña e intentaron llevársela por la fuerza, con lo que ello supone para una niña de apenas cuatro años. Pero el TEDH tampoco vio en este caso vulneración alguna del art. 8 porque, aun considerando que la intervención de las fuerzas del orden público no es deseable en estos asuntos- por los traumas que puede provocar- en este caso, la intervención tuvo lugar ante la presencia de la autoridad y del Ministerio fiscal, ante el cual debían responder los agentes policiales y, en consecuencia, la utilización de medios coercitivos no vulneró el art. 8 del CEDH.

El tercer y último aspecto juzgado por el TEDH, fue la posible vulneración del art. 6.1 CEDH⁷⁰⁵. La demandante alegó que el Estado francés era responsable de la vulneración de su derecho a un recurso efectivo, porque consideraba que las autoridades de dicho país, ordenando el retorno de la menor, no se habrían asegurado de que los derechos de la madre serían garantizados y tampoco habrían condicionado el retorno a que las autoridades americanas aseguraran el acceso de la madre a sus tribunales. El TEDH manifestó, en primer lugar, que los tribunales competentes para conocer del fondo del asunto eran los

⁷⁰⁴ Sentencia de 13 de mayo de 2004.

⁷⁰⁵ Art. 6.1 CEDH: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

tribunales americanos, por ser los correspondientes al lugar de residencia habitual de la menor. En segundo lugar, que Estados Unidos no era Estado miembro del CEDH⁷⁰⁶ y que, en estos supuestos, cuando las autoridades de un Estado miembro tienen que ejecutar las decisiones dictadas por otro Estado no miembro, lo que deben hacer las primeras es comprobar si el proceso seguido en el país de origen cumple con las garantías establecidas en el art. 6 del CEDH⁷⁰⁷, siendo dicho control más necesario -si cabe- en asuntos en los que se dilucidan cuestiones muy relevantes para las partes. Con los hechos que obraban en los autos, el TEDH puso de relieve que carecía de elementos suficientes para poder afirmar que las resoluciones extranjeras adoptadas en el asunto, fueran fruto de un proceso en el que no se hubiesen cumplido las garantías requeridas por el art. 6 CEDH.

Las autoridades francesas, según el fin y el objeto del CH 1980, tenían la obligación de facilitar el retorno de la menor a Estados Unidos, salvo si determinados elementos objetivos les hubiesen hecho pensar que la menor – o, en su caso la madre- podían ser víctimas de una “flagrante denegación de justicia”⁷⁰⁸ en ese país. Dichas autoridades tenían que haber comprobado si se respetó por parte de los tribunales americanos dicho principio. Por otro lado, la madre argumentaba que no había podido acceder a territorio americano para hacer valer sus derechos en el correspondiente procedimiento. El TEDH consideró que el riesgo alegado por la demandante era “hipotético”, ya que el propio tribunal de apelación de *Aix- en- Provence* (a través de su sentencia de mayo de 2004) y el Gobierno francés, a través de sus observaciones no desmentidas por la demandante, así lo habían demostrado. Al mismo tiempo, el Tribunal hace constar que la demandante, habiendo sido citada en forma no compareció, y aún así, el tribunal que atribuyó la custodia exclusiva al padre, contempló la

⁷⁰⁶ Vid. En referencia a estos Estados no partes del CEDH, J. D. González Campos, “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al prof. Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 700-705.

⁷⁰⁷ Tal y como sucedió en el asunto *Pellegrini c. Italia*, sentencia de 20 de julio de 2001.

⁷⁰⁸ La “denegación de justicia” es un principio que está prohibido en el Derecho internacional, tal y como reflejó el propio Tribunal en el asunto *Golder c. Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1975, párrafo 35.

posibilidad de modificar su decisión “a demanda de cualquiera de las partes”. Por todo ello, el Tribunal estimó que no había habido vulneración del art. 6. Sin embargo, de las resoluciones dictadas por las autoridades americanas (sobre todo, la de fecha 8 de febrero de 2006⁷⁰⁹) y obrantes en la sentencia, consideramos que no se deduce ninguna actitud conciliadora ni facilitadora por parte de las autoridades norteamericanas con respecto a la madre, sino todo lo contrario. De esta manera, el TEDH prima el hecho de que la demandante no hubiese agotado las vías internas ante los tribunales americanos- competentes en materia de guarda y custodia- frente al contenido de las resoluciones dictadas por dichos tribunales, ante una situación de retención ilícita cometida por un nacional francés⁷¹⁰.

4. La obligación de alimentos

La primera vez que el TEDH resolvió un asunto en el que se le planteaba la posible vulneración de un derecho fundamental regulado en el CEDH, por la denegación del reconocimiento y/o de la ejecución de una sentencia extranjera, fue en el asunto *Hussin c. Bélgica*⁷¹¹. El asunto principal era la denegación del

⁷⁰⁹ La resolución establece que no atribuirá a favor de la madre ningún derecho de visita sin vigilancia y no concederá más audiencias relativas a los derechos de guarda y de visita hasta que no se cumplan, entre otros, los siguientes requisitos: 1. Que la madre se dirija a los tribunales franceses y consiga que éstos, a) dicten una orden/sentencia anulando las anteriores atribuyendo el derecho de guarda a la madre. b) una resolución reconociendo de manera inequívoca que son los tribunales de Nueva York los exclusivamente competentes en el proceso relativo a la guarda y custodia de la menor, mientras el padre continúe residiendo en dicho Estado, c) una orden/resolución registrando y reconociendo que la sentencia del Estado de Nueva York atribuyendo el derecho de guarda y custodia en exclusiva al padre, es la única decisión válida con respecto a dicho asunto (...). Asimismo, se establecía una fianza de 25.000 dólares USA, a depositar por la madre, antes de que le fuera acordado ningún derecho de visita vigilado y cuando ejerciera algún derecho de visita, la madre tendría que entregar el pasaporte al tutor legal de la niña.

⁷¹⁰ En este caso estaríamos ante una retención ilícita, porque en un primer momento el padre consintió al traslado que, posteriormente, se convirtió en una retención realizada sin su consentimiento.

⁷¹¹ Decisión de 6 de mayo de 2004. En esta ocasión, el Tribunal rechazó la demanda por “falta de fundamento manifiesto”, a través de la correspondiente Decisión, por lo que no entró al fondo del asunto, pero dado el carácter pionero de dicha decisión (en aquel momento) y la extensa argumentación del Tribunal para su inadmisión, consideramos interesante detenernos en su análisis. *Vid.* P. Kinsch, “Recognition in the Fórum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law”, AA.VV. (Eds. K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger & S.Symeonides), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Netherlands, Eleven International Publishing, 2010, pp. 261.

exequátur por parte de Bélgica de sendas sentencias judiciales alemanas; la primera de ellas, la relativa al establecimiento de la paternidad del Sr. G. con respecto a una de las hijas de la Sra. *Hussin*⁷¹²; y la segunda, derivada de la primera, la sentencia que acordaba la obligación del abono por parte del Sr. G. de la pensión de alimentos a la menor en su calidad de padre. El Estado belga denegó la ejecución porque consideró que el Estado alemán no era competente para adoptar la sentencia relativa a la paternidad de G. con respecto a una de las hijas de la Sra. *Hussin*. Los tribunales alemanes se declararon competentes para conocer del asunto relativo a la paternidad del Sr. G., en base al artículo 5.2 del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y, en virtud del mismo dictaron la sentencia de 6 de agosto de 1993. Posteriormente, tras la demanda de alimentos presentada por la Sra. *Hussin*, el tribunal alemán, basándose en la primera sentencia de paternidad, condenó al Sr. G. al abono de la pensión de alimentos a su hija⁷¹³.

A pesar de que en un primer momento el tribunal belga acordó el *exequátur* de la sentencia de 1993, tras la impugnación del padre, se retractó y lo denegó basándose en que los tribunales alemanes carecían de competencia para dictar sentencias relativas al estado de las personas y de su filiación (expresamente excluidas del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968, en el art. 1.2 de dicho texto) y que el texto aplicable era el Convenio entre el Reino de Bélgica y la República Federal de Alemania de 1958⁷¹⁴, en virtud del cual los tribunales exclusivamente competentes eran los correspondientes al domicilio del demandado, en este caso los tribunales belgas. En consecuencia, como los tribunales alemanes- según los tribunales belgas- no eran competentes para dictar la primera resolución, tampoco lo eran para dictar la segunda. El TEDH se declaró incompetente para interpretar el Convenio de Bruselas de 1968,

⁷¹² La menor era una niña nacida de una relación extramatrimonial.

⁷¹³ Sentencia de 5 de octubre de 1994.

⁷¹⁴ Relativo al reconocimiento y a la ejecución recíproca, en materia civil o comercial, de las resoluciones judiciales, sentencias arbitrales y actas auténticas.

por lo que esta relevante cuestión quedó sin dirimir⁷¹⁵. Lo que sí afirmó fue que la denegación del *exequatur* de las sentencias alemanas supuso una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar de las demandantes, así como en el derecho al respeto de sus bienes⁷¹⁶.

En esta materia, una de las sentencias destacadas es la relativa al asunto *Romanczyk c. Francia*, sentencia de 18 de noviembre de 2010. La cuestión principal planteada en dicho asunto fue la solicitud de ejecución - en Francia-, de una sentencia dictada por un tribunal polaco que establecía una obligación de pago de alimentos del ex marido de la demandante y padre de sus dos hijos, a favor de éstos⁷¹⁷. La solicitud de ayuda para la ejecución la realizó la demandante en base al sistema de cooperación de autoridades⁷¹⁸ establecido por el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero⁷¹⁹, del cual

⁷¹⁵ « En l'espèce, la Cour n'estime pas être compétente pour statuer sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre de 1968 ».

⁷¹⁶ « La Cour reconnaît que le refus d'accorder l'exequatur des jugements du tribunal de district de Siegburg a représenté une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale des requérantes, ainsi qu'une atteinte à leur droit au respect de leurs biens ».

⁷¹⁷ La demandante - Sra. Romanczyk- era una polaca que tuvo dos hijos con su marido, el también nacional polaco A. R. En junio de 1999 se divorciaron y en dicha sentencia de divorcio el marido fue condenado a abonar alimentos para sus dos hijos, que ascendían a unos 118 euros mensuales. El marido se trasladó a vivir a Francia y no abonó durante seis meses pensión alguna (ni posteriormente). En diciembre del mismo año, la Sra. Romanczyk interpuso una solicitud de cobro de las cantidades adeudadas por el demandado ante la "Autoridad Remitente" (es decir, Polonia) en base a lo establecido por el art. 3 del Convenio de Nueva York de 1956. Ésta remitió la solicitud a la Institución Intermediaria que, a la sazón, eran las autoridades francesas (lugar de residencia del deudor de los alimentos). Éstas solicitaron diversa documentación a las autoridades polacas, que les fue convenientemente enviada. En el año 2003, los tribunales polacos dictaron otra sentencia en virtud de la cual aumentaban la cuantía de los alimentos para los dos hijos. En 2004, las autoridades francesas comunicaron al deudor la resolución, requiriéndole el pago de todas las cantidades adeudadas y amenazándole que, en caso contrario, iniciarían ante el tribunal competente el proceso de *exequatur* y la ejecución forzosa de la sentencia. Éste compareció ante la policía, el 1 de septiembre de 2004 y se comprometió a abonar una parte de los alimentos estipulados, pero nunca lo hizo. En 2005 la demandante se quejó ante el tribunal polaco de la falta de pago del deudor. Las autoridades judiciales comunicaron nuevamente a las francesas la falta de cumplimiento por parte del deudor, pero éstas no le dieron continuidad a la queja. En 2009 el deudor acudió nuevamente ante la policía para poner de manifiesto que no podía abonar la cantidad adeudada por falta de recursos. En ese mismo año, los hijos que habían alcanzado la mayoría de edad durante el largo proceso iniciado por su madre solicitaron, en su propio nombre, la ejecución forzosa de la sentencia y el derecho a la justicia gratuita (que les fue concedida).

⁷¹⁸ Vid. E. Guinchard, « Le créancier d'aliments et le droit international privé de l'exécution », *AJ Famille*, 2006, p. 92 ; F. Toulieux, « Aperçu sur le recouvrement des aliments en Europe », *AJ Famille*, 2005, p. 383.

⁷¹⁹ El Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 (*B.O.E.* nº 281, de 24 de noviembre de 1966), es un convenio que establece un sistema de cooperación entre autoridades, cuyo fin es superar las dificultades legales y prácticas que plantea la obtención de alimentos en el extranjero o la ejecución de dichas resoluciones en el extranjero. Este Convenio fue sustituido en el año 2007 por el Convenio de La Haya de 23 de noviembre, sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la familia (Entró en vigor el 1-1-2013), según establece su art. 49, entre los Estados contratantes y en la

formaban parte tanto el Estado de origen de la demandante como el Estado de residencia del deudor. La demandante, ante la inoperancia de las autoridades francesas y, tras seis años desde el inicio de su reclamación, recurrió ante el TEDH invocando la vulneración del art. 6.1 CEDH porque entendía, en primer lugar, que las autoridades francesas -“Institución intermediaria” según el art. 6 del Convenio de Nueva York”⁷²⁰- no habían ejecutado la sentencia dictada por las autoridades polacas y, en segundo lugar, porque consideró que la duración del procedimiento para el cobro de dicho crédito había sido excesiva. El Estado francés fue condenado por el Tribunal porque sus autoridades no hicieron todo lo necesario para asistir a la demandante en la ejecución de la sentencia requerida y en el cobro de su crédito alimenticio.

Los jueces europeos señalaron que el art. 6.1 del Convenio de Nueva York de 1956, constituía sobre los Estados de las personas deudoras la obligación positiva de asistir a la parte acreedora de los alimentos⁷²¹. Asimismo, establecieron que sobre los Estados recaía la obligación positiva de poner en marcha un sistema que fuera efectivo, tanto en la práctica como jurídicamente, y que garantizara la ejecución de las resoluciones judiciales firmes entre personas privadas (apartado 55)⁷²². Eso significa que, por lo menos, los Estados deberían prever un proceso que permitiera llevar a cabo la ejecución de una sentencia

medida en que el ámbito de aplicación entre dichos Estados se corresponda con el ámbito de aplicación de este último Convenio. La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea son miembros del Convenio de Nueva York, excepto Malta y Bulgaria. El legislador comunitario tuvo en cuenta el Convenio de 2007 - junto al Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (Protocolo de La Haya de 2007), que fue aprobado junto con el Convenio de La Haya de 2007- a la hora de elaborar el Reglamento (CE) nº 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*DO* núm. L 7, de 10 de enero de 2009). *Vid.* S. Álvarez González, “El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas”, *Diario La Ley*, nº 7230, Sección Doctrina, 31 julio 2009, Año XXX; F. Paulino Pereira, “Les ponts entre la Conférence de La Haye de Droit international privé et les instruments conclus dans le cadre de l’Union Européenne”, *AA.VV. Entre Bruselas y La Haya. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 706-707

⁷²⁰ Art. 6.1 : Funciones de la Institución Intermediaria – La Institución Intermediaria, actuando siempre dentro de las facultades que le haya conferido el demandante, tomará todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, inclusive por transacción, y podrá, en caso necesario, iniciar y proseguir una acción de alimentos y hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión u otro acto judicial”.

⁷²¹ *Vid.* M. Douchy-Oudot, “Contentieux familial. Janvier 2010/Décembre 2010”, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1107.

⁷²² *Vid.* Kramberger Skerl, “European Public Policy (With emphasis on *exequatur* proceedings)”, *Journal of Private International Law*, Vol. 7, nº 3, Déc. 2011, p. 476.

extranjera en su ordenamiento jurídico. En el sistema del CEDH, los Estados no pueden ser considerados responsables de la falta de pago de un crédito ejecutivo debida a la insolvencia del deudor “privado”, pero sí pueden serlo (responsables) si las autoridades públicas implicadas en los procesos de ejecución carecen de la diligencia requerida o impiden la ejecución de la sentencia en cuestión.

La función principal del TEDH es el control del respeto de los derechos fundamentales regulados únicamente en el CEDH por lo que, en principio, el Convenio de Nueva York no tendría que ser objeto de control por parte de dicho Tribunal (al igual que sucede con los diferentes Convenios de La Haya). Pero, si la aplicación práctica de dichos convenios afecta -bien porque los restringe o bien porque los protege- a cualquiera de los derechos fundamentales regulados tanto en el CEDH como en cualquiera de sus Protocolos, entonces, el TEDH tiene competencia para analizar su aplicación. Esto supone que el TEDH puede controlar la aplicación de aquéllos convenios internacionales que no tienen un mecanismo judicial propio, cuando dicha aplicación vulnere un derecho fundamental⁷²³. En opinión de algunos autores⁷²⁴, “los Estados miembros deben saber que la aplicación que realicen de los convenios internacionales relativos a la cooperación administrativa y judicial está bajo vigilancia y amenaza de sanción económica, cuando dicha aplicación es susceptible de vulnerar un derecho fundamental protegido en el ámbito europeo...”.

En lo que al Convenio de Nueva York de 1956 se refiere, ésta no es la primera vez que el Tribunal ha resuelto una situación similar a la planteada en esta ocasión⁷²⁵. Pero el asunto *Romanczyk c. Francia* se distingue del resto⁷²⁶ en varios aspectos. En primer lugar, en el razonamiento desarrollado por el Tribunal para justificar el control del cumplimiento de las disposiciones del Convenio de

⁷²³ Vid. J.F. Flauss, «Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme (septembre 2008-février 2009). Chroniques », *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, n° 16/2009, p. 873.

⁷²⁴ Vid. L. D’Avout, «Responsabilité de l’État requis de l’exécution d’un jugement étranger de condamnation en matière alimentaire», *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 675.

⁷²⁵ Vid. Asunto *Dinu c. Rumanía y Francia*, sentencia de 4 de noviembre de 2008; asunto *Zabawska c. Alemania*, decisión de 2 de marzo de 2006; asunto *K. c. Italia*, sentencia de 20 de julio de 2004 y *Huc c. Rumanía y Alemania*, decisión de 1 de diciembre de 2009.

⁷²⁶ Según F. Marchadier, *JDI*, 2011, n° 2, abril-mai-juin, pp. 415-434.

Nueva York de conformidad con el CEDH. Este razonamiento está basado en la afirmación, sin precedentes hasta este momento, de la existencia de un “derecho a la ejecución de las sentencias extranjeras”, con la ayuda de las autoridades del Estado del demandado⁷²⁷. La necesidad de garantizar a los “justiciables” el carácter concreto y no ilusorio de los derechos reconocidos en el CEDH⁷²⁸, implica el derecho a la ejecución de la decisión.

El Tribunal siguió en el asunto *Romanczyk* la doctrina jurisprudencial establecida en el asunto *Hornsby c. Grecia*, sentencia de 19 de marzo de 1997. La primera sentencia⁷²⁹ supuso la ampliación del contenido del concepto de “proceso equitativo”, a través de la integración del “derecho a la ejecución de las decisiones” – cualquiera que fuera la jurisdicción en la que hubiesen sido dictadas⁷³⁰-, en los elementos inherentes al proceso equitativo. Dicha integración refuerza la efectividad de la protección de los derechos sustanciales. Y, la efectividad de los derechos reconocidos por el CEDH es una constante en la interpretación que realiza el TEDH de dicho texto⁷³¹. Sin embargo, el asunto *Romanczyk* introdujo un aspecto novedoso con respecto al asunto *Hornsby*, que trataba de la ejecución interna de una resolución administrativa por parte de las autoridades judiciales. El TEDH hizo extensiva - a través de la primera sentencia- la doctrina establecida para los asuntos internos a los supuestos transfronterizos amparados por un convenio internacional. Es decir, “el derecho a la ejecución de las sentencias”, se convirtió en un “derecho a la ejecución de las sentencias extranjeras”. Lo interesante sería saber si dicho derecho a la ejecución transfronteriza tendría lugar únicamente en aquellos supuestos que se desarrollen

⁷²⁷ Apartado 60 «...la Cour ne voit aucune raison de se départir de sa jurisprudence en l'espèce et conclut qu'en recourant au mécanisme de la Convention de New York pour le recouvrement de ses créances alimentaires, la requérante bénéficiait du droit à voir son jugement exécuté avec l'assistance des autorités françaises qui agissaient en son nom et pour son compte dans le cadre de cette convention ».

⁷²⁸ Vid. entre otras, asunto *Airey c. Irlanda*, sentencia de 9 de octubre de 1979, apartado 32; asunto *Artico c. Italia*, sentencia de 13 de mayo de 1980, apartado 33.

⁷²⁹ Según algunos autores podría ser considerada una « sentencia de principio », es decir, aquéllas que producen grandes avances teóricos, Vid. J.P. Marguénaud, « Extension des exigences du droit à un procès équitable à la phase d'exécution de la décision », *RTD Civ.* 1997, p. 1009.

⁷³⁰ Las resoluciones objeto de litigio eran unas decisiones administrativas, denegatorias de la apertura de una escuela privada de enseñanza de la lengua inglesa.

⁷³¹ Vid. N. Fricero, « Une extension de la notion de “procès équitable”: la consécration du droit à l'exécution du jugement », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 74.

al amparo de un convenio internacional armonizado o bien, si dicha posibilidad sería extrapolable a las situaciones en las que la relación entre el país de origen de la sentencia y el país requerido de ejecución no está regida por un convenio internacional⁷³². De los asuntos fallados hasta el momento, parece deducirse una preferencia del TEDH hacia la primera posibilidad.

La importancia de la interpretación realizada por el TEDH radica, además, en que “el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales” como tal no está recogido en el art. 6.1. Pero el Tribunal, para justificar su inclusión, establece que el derecho a un tribunal regulado en el primer párrafo del art. 6, sería ilusorio si el ordenamiento interno de un Estado permitiera que una sentencia firme y obligatoria quedara sin ejecutar y no desplegara sus efectos (apartado 53)⁷³³. Considera que no sería comprensible que el art. 6.1 CEDH⁷³⁴ describiera con detalle las garantías del procedimiento otorgadas a la partes – equidad, publicidad y celeridad- y que no protegiera la aplicación de las decisiones judiciales. Si dicho artículo únicamente se correspondiera con el acceso a un tribunal y con el desarrollo del proceso en la instancia, podría crear situaciones incompatibles con el principio de la “preeminencia del derecho” que los Estados parte se han comprometido a respetar al firmar el CEDH. El art. 6.1 consagraría este principio, según lo estableció el propio Tribunal, tanto en el asunto *Golder c. Reino Unido* como en el asunto *Sunday Times c. Reino Unido*, *Brumarescu c. Rumanía*, *M. C. y otros c. Italia*⁷³⁵, entre otros muchos⁷³⁶. No obstante, debemos

⁷³² Vid. L. D’Avout, “Responsabilité...”, *loc. cit.*, p. 675.

⁷³³ Vid. asunto *Hornsby c. Grecia*, apartado 40.

⁷³⁴ Art. 6 CEDH: Derecho a un proceso equitativo” 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...).”

⁷³⁵ Sentencia de 3 de septiembre de 2013, apartado 60 : « ...la Cour rappelle que le droit à un procès équitable devant un tribunal, garanti par l’article 6 § 1 de la Convention, doit s’interpréter à la lumière du préambule de la Convention, qui énonce la prééminence du droit comme élément du patrimoine commun des Etats contractants. Un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause... ».

⁷³⁶ Vid. En el asunto *Golder c. Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1975, estableció en su apartado 34 qué era dicho principio: “... el preámbulo no incluye la preeminencia del derecho en el objeto y el fin del Convenio, pero la considera como uno de los elementos del patrimonio espiritual común a los Estados miembros del Consejo de Europa...”. Y, en el mismo apartado establece que “...la Commission attribue beaucoup d’importance aux mots « prééminence du droit », d’après elle, ils éclairent l’article 6

mencionar que la postura jurisprudencial mantenida por el TEDH no fue recibida de modo pacífico por toda la doctrina⁷³⁷.

Una de las principales conclusiones de esta doctrina jurisprudencial relativa al artículo 6.1 CEDH, es que este artículo garantiza a todas las personas el derecho de acceso a la justicia - a un tribunal⁷³⁸ - cuyo corolario es el derecho a la ejecución de las decisiones judiciales definitivas. Por lo tanto, dicho apartado se aplica a todas las fases de los procesos judiciales, sin que se puedan exceptuar las fases posteriores a las decisiones sobre el fondo. La ejecución de una sentencia o una resolución, cualquiera que sea la jurisdicción de la que haya emanado, debe ser considerada como parte integrante del “proceso” regulado en el art. 6. En la sentencia dictada en el asunto *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, el Tribunal reiteró que “en litigios cuya resolución sea determinante para derechos de carácter civil, el artículo 6 se aplica tanto a la ejecución de las sentencias nacionales como a la ejecución de las sentencias extranjeras”⁷³⁹. En aquella ocasión en que Grecia denegó el reconocimiento de una sentencia americana relativa a la adopción de un sobrino por parte de su tío-arzobispo de la Iglesia Ortodoxa en Detroit-, el TEDH condenó al Estado demandado por la vulneración de diferentes artículos del CEDH (art. 8, art. 14, art. 1 del Protocolo nº 1 y por el art. 6.1). Pero en lo que al último artículo se refiere, el Tribunal condenó a Grecia porque los motivos de denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera, invocados por las autoridades judiciales griegas- vulneración del orden público- no eran proporcionales al fin legítimo perseguido (apartado 91). Esta sentencia puso de manifiesto que el TEDH realiza el control europeo del orden público internacional de los Estados miembros del Consejo de Europa.

par. 1 (art. 6.1) y posteriormente fue reiterado en el asunto *Sunday Times c. Reino Unido* (nº 1), sentencia de 26 de abril de 1979, apartado 55.

⁷³⁷ Vid. P. Kinsch, “Private international...”, *loc. cit.*, p. 44.

⁷³⁸ Vid. I. Esparza, J.F. Etxeberria, “Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo”, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, AA.VV. (Dir. Lasagabaster), Cizur-Menor, Thomson-Civitas, 2009, p. 152.

⁷³⁹ Vid. P. Kinsch, « La non-conformité du jugement étranger à l’ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l’homme » *Revue Critique de droit international privé*, 2011, p. 817 ; *id.*, « Private international law topics before the European Court of Human Rights. Selected judgments and decisions (2010-2011) », *Yearbook of Private International Law*, vol. 13 (2011), p. 44.

A partir del asunto *Hornsby*, la ejecución de las resoluciones judiciales en un “plazo razonable”, pasó a formar parte de los elementos del “proceso equitativo”. Con respecto al “carácter razonable” de la duración de un procedimiento, el propio Tribunal estableció el criterio jurisprudencial⁷⁴⁰ en virtud del cual, dicho carácter se aprecia en función de las circunstancias y de la complejidad del asunto; en base al comportamiento de la parte demandante y el de las autoridades competentes, así como en función de la relevancia que el asunto reviste para los interesados. La necesidad de la celeridad en el procedimiento de *exequátur* fue, asimismo, reiterada en los asuntos *Hohenzollern (de Rumanía) c. Rumanía*⁷⁴¹ o en el asunto *Dinu c. Rumanía y Francia*⁷⁴² y previamente establecida en el asunto *Hornsby*. Cuando la ejecución de una sentencia está basada en un sistema que requiere de un proceso ejecutivo, la duración de este proceso debe ser tenida en cuenta para la apreciación de la duración total del proceso civil⁷⁴³. En el asunto *Dinu c. Rumanía y Francia*, ambos Estados demandados fueron condenados por vulneración del art. 6.1 CEDH, porque el TEDH consideró que, tanto las autoridades francesas como las rumanas, “no habían hecho todo lo necesario para ejecutar con celeridad las decisiones judiciales favorables a la demandante”.

Otro de los aspectos que distingue al asunto *Romanczyk* del resto invocados por el propio Tribunal (apartado 59), es el relativo al procedimiento de *exequátur*. En dichos asuntos (excepto en el asunto *Huc c. Rumanía y Alemania*), el procedimiento de *exequátur* había sido iniciado en el Estado con respecto al cual se solicitaba la responsabilidad por dilaciones indebidas (Estado

⁷⁴⁰ Vid. Asunto *K. c. Italia*, apartado 34; asunto *Frydlender c. Francia* (GS), sentencia de 27 de junio de 2000, apartado 43, «...Elle rappelle que la durée «raisonnable» d'une procédure doit s'apprécier suivant les circonstances de la cause et à l'aide des critères suivants: la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes ainsi que l'enjeu du litige pour l'intéressé»; asunto *Ferraro c. Italia*, sentencia de 19 de febrero de 1991, apartado 17; asunto *Hohenzollern c. Rumanía*, sentencia de 27 de mayo de 2010, apartado 37.

⁷⁴¹ Sentencia de 27 de mayo de 2010.

⁷⁴² Vid. V. Egea, «Condamnation de la France pour retards dans l'exequatur et la coopération internationale», *Dalloz actualité*, 12 novembre 2008.

⁷⁴³ Vid. N. Fricero, «La procédure d'exécution doit être prise en compte pour déterminer la durée raisonnable du procès civil», *Recueil Dalloz*, 2002, p. 687.

demandado), hecho que no sucedió en el asunto *Romanczyk c. Francia*.⁷⁴⁴ En opinión de algunos autores⁷⁴⁵, esta diferencia es relevante y el TEDH ha hecho caso omiso de la misma, prometiendo el reconocimiento de un derecho general a la asistencia judicial de efectos indeterminados. El TEDH también ha aplicado el art. 6.1 CEDH a los procedimientos de *exequátur*, en concreto, en el conocido asunto *Pellegrini c. Italia*, sentencia de 20 de julio de 2001 (apartado 40)⁷⁴⁶. En dicha ocasión, el TEDH analizó si las autoridades italianas competentes para otorgar el *exequátur* de la sentencia de nulidad de matrimonio dictada por el tribunal eclesiástico, habían verificado que el proceso seguido ante dichas instancias cumplía o no los requisitos establecidos por el art. 6.1 CEDH. En el asunto *Romanczyk* no había -o por lo menos, las autoridades francesas no lo alegaron-, motivo jurídico alguno que impidiera la ejecución de la sentencia polaca en el ordenamiento francés. Seguramente, éste sea uno de los motivos por los que el TEDH no tiene inconveniente alguno en “transponer” la jurisprudencia *Hornsby* a este asunto.

Por último, la sentencia puso de manifiesto la utilidad de una comunicación y una cooperación más intensas entre las autoridades establecidas por el Convenio de Nueva York de 1956 (Autoridad remitente y Autoridad Intermediaria). En este sentido, la sentencia se une a la interacción existente entre el CEDH y los Convenios de La Haya y que establecen una obligación de cooperación entre las autoridades administrativas y las judiciales⁷⁴⁷. El Tribunal insistió en la necesidad de que, tanto las autoridades del Estado requerido como las del Estado remitente, deben ofrecer una asistencia efectiva a las personas acreedoras de los alimentos, dada la “especial importancia” que para dichas

⁷⁴⁴ En este asunto, la demandante solicitó a las autoridades francesas que la ayudaran- en virtud de lo establecido al efecto en el Convenio de Nueva York- en la ejecución de la sentencia -obtenida en Polonia- en el Estado francés. Pero no inició procedimiento de *exequátur* alguno. Los que sí lo hicieron fueron sus hijos que, durante los largos años que duró el procedimiento de obtención de alimentos, alcanzaron la mayoría de edad.

⁷⁴⁵ Vid. F. Marchadier, *loc. cit.* p. 422.

⁷⁴⁶ Vid. L.L.Christians, «*Exequátur* et procès équitable », *Revue critique de droit international privé*, 2004, p. 106 ; J.P. Marguénaud, « Procédure canonique d’annulation du mariage. Convention européenne des droits de l’homme et *exequátur* », *RTD Civ.* 2001, p. 986.

⁷⁴⁷ Vid. F. Marchadier, « La contribution de la Cour européenne des droits de l’homme à l’efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative », *Rev. cr. dr. int. Pr.*, 96 (4), octobre-décembre 2007, pp. 677-715.

personas suponen estos temas y ante las dificultades inherentes a la internacionalización de los mismos. El Estado francés fue condenado porque el TEDH consideró que sus autoridades públicas no se preocuparon por conocer la evolución del asunto en concreto, y porque no verificaron si las medidas adoptadas con respecto al deudor de los alimentos, eran realmente efectivas⁷⁴⁸ para el cobro de dichos alimentos por parte de la demandante⁷⁴⁹. Si las autoridades participantes en la cooperación establecida por dicha norma no se preocupan de la evolución del procedimiento de reclamación, dicha cooperación pierde efectividad. Esto, trasladado al proceso de ejecución, supone un seguimiento efectivo del asunto. El TEDH reiteró, asimismo, que la “obligación de actuar” a fin de poder cobrar el crédito alimenticio, recaía únicamente en el Estado del deudor (apartado 65). En resumidas cuentas, el Estado francés fue condenado por la inoperancia o la dejadez de sus autoridades administrativas, pero no por una razón o un motivo jurídico que dichas autoridades hubiesen podido invocar con respecto a la resolución extranjera cuya ejecución se les solicitaba.

⁷⁴⁸ La falta de diligencia y el poco interés en el asunto de las autoridades francesas provocó que dichas autoridades no detectaran a tiempo un error administrativo y que el crédito alimenticio finalmente no pudiera ser cobrado.

⁷⁴⁹ *Vid.* Schurrer, “Non-respect par la France de ses obligations positives concernant l’exécution d’un jugement étranger », *Dalloz actualité*, 06 décembre 2010.

5. El papel modernizador del TEDH en materias relativas a menores

5.1. Su influencia en el ordenamiento jurídico español

Tal y como hemos mencionado al inicio de este Capítulo, tras el análisis de la abundante jurisprudencia del TEDH, la labor e influencia de la doctrina jurisprudencial de dicho Tribunal en diferentes ámbitos y materias propios de nuestra disciplina, es fácilmente constatable. También lo ha sido en el ámbito de la integración europea o en “la operatividad de los derechos humanos ante las situaciones privadas internacionales que entronca con viejas concepciones aparentemente periclitadas por el tiempo, como la teoría de los derechos adquiridos”,⁷⁵⁰.

Podemos afirmar que, durante las últimas décadas, el TEDH está teniendo un papel modernizador del DIPr., dado que su jurisprudencia está ampliando, por un lado, el ámbito de aplicación material de las disposiciones del CEDH (sobre todo, el del artículo 8); y, por otro, la doctrina jurisprudencial del Tribunal está influyendo en la modificación sustantiva de las diferentes legislaciones nacionales europeas. La evolución y los cambios sociales sufridos por las sociedades de los Estados miembros - sobre todo, en el ámbito familiar- han sido tan grandes desde la aprobación de dicho Convenio, que el propio Tribunal ha ido incluyendo en el ámbito de aplicación del artículo 8, relaciones familiares que -en su día- eran muy poco frecuentes o no lo eran tanto como en la actualidad. Por ejemplo, es el caso de los matrimonios entre homosexuales, los contratos de gestación por sustitución realizados por parejas homosexuales o, los propios contratos de gestación, las adopciones internacionales (especialmente, las realizadas por personas solteras), etc.

⁷⁵⁰ Así lo afirmo el prof. S. Álvarez González, “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, *La Gobernanza del interés público global. Actas Correspondientes a las XXV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Barcelona, septiembre 2013.

También las legislaciones de los Estados miembros se han visto directa o indirectamente afectadas por las resoluciones de dicho Tribunal. En el caso del Estado español, uno de los ejemplos más recientes lo encontramos en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia⁷⁵¹, anteriormente citada. Esta Ley es el claro reflejo de la influencia ejercida tanto por parte de la jurisprudencia del Tribunal europeo, por la del TS como por la del TC, así como de la ejercida por la normativa internacional y europea elaborada en la materia⁷⁵², aunque la cita de dichas fuentes internacionales sea sorprendentemente errónea⁷⁵³.

La Ley 26/2015 modifica veinte leyes internas, entre las que se encuentran la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; el Código Civil; la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; el Estatuto de los Trabajadores, etc.. Todas ellas abarcan una protección global y uniforme de los/as niños/as y adolescentes en España. Concretamente, se han modificado las instituciones de protección a la infancia, la adopción interna y la internacional, se ha regulado la participación de los menores en los procedimientos judiciales, se ha reforzado la protección de los menores extranjeros y la protección de los menores víctimas de violencia de género o de cualquier otra violencia, se ha creado un registro de delincuentes sexuales, etc.

⁷⁵¹ *B.O.E.* núm. 180, de 29 de julio de 2015.

⁷⁵² Tal y como consta expresamente en los apartados II, III y IV del Preámbulo.

⁷⁵³ En el apartado I del Preámbulo se menciona el Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños de 1996, con la fecha de 28 de mayo de 2010 y, la de ratificación, el día 6 de septiembre de 2010 (!). Sorprende que durante el trámite parlamentario nadie haya constatado dicho error. En el Senado tampoco fue detectado, ya que consta en el texto aprobado en dicha Cámara, *BOCG, Senado*, núm. 564, de 16 de julio de 2015.

En lo que a nuestra disciplina se refiere, la influencia convencional y jurisprudencial se materializa en varios aspectos: uno de los más relevantes, es la importancia que esta Ley otorga al interés superior del menor y que se concreta en la modificación de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (tal y como hemos puesto de manifiesto en el Capítulo I) y en Ley 54/2007, de Adopción Internacional, así como en los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9 del Código Civil. Asimismo, se introduce un nuevo apartado en el artículo 19 del Código Civil, para prever el reconocimiento de la doble nacionalidad, en los supuestos de adopciones internacionales realizadas con países que prevean la conservación de la nacionalidad de origen de los menores adoptados.

Las numerosas modificaciones realizadas en la Ley de Adopción Internacional responden, según el Preámbulo de la Ley 26/2015, a varias necesidades, entre las que se encuentra – por ejemplo- la de adaptar el concepto de adopción internacional al establecido en el Convenio de La Haya de 1993, para que no quedaran fuera de su ámbito de aplicación aquellas adopciones realizadas sin desplazamiento internacional del menor; o, la de suprimir las referencias a la modificación y revisión de la adopción (figuras inexistentes en Derecho español); o, la de modificar los presupuestos de reconocimiento de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras, entre los que se incluye el control de la competencia de las autoridades extranjeras y la excepción de orden público. En este último aspecto, la nueva Ley define cuándo se entenderá vulnerado el orden público⁷⁵⁴.

⁷⁵⁴ Art. 26.1, 2º: “Que la adopción no vulnere el orden público.

A estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación”.

a) Lo que pudo ser y finalmente no fue, en materia de gestación por sustitución

Otro de los ejemplos más significativos y más cercanos en el tiempo lo encontramos en materia de gestación por sustitución. Todo parecía indicar que las recientes y esperadas sentencias dictadas por el TEDH en los asuntos *Mennesson y Labassée c. Francia*, iban a provocar cambios en la legislación española, a pesar de que el Estado demandado no fuera España pero, tras las últimas modificaciones legislativas, parece que - a corto plazo-, dichas modificaciones no se van a producir. Aprovechando la modificación que se iba a realizar de la Ley del Registro Civil 20/2011, algunos miembros del Gobierno manifestaron la intención del Ejecutivo de introducir enmiendas que favorecieran la inscripción de los menores nacidos a través de dicha técnica pero, finalmente, no ha sido así.

Intentaremos explicar, de la mejor manera posible, la maraña legislativa o el laberinto legislativo⁷⁵⁵ que el legislador español ha formado con las sucesivas y numerosas modificaciones en materia de inscripción registral y de protección de menores. En el año 2011, se elaboró la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, cuya entrada en vigor - tras una *vacatio legis* de tres años- estaba prevista para el mes de julio de 2014⁷⁵⁶ (con la excepción de las disposiciones adicionales y finales mencionadas en la disposición final décima) pero, no fue así. La Disposición Adicional Decimonovena del Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia, que fue posteriormente convalidado por la Ley

⁷⁵⁵ Vid. P. González Granda, “El laberinto legislativo en la desjudicialización de la llevanza del Registro Civil”, *Diario La Ley*, nº 8421, 14 de noviembre de 2014; M. García Collantes, “El absurdo laberinto del Registro Civil”, *Diario del Derecho*, Iustel, 4 de marzo de 2015; F. J. Gómez Gállego, “La reforma del Registro Civil en España”, *Diario La Ley*, nº 8458, 2015.

⁷⁵⁶ Según establecía la Disposición final décima. *Entrada en vigor*. “La presente Ley entrará en vigor a los tres años de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». Hasta la entrada en vigor de la presente Ley, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles dentro del proceso de modernización de la Justicia”, *BOE*, núm. 175, de 22 de julio de 2011.

18/2014, de 15 de octubre⁷⁵⁷, pospuso dicha entrada en vigor un año más, al 15 de julio de 2015. Entre tanto y, antes de concluir la *vacatio legis*, el Gobierno presentó ante el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (el denominado Proyecto de Ley CORA) que, entre sus numerosas modificaciones, también reformaba algunos artículos de la citada Ley (a través del artículo segundo) relativos a la inscripción de los nacimientos, de la filiación y de las defunciones (los arts. 44, 45, 46, 47, 49, 64, 66 y 67); otros relativos a la llevanza de los Registros Civiles y algunas disposiciones del Código Civil (artículo 120) y de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida (artículos 7.3, 8.2 y 9.3). Dicho Proyecto de Ley, se ha convertido en la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil⁷⁵⁸. La entrada en vigor de la misma, tuvo lugar el día 15 de octubre de 2015 (salvo dos apartados de la misma⁷⁵⁹), pero la entrada en vigor de las modificaciones correspondientes a la llevanza de los Registros de la ley 20/2011, se ha vuelto a posponer al 30 de junio de 2017, a través del apartado diez del artículo segundo de la misma⁷⁶⁰.

⁷⁵⁷ B.O.E. de 5 de julio de 2014. La Disposición Adicional Decimonovena del Real Decreto-Ley establecía: "La Ley 20/2011, de 21 de julio, en la parte que al día de la publicación de este Real Decreto-Ley no hubiera entrado en vigor, lo hará el día 15 de julio de 2015". Posteriormente, la D.A. 20ª de la Ley 18/2014, de 15 de octubre también preveía dicha prórroga (B.O.E. núm. 252, de 17 de octubre de 2014).

⁷⁵⁸ B.O.E. núm. 167, de 14 de julio de 2015. El texto fue aprobado por el Consejo de Ministros el 13 de junio de 2014 y presentado en el Congreso de los Diputados el 13 de junio de 2014. Tras un largo período de ampliación del plazo de enmiendas (ocho meses) y tras el correspondiente debate parlamentario, el 8 de julio de 2015 se aprobó por el Pleno del Senado (Diario de Sesiones del Senado nº 164, de 8 de julio), rechazando todas las enmiendas presentadas por los Grupos Parlamentarios, así como las propuestas de veto, por lo que el texto publicado en el BOCG del Senado corresponde al texto remitido por el Congreso, sin modificación alguna. *Vid.* BOCG, Senado, nº 539, de 11 de junio de 2015 y nº 542, de 16 de junio de 2015 (BOCG, Senado, nº 560, de 10 de julio de 2015).

⁷⁵⁹ La Disposición Final décima establece que "La presente Ley entrará en vigor el 15 de octubre de 2015, salvo el apartado diez del artículo segundo y el apartado 1 de la disposición derogatoria única, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado"" (BOCG Senado, núm. 539, de 11 de junio de 2015).

⁷⁶⁰ El número diez del artículo segundo ha vuelto a modificar la Disposición final décima de la Ley 20/2011. "Diez. La disposición final décima queda redactada del siguiente modo: "Disposición final décima. *Entrada en vigor.* La presente Ley entrará en vigor el 30 de junio de 2017, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado". Sin perjuicio de lo anterior, entrarán en vigor el 15 de octubre de 2015 los artículos de la presente Ley modificados por el artículo segundo de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Hasta la completa entrada en vigor de esta Ley, el

Sin embargo, las modificaciones no quedan ahí, porque la disposición derogatoria única núm. 1, deroga determinadas disposiciones adicionales de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia anteriormente citada⁷⁶¹, suprimiendo el sistema de llevanza del Registro Civil por los Registradores de la propiedad y mercantiles creado en 2014. A propósito de estas últimas, el Pleno del Tribunal Constitucional, en sentencia de 24 de septiembre de 2015⁷⁶², declaró que dichas disposiciones 20ª a 24ª eran inconstitucionales y, en consecuencia, nulas, porque no concurría el presupuesto habilitante que exige el artículo 86.1 CE⁷⁶³ para dictarlas.

Asimismo, la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, ha introducido determinadas modificaciones a la Ley 20/2011⁷⁶⁴, por lo que, como decíamos al inicio de este apartado, hay que hacer verdaderos encajes de bolillos para poder comprender cuál es el contenido final de cada uno de los artículos.

Previo a esta incesante actividad legislativa y, con el primer proyecto de modificación de la Ley 20/2011 sobre la mesa, una parte de la doctrina española confiaba⁷⁶⁵ en que la entrada en vigor de la Ley 20/2011 supusiera –en la práctica, a través de la inscripción de las resoluciones extranjeras- la legalización

Gobierno adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles”.

⁷⁶¹“Disposición derogatoria única. 1: Quedan derogadas las disposiciones adicionales vigésima, vigesimoprimer, vigesimotercera, vigesimocuarta y vigesimoquinta de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia”.

⁷⁶² Recurso de inconstitucionalidad nº 5099/2014, planteado por más de cincuenta Diputados, de diversos Grupos Parlamentarios (Socialista; IU, ICV-EUIA, CHA; La Izquierda Plural; y Unión, Progreso y Democracia), contra el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

⁷⁶³ Art. 86.1 CE: “En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general”.

⁷⁶⁴ Vid. Disposiciones transitorias 4ª y 5ª de la Ley 15/2015.

⁷⁶⁵ Vid. A.J. Vela Sánchez, “Soluciones prácticas...”, *loc. cit.*

en el ordenamiento jurídico español de dichos convenios de gestación⁷⁶⁶ pero, finalmente, no será así. El Proyecto de Ley CORA de 2014 introducía un nuevo apartado 7 en el art. 44, relativo a los nacimientos fuera de España, en el que se establecía que “para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido, será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de *exequátur*”⁷⁶⁷.

El actual Ministro de Justicia -Sr. Catalá- manifestó⁷⁶⁸, que el Partido Popular tenía intención de presentar unas enmiendas a dicho Proyecto de Ley que permitieran la inscripción en el Registro Civil de los/as niños/as nacidos/as a través de dicha técnica de procreación, para así adecuarse a la doctrina establecida por el TEDH en esta materia⁷⁶⁹. Pero, finalmente, la enmienda presentada en este sentido⁷⁷⁰ por dicho Partido en la Comisión de Justicia de la Cámara Baja, no propuso la modificación o introducción de texto alguno, sino la supresión del apartado 7 del artículo 44, con una sorprendente justificación: mejora técnica. Posteriormente, en el debate de dichas enmiendas en la Comisión de Justicia, una Diputada del partido del Gobierno, para justificar dicha retirada argumentó que se habían basado⁷⁷¹ “...en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, que afirma que la legislación vigente en España cumple con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo que no

⁷⁶⁶ La Ley 20/2011, de 21 de julio, no contiene ninguna disposición expresa relativa a la “gestación por sustitución”, sino unas normas de Derecho internacional privado relativas a la inscripción en el Registro Civil de las resoluciones judiciales extranjeras (art. 96).

⁷⁶⁷ Concretamente, el texto propuesto decía: “7. En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de *exequátur*”. Curiosamente, en el Anteproyecto de Ley, al final de este apartado (entonces era el apartado 5, no el 7) se recogía la siguiente frase “Esta norma tiene carácter de orden público”, que se suprimió.

⁷⁶⁸ En el Diario El Mundo, el día 11 de diciembre de 2014.

⁷⁶⁹ Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, *BOCG*, núm. 248, de 11 de diciembre de 2014.

⁷⁷⁰ Enmienda nº 116, “De supresión. Se suprime el apartado 7 del artículo 44 de la Ley 20/2011. Justificación: mejora técnica”, *BOCG*, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 101-2, de 26 de mayo de 2015.

⁷⁷¹ Dichas manifestaciones las realizó la Diputada del Grupo Parlamentario del PP, Sra. Cortés Bureta, en la Sesión nº 50 de dicha Comisión, celebrada el 2 de junio de 2015 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 823, 2015)

considera necesario en este momento cambiar las normas relativas a la inscripción de los hijos nacidos mediante gestión por sustitución porque, como todos ustedes conocen, cabe la inscripción en nuestro Registro Civil de la resolución judicial extranjera que fije el vínculo, como ha señalado la circular de la Dirección General de Registros y de Notariado de 11 de julio de 2014, fruto de las consideraciones realizadas por las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”. Entre las modificaciones realizadas por la Ley CORA, se encuentran determinados artículos relativos a la Ley 14/2006⁷⁷², de 26 de mayo, pero entre ellos no está, como era de esperar, el artículo 10. Todo parece indicar que, a corto plazo, no habrá modificación legislativa alguna en esta materia.

5.2. Los efectos de la doctrina europea en el ordenamiento jurídico francés: los asuntos *Mennesson y Labassée*.

Muy a pesar de algunos autores, el ordenamiento francés tampoco ha “escapado” a la influencia de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo (como no podía ser de otra manera). En el ámbito de la *kafala*, tras las sentencias dictadas en los asuntos anteriormente citados, el Ministerio de Justicia francés dictó una Circular específica sobre este tema⁷⁷³, en la que se detallaban tanto el funcionamiento de la institución como determinadas cuestiones relevantes de DIPr. Así, la Circular precisó que la decisión extranjera

⁷⁷² La Disposición final quinta contiene la modificación de los artículos 7.3, 8.2 y 9.3.

⁷⁷³ Circulaire du 22 octobre 2014, relative aux effets juridiques du recueil légal en France, NOR : JUSC 1416688C, « *Il est possible aussi d'en demander l'exequatur. Lorsque l'enfant sujet de la kafala réside en France, le juge français est compétent pour intervenir en cas de besoin (en particulier si les recueillants se séparent) en vertu du règlement Bruxelles II bis (juge aux affaires familiales ou juge des tutelles, selon les cas) ; la loi applicable sera la loi française de la résidence habituelle de l'enfant (Conv. La Haye de 1996). La circulaire confirme la jurisprudence (Cour de cassation et CEDH) qui avait admis que l'adoption était possible pour un enfant ayant acquis la nationalité française, à condition que les personnes habilitées (désignées par la loi de l'adopté et donc loi française) aient consenti à cette adoption ; selon les cas, il s'agit des parents par le sang ou du conseil de famille organisé par le juge des tutelles. Enfin, toujours à propos de la kafala, la CEDH a réaffirmé que le refus de prononcer l'adoption demandée par le couple qui a recueilli l'enfant en kafala n'était pas contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*».

constitutiva de la *kafala*, se reconocerá automáticamente en Francia - sin procedimiento alguno- siempre que haya sido dictada por una autoridad judicial.

Por otra parte, si la postura mantenida por una gran y relevante parte de la doctrina francesa con respecto a la jurisprudencia emanada del TEDH no ha sido muy amable durante los últimos años, podemos afirmar que, a partir de las sentencias *Menesson* y *Labassée*, la simpatía que la labor de los jueces europeos despierta en esta parte de la doctrina, ha aumentado⁷⁷⁴. El hecho de que el Tribunal de Estrasburgo haya condenado al Estado francés en un tema tan sensible y tan relevante para el ordenamiento jurídico francés como es la gestación por sustitución, poniendo indirectamente en cuestión su consideración como principio constitutivo del orden público internacional francés⁷⁷⁵, ha llevado a algunos autores a “sacar la artillería pesada” y a realizar unas muy contundentes manifestaciones en contra del TEDH, acusándolo de hacer una inaceptable instrumentalización aristocrática de los derechos fundamentales; de fallar, caso por caso, en función de su opinión moral sobre las cuestiones sometidas a debate; de disfrazar su postura política bajo su prolífica argumentación jurídica; y, de reducir a la mínima expresión el margen de apreciación nacional y la soberanía popular de los Estados miembros⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Entre otros, *Vid.* J.P. Marguénaud, « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD Civ.*, 2015, p. 325; J. Hauser, « État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : circulez, y a rien à voir ! », *RTD Civ.*, 2015, p. 581.

⁷⁷⁵ *Vid.* T. Coustet, « Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France », *Dalloz Actualité*, 30 juin 2014. Este autor puso de manifiesto que : « Pourtant, la solution posée par le CEDH contribue très nettement à relativiser le caractère d'ordre public attaché à la nullité de cette pratique ».

⁷⁷⁶ *Vid.* F. Chénéde, « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1797. A lo largo del artículo, el autor vierte las siguientes manifestaciones sobre el Tribunal : «...la CEDH, encouragée par une partie de la doctrine, s'est depuis longtemps détachée de toute contrainte démocratique en choisissant, au cas par cas, au gré de son opinion morale sur les questions en cause, de revenir ou non sur les arbitrages politiques opérés par les élus du peuple (...). C'est cette nouvelle instrumentalisation – peut-être pas tyrannique, mais assurément aristocratique- des droits de l'homme qu'il conviendra à nouveau dénoncer... », « Vraisemblablement consciente du risque d'usurpation de pouvoir inhérent à un tel examen, la Cour a reconnu, on le sait, une ultime soupape de sécurité pour la démocratie : la « marge d'appréciation » des États. L'arrêt *Menesson* nous montre toutefois, après tant d'autres, que la Cour n'hésite pas, moyennant quelques tours de passe-passe plus ou moins grossiers, à réduire à néant cette marge d'appréciation et la souveraineté- certes nationale, mais surtout populaire- qu'elle est censée sauvegarder ».

Otros, además de hacer una defensa a ultranza de su posición absolutamente contraria a la gestación por sustitución, han relativizado los efectos que las sentencias dictadas por los jueces europeos pueden tener en su ordenamiento interno: « ... *La France n'est pas obligée, malgré la condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), de transcrire sans réserve la filiation de ces enfants à l'état civil français. La décision de la juridiction européenne est en effet d'application directe dans sa condamnation (et il faut donc trouver un statut juridique pour ces enfants), mais ses motifs ne doivent pas tous être pris à la lettre. Certains d'entre eux sont au demeurant inapplicables* »⁷⁷⁷.

Tampoco han escapado de las críticas de la mencionada doctrina, las recientes sentencias dictadas por la *Assemblée Plénière de la Cour de cassation* (el Pleno del Tribunal Supremo francés), el día 3 de julio de 2015⁷⁷⁸. En dicha fecha, dictó dos novedosas sentencias⁷⁷⁹, relativas a la transcripción de sendas actas de nacimiento de unos/as niños/as nacidos/as en Rusia, como consecuencia de dos procesos de gestación por sustitución. En ambos casos, los certificados de nacimiento establecieron la filiación de los menores con respecto a los padres (dos hombres de nacionalidad francesa), que reconocieron ante las autoridades rusas la paternidad de dos menores nacidos en Moscú (cada uno del suyo), y con respecto a las mujeres que los habían parido (que, en ambos casos, eran sendas mujeres de nacionalidad rusa). Cuando los nacionales franceses quisieron inscribir los certificados de nacimiento ante el consulado francés en Moscú, la inscripción les fue denegada, porque las autoridades consulares sospechaban que

⁷⁷⁷ En este sentido, Vid. M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant. À propos de la gestation pour autrui », *Recueil Dalloz*, 2015, p.224. La autora de este artículo hace una defensa a ultranza de su postura absolutamente contraria a la gestación por sustitución, «...*la gestation pour autrui est revendiquée dans le seul intérêt des adultes, c'est-à-dire des couples en mal d'enfants. Elle participe de la reconnaissance d'un « droit à » l'enfant. L'enfant n'a quant à lui aucun intérêt à être commandé, fabriqué et livré comme un produit, considéré éventuellement comme défectueux*».

⁷⁷⁸ Vid. F. Chénéde, « L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger. Liberté et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1172; D. Sindres, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1173 ; A. Dionisi-Peyrusse, « Actualités de la bioéthique », *AJ Famille*, 2015. P. 364.

⁷⁷⁹ Sentencia nº 619 (14-21.323) y sentencia nº 620 (15-50.002), de 3 de julio de 2015.

el origen de las paternidades estaba en un contrato de gestación por sustitución (hecho que los padres negaban).

Ambos asuntos llegaron a la *Cour de cassation* y ésta resolvió que, el hecho de recurrir a una gestación por sustitución en el extranjero, no es motivo suficiente para impedir la inscripción del acta de nacimiento extranjero. El rechazo de dicha inscripción, sólo puede estar basado en la irregularidad del acta, en su falsificación o en la constatación de que los hechos que en ella constan no se corresponden con la realidad. Y, en estos supuestos, según lo establecido por el Pleno de la *Cour de cassation*, « ...ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre (...) ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ». Por lo tanto, estas sentencias reconocen y aceptan la inscripción del acta de nacimiento extranjera en el Registro Civil francés y, en consecuencia, aceptan la determinación de la filiación de esto/as niños/as nacidos en el extranjero, con respecto a su padre biológico (francés). De esta manera, el Pleno de la *Cour de cassation* esquivó la prohibición establecida por el ordenamiento francés en relación con la gestación por sustitución.

La importancia de estas dos sentencias radica -por un lado- en que, hasta dicho momento, la *Cour de cassation* había considerado que la existencia de un proceso fraudulento de gestación por sustitución en el extranjero, era motivo suficiente para denegar la inscripción del certificado de nacimiento⁷⁸⁰, por lo que estas sentencias varían su línea jurisprudencial; y – por otro- en que ambas están dictadas tras las sentencias *Menesson* y *Labassée c. Francia* del TEDH (asuntos también resueltos por dicha *Cour de cassation* en las sentencias de 6 de abril de

⁷⁸⁰ Esa línea jurisprudencial fue seguida por la Sala 1ª de la *Cour de cassation*, en las tres sentencias dictadas el 6 de abril de 2011, (nº 09-66.486; nº 10-19.053 y nº 09-17.130); en las dos dictadas el 13 de septiembre de 2013 (nº 12-18.315 y nº 12- 30.138), así como en la sentencia dictada el 19 de marzo de 2014 (nº 13-50.005). *Vid.* C. Siffrein-Blanc, “La gestation pour autrui heurte les principes essentiels du droit français », *Dalloz actualité*, 14 avril 2011 ; y el de B. Haftel, « Gestation pour autrui : éclairage de droit international privé », *AJ Famille*, 2011, p. 265; y el de H. Fulchiron y C. Bidaud-Garon, « L'enfant de la fraude... ». Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 905.

2011), fallos que parecen haber influido en las nuevas sentencias del Alto Tribunal francés.

Cierto es que los hechos no son idénticos a los de estas dos últimas sentencias, dado que en los asuntos fallados por la *Cour de cassation* constan como madres de los menores, las madres que han dado a luz, no las madres de intención, como en el resto de asuntos. El detalle del parto, constituye una gran diferencia, porque constituye un elemento fundamental (junto con el del reconocimiento) en la determinación de la filiación; asimismo, la legislación francesa (art. 47 Código civil) establece que el acta del estado civil extranjero “da fe”, salvo que se demuestre que es irregular, falsificado o que los hechos declarados no se corresponden con la realidad. En el caso de las gestaciones realizadas en Rusia, en las actas de nacimiento sí constaban como madres las mujeres que dieron a luz a los niños, por lo que el Alto Tribunal consideró que los hechos declarados no eran falsos. Este extremo, no tenía lugar en los asuntos *Menesson y Labassée*, en los que constaban como madres, las madres de intención (que tampoco eran las madres biológicas).

Mucho nos tememos que las críticas no van a cesar, porque el TEDH tiene ante sí otro asunto de gestación por sustitución a resolver y el Estado demandado vuelve a ser Francia. Se trata del asunto *Karine Laborie y otros c. Francia*⁷⁸¹. En esta ocasión, un nacional francés (el Sr. Laborie) se instaló en agosto de 2010 en Ucrania, con la supuesta intención de crear en dicho Estado una empresa. Dos meses más tarde, se unió su mujer y, en noviembre del mismo año, nacieron dos niños. El certificado de nacimiento expedido en Ucrania, determinó que los progenitores de los menores eran el Sr y la Sra. Laborie. Cuando los nacionales franceses acudieron a la embajada de Francia en Ucrania, a fin de inscribir dichos certificados de nacimiento, la inscripción les fue denegada, porque existían serios indicios de que dichos nacimientos eran fruto de un contrato de gestación por

⁷⁸¹La demanda fue presentada ante el Tribunal el 2 de julio de 2013 y fue comunicada a las partes, para las correspondientes alegaciones, el día 16 de enero de 2015.

sustitución⁷⁸², prohibido por el art. 16.7 del Código civil francés. Los demandantes acudieron a la vía judicial, a fin de poder realizar la inscripción pero, los tribunales franceses se la volvieron a denegar en primera instancia y en apelación. Sin embargo, no recurrieron en casación la sentencia denegatoria de la *Cour d'appel de Rennes* porque, teniendo en cuenta la línea jurisprudencial establecida por la *Cour de cassation* en sus tres sentencias del día 6 de abril de 2011, estimaron que no prosperaría dicho recurso. Sólo queda esperar que el TEDH se vuelva a pronunciar sobre este asunto, para comprobar si mantiene la línea jurisprudencial de los asuntos *Menesson* y *Labassée* o, si por el contrario, nos sorprende con un cambio de criterio.

⁷⁸² Los demandantes no hablaban ucraniano, residían hasta ese momento en Dubai y manifestaron su intención de volver a dicho país. Asimismo, la pareja no tenía hijos/as y habían iniciado los trámites para una adopción. Por último, la ciudad ucraniana en la que habían nacido los hijos, tenía una maternidad especializada en reproducción asistida.

5.3. Las desigualdades jurídicas, en materia sucesoria, entre hijos/as por razón del nacimiento, vulneradoras de derechos fundamentales

Otro de los ámbitos de Derecho privado en los que la aportación jurisprudencial del TEDH ha sido fundamental, es el ámbito sucesorio. En este caso, destacaríamos las siguientes sentencias: asunto *Marckx c. Bélgica*⁷⁸³, asunto *Inze c. Austria*,⁷⁸⁴ asunto *Vermeire c. Bélgica*⁷⁸⁵, asunto *Mazurek c. Francia*, asunto *Camp y Bourimi c. Países Bajos*⁷⁸⁶ y asunto *Pla y Puncernau c. Andorra*⁷⁸⁷ o la más reciente, la dictada por la Gran Sala en el asunto *Fabris c. Francia*⁷⁸⁸. Cada una de ellas es importante por la doctrina jurisprudencial que contiene -y que iremos detallando más adelante-, pero todas ellas tienen un denominador común, que es la diferencia de trato en derechos patrimoniales y sucesorios de los hijos naturales o nacidos fuera del matrimonio (también llamados “ilegítimos” en muchos ordenamientos), con respecto a los hijos nacidos dentro de dicha institución.

En algunos ordenamientos del ámbito del Consejo de Europa, siguen vigentes en la actualidad diferentes regímenes jurídicos para los/as hijos/as, en función de la filiación de los/as mismos/as aunque, gracias a la labor del TEDH y a la evolución de sus respectivas sociedades, cada vez son los menos⁷⁸⁹. Así se distinguen, por una parte, los hijos legítimos (los nacidos durante el matrimonio

⁷⁸³ Sentencia de 13 de junio de 1979.

⁷⁸⁴ Sentencia de 28 de octubre de 1987.

⁷⁸⁵ Sentencia de 29 de noviembre de 1991.

⁷⁸⁶ Sentencia de 3 de octubre de 2000.

⁷⁸⁷ Sentencia de 13 de julio de 2004.

⁷⁸⁸ Sentencia de 7 de febrero de 2013 (GS).

⁷⁸⁹ Tal y como constató el propio Tribunal en el apartado 52 del asunto *Mazurek*, «... *La Cour note, contrairement aux affirmations du Gouvernement, une nette tendance à la disparition des discriminations à l'égard des enfants adultérins* ». Asimismo, en el asunto *Fabris c. Francia*, la Gran Sala realizó un estudio comparado entre cuarenta países miembros del Consejo de Europa, en el que destacaba que en la mayoría de ellos, el estatus del niño en materia sucesoria es independiente de la situación matrimonial de sus progenitores. Aquéllos Estados que establecen diferencias entre los niños legítimos y los ilegítimos (Albania, Bosnia-Herzegovina, Montenegro, Italia, Letonia, Luxemburgo, Turquía, Ucrania, San Marino, Grecia, Mónaco, Serbia, etc.), les otorgan expresamente una igualdad sucesoria, salvo Andorra que todavía establece diferencias sucesorias entre ellos, según dicho estudio.

o legalizados posteriormente) y aquéllos nacidos fuera de la institución matrimonial (los llamados hijos naturales, adulterinos, ilegítimos, etc.). Pero también con respecto al establecimiento de la filiación materna o paterna tienen lugar dichas diferencias. Tal y como mencionamos en el Capítulo II, la relevante sentencia dictada en el asunto *Marckx c. Bélgica* estableció –por primera vez– que existía vida familiar en una familia mono parental - la constituida en aquel supuesto entre una madre soltera y una hija⁷⁹⁰ - y que la determinación de la filiación materna no necesita de reconocimientos ni trámites supletorios al propio nacimiento. Afirmó que los hijos/as naturales y los legítimos/as son iguales, independientemente de su filiación (apartado 34⁷⁹¹) y que la discriminación (existente en el ordenamiento belga) entre ellos con respecto al modo de establecimiento de la filiación materna, carente de “justificación objetiva y razonable”, vulneraba el art. 8 CEDH, combinado con el art. 14. De esta manera, el Tribunal europeo afianzó el *adagio* latino “*mater semper certa est*”⁷⁹².

En relación a los derechos patrimoniales de los hijos, tanto en la sentencia *Marckx* como en la dictada en el asunto *Vermeire c. Bélgica*, el TEDH afirmó que “la ausencia total de vocación sucesoria, basada únicamente en el carácter “natural” del vínculo de parentesco, es discriminatoria”⁷⁹³ y que la igualdad de los derechos patrimoniales de los hijos legítimos y de los naturales se manifiesta en el reconocimiento de los derechos sucesorios de estos últimos, tanto en la sucesión de sus progenitores como en la de sus parientes cercanos, especialmente en la de los abuelos.

⁷⁹⁰ El Tribunal estableció que, « *L'article 8 vaut donc pour la «vie familiale» de la famille «naturelle» comme de la famille «légitime» (...) « Il n'est pas contesté que Paula Marckx a pris en charge sa fille Alexandra dès sa naissance et n'a cessé de s'en occuper, de sorte qu'il a existé et existe entre elles une vie familiale effective ».*

⁷⁹¹ « 34. *En agissant de manière à permettre le développement normal de la vie familiale d'une mère célibataire et de son enfant (...), l'État doit se garder de toute discrimination fondée sur la naissance : ainsi le veut l'article 14 combiné avec l'article 8 ».* En el mismo sentido se pronunció el Tribunal en el asunto *Inze c. Austria*.

⁷⁹² *Vid. J.-P. Marguénaud, « De la conformité du droit français aux exigences de l'arrêt Marckx », RTD Civ. 1997, p. 542.*

⁷⁹³ *Vid. Apartados 56 y 59 de la sentencia Marckx y apartado 25 de la sentencia Vermeire.*

Por otra parte, el asunto *Mazurek c. Francia*⁷⁹⁴, supuso un antes y un después en el sistema sucesorio francés, sobre todo en lo que a los hijos legítimos e ilegítimos se refiere⁷⁹⁵. La ley francesa de 3 de enero de 1972, había reducido a la mitad los derechos sucesorios de los/as hijo/as ilegítimos/as -regulados en el Código civil⁷⁹⁶-, cuando concurrieran en la sucesión junto con los/as hijos/as nacidos/as del matrimonio durante el cual se produjo el adulterio y cuando concurrieran junto con el cónyuge superviviente del cónyuge adúltero. La razón de dicha “discriminación” estaba en la protección de la familia tradicional⁷⁹⁷, es decir, de aquella formada por los cónyuges y los/as hijos/as nacidos dentro de dicho matrimonio, de la que derivan derechos y obligaciones (entre las que estaría el deber de fidelidad). Pero, tras el “tirón de orejas”⁷⁹⁸ y consiguiente condena por parte del Tribunal europeo a Francia, ésta modificó su Código Civil⁷⁹⁹, suprimiendo todas las disposiciones restrictivas de los derechos sucesorios del “hijo/a adulterino/a” contenidas en el mismo. El TEDH puso de manifiesto que, en el momento en que se dictó la sentencia, pocos Estados

⁷⁹⁴ La madre del Sr. Mazurek falleció en 1990, dejando dos hijos: uno natural posteriormente legitimado a través del matrimonio contraído por la madre y, otro, “ilegítimo”, el demandante. El Sr. Mazurek nació (y le atribuyeron el apellido de la madre), fruto de una relación extramatrimonial estando la madre aún legalmente casada, pero separada de hecho. La madre se divorció dos años después de nacer el Sr. Mazurek. El hermanastro del Sr. Mazurek demandó a éste por considerar que sólo le correspondía una cuarta parte de la sucesión, por su carácter de hijo ilegítimo o adulterino, solicitando asimismo, que devolviera el dinero que sustrajo de la cuenta de su madre –ilícitamente según el primero- cuando esta última estaba en coma.

⁷⁹⁵ La doctrina francesa ha sido muy prolífica en dicho asunto. Entre otros muchos, Vid. J.-P. Marguénaud, « L'égalité des droits patrimoniaux de la famille », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, AA.VV. (Dir. Sudre, F.), Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2002, p. 335; *id.*, « Inégalité successorale de l'enfant adultérin : le contribuable français perd 500 000F à la suite d'un pari européen inconsidérément engagé par la première chambre civile de la Cour de cassation (Cour EDH *Mazurek c/France*, 1^{er} févr. 2000) », *RTD Civ.* 2000, p. 429 ; A. Gouttenoire, F. Sudre, « Condamnation de la discrimination fondée sur l'article 760 du Code civil entre un enfant légitimé et un enfant adultérin », *La Semaine Juridique Édition Générale (JCP G)*, II 10286, pp. 643-648; I. Gallmeister, « Inégalité successorale de l'enfant adultérin : condamnation de la France », *Dalloz actualité*, 15 février 2013 ; J. Thierry, « Droits successoraux des enfants adultérins », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 332 ; J. Patarin, « Droits successoraux de l'enfant naturel conçu au cours d'un mariage dont sont issus des enfants légitimes », *RTD Civ.* 2000, p. 601 ; J.Hauser, « Dissolution par décès et évolution des modèles familiaux. Cour EDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c/ France* », *RTD Civ.* 2000, p. 311.

⁷⁹⁶ Concretamente, en el art. 760 de dicho texto.

⁷⁹⁷ Vid. R. Le Guidec, « Successions et libéralités », *JCP G (La Semaine Juridique)*, 2000 I, p. 278.

⁷⁹⁸ Puso de relieve que Francia no había ratificado el Convenio europeo de 1975 sobre el Estatuto Jurídico de los Niños nacidos fuera del matrimonio, aunque sí lo firmó el 2/09/1977. Debemos mencionar que España no lo ha firmado y tampoco lo ha ratificado.

⁷⁹⁹ A través de la Ley nº 2001-1135, de 3 de diciembre de 2001. A partir de dicha Ley, desaparecen las restricciones establecidas a los derechos sucesorios de los hijos “adulterinos” y consolida la igualdad sucesoria entre todos los hijos/as, independientemente de su origen matrimonial o extramatrimonial.

miembros del Consejo de Europa mantenían legislaciones discriminatorias con respecto a los/as hijos/as por el mero hecho de su nacimiento dentro o fuera del matrimonio (apartado 49). Y que “sólo unas razones muy fuertes” podían llevar a considerar compatible con el CEDH tal distinción⁸⁰⁰. De la misma manera, fue muy explícito al afirmar que la única cuestión sobre la que tenía que pronunciarse, era la relativa a la sucesión de dos hijos -uno de ellos natural y el otro adulterino- con respecto a la madre. En cualquier caso, el TEDH no encontró ningún motivo que pudiera justificar una discriminación basada en el nacimiento fuera del matrimonio (apartado 54) y consideró que al hijo adulterino no se le podían reprochar hechos que no le eran imputables.

La demanda interpuesta por el Sr. *Mazurek* ante el TEDH tuvo su origen en la sentencia de 25 de junio de 1996, dictada por la *Cour de cassation* francesa. El Alto Tribunal, desestimando las pretensiones del demandante, afirmó que “la vocación sucesoria es ajena al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del CEDH”⁸⁰¹, haciendo caso omiso de lo ya establecido por el propio TEDH en los asuntos *Marckx, Vermeire o Inze c. Austria* (anteriores a la sentencia francesa), en los que expresamente decía que el ámbito las sucesiones y el de las liberalidades “está íntimamente unido a la vida familiar”⁸⁰². Sin embargo, el asunto *Mazurek* no fue analizado por parte del TEDH desde la posible vulneración o no del art. 8 CEDH, sino desde el ámbito del art. 1 del Protocolo nº 1, combinado con el art. 14, porque entendió que el artículo 1 “garantiza el derecho de propiedad” (apartado 41) y que el demandante ya había adquirido, en el momento de los hechos, derechos sucesorios con ocasión del fallecimiento de su madre y que el patrimonio era la propiedad conjunta del demandante y de su hermanastro. Este aspecto es relevante, porque el análisis se realizó desde el punto de vista del tratamiento igualitario o no de dos personas

⁸⁰⁰ En el mismo sentido se pronunció unos meses más tarde, en el asunto *Camp y Bourimi c. Países Bajos*, apartado 38. Vid. F. Sudre, «Droit à la non-discrimination (art. 14). Chronique», *JCP G (La Semaine Juridique)*, 2005 I, 103, pp. 82-85.

⁸⁰¹ Vid. P. Malaurie, « Succession-Partage. Jurisprudence », *JCP G (La Semaine Juridique)*, 1997 II, 22834, pp. 207-209 ; J. Hauser, « La vocation successorale est étrangère au droit au respect de la vie privée et familiale », *RTD Civ.* 1996, p. 873.

⁸⁰² Apartado 52 de la sentencia *Marckx c. Bélgica*, « ...*Le domaine des successions – et des libéralités-entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale*».

que se encontraban en una situación análoga, con respecto al “derecho de propiedad”; y, en caso de que dicho trato no hubiese sido igualitario, si el mismo era o no proporcionado y adecuado con respecto al fin perseguido. Aunque, ciertamente, ya lo había hecho en otras ocasiones, como en el asunto *Inze c. Austria*⁸⁰³, en el asunto *Merger y Cros c. Francia* (apartado 32)⁸⁰⁴ el Tribunal continuó con esta tendencia, pero con una diferencia en lo que a la capacidad de las demandantes se refería, para recibir a título gratuito –*inter vivos o mortis causae*– de su progenitor⁸⁰⁵. Este aspecto sí fue incluido en el ámbito de aplicación del art. 8, en combinación con el art. 14 CEDH⁸⁰⁶, y el Estado francés fue nuevamente condenado, porque la discriminación efectuada a las demandantes por el nacimiento de la primera fuera del matrimonio, no estaba justificada (apartado 49). Las condenas contra el Estado francés no cesaron, a pesar de la modificación legislativa realizada por dicho Estado tras la sentencia *Mazurek*⁸⁰⁷ y, en 2013, fue nuevamente condenado por el Tribunal de Estrasburgo en el asunto *Fabris c. Francia*.

El Sr. *Fabris* era el hijo « adulterino » de una madre casada con otro hombre en el momento de su nacimiento (y que fue únicamente reconocido por su padre biológico). La madre falleció en 1994, pero en 1970, ésta junto a su

⁸⁰³ Vid. Apartado 57 de la sentencia *Fabris c. Francia*: “57. Selon une jurisprudence constante depuis l’arrêt *Marckx*, précité, la distinction établie en matière successorale entre enfants « naturels » et enfants « légitimes » pose problème sous l’angle de l’article 8 de la Convention pris isolément (*Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, série A no 112) ainsi que sous celui de l’article 14 de la Convention combiné avec les articles 8 (*Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, série A no 214-C ; *Brauer c. Allemagne*, no [3545/04](#), 28 mai 2009) et 1 du Protocole n° 1 (*Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, série A no 126 ; *Mazurek*, précité, et *Merger et Cros*, précité). La Cour a étendu cette jurisprudence aux libéralités en confirmant la prohibition de la discrimination dans le domaine testamentaire (*Pla et Puncernau c. Andorre*, no [69498/01](#), CEDH 2004-VIII)... ».

⁸⁰⁴ Sentencia de 22 de diciembre de 2004. En este caso también estableció que como en el momento de los hechos la demandante había adquirido derechos hereditarios sobre la sucesión, la demanda debía ser analizada desde el punto de vista del art. 1 del Protocolo n° 1 y no desde el art. 8 CEDH (apartado 32). Vid. J.-P. Marguénaud, « Les prolongements sonnants et trébuchants de l’arrêt *Mazurek* », *RTD Civ.* 2005, p. 335.

⁸⁰⁵ El padre de la primera demandante y pareja de hecho de la segunda, estaba casado y era padre de otros cuatro hijos. Antes de morir, realizó diversas liberalidades a favor de su hija “natural” y de la madre de ésta que, una vez fallecido el padre, fueron anuladas retroactivamente por los tribunales franceses.

⁸⁰⁶ En un intento de corrección del error cometido por el propio Tribunal en el asunto *Mazurek*, según el Prof. Marguénaud, en “*Les prolongements...*”, *loc. cit.*

⁸⁰⁷ Y, por la que el Tribunal manifiesta su satisfacción en la sentencia *Fabris c. Francia*, « La Cour constate en effet que l’Etat français a accepté de modifier sa législation à la suite de l’arrêt *Mazurek*, précité, et a réformé le droit des successions en abrogeant l’ensemble des dispositions discriminatoires à l’égard de l’enfant « adultérin » moins de deux ans après son prononcé. Elle se félicite d’ailleurs de cette mise en conformité du droit français avec le principe conventionnel de non-discrimination ».

todavía marido, donaron sus bienes a los dos hijos nacidos de su matrimonio (durante el cual se produjo el adulterio). En 1983 se estableció la filiación del Sr. *Fabris* con respecto a su madre y éste impugnó la donación efectuada por su madre a los que en el momento de los hechos no eran sus hermanastros. Al fallecer la madre, el notario encargado de la sucesión, comunicó al Sr. *Fabris* que sus derechos sucesorios eran la mitad de la parte que le que hubiese correspondido si hubiese sido un hijo “legítimo”, por el hecho de no serlo. En esta ocasión, la Gran Sala revocó la sentencia dictada por la Sala (en julio de 2011), porque consideró que “no existía una proporción entre los medios empleados y el fin perseguido y que la diferencia de trato sufrida por el demandante carecía de justificación objetiva y razonable alguna” (apartado 73)⁸⁰⁸. El Tribunal volvió a insistir en « ...*l’incompatibilité avec la Convention des limitations aux droits successoraux des enfants fondées sur la naissance. Elle n’a eu de cesse de réaffirmer ce principe fondamental, érigeant l’interdiction de discrimination fondée sur le caractère « naturel » du lien de parenté en norme de protection de l’ordre public européen* » (apartado 57).

Entre las sentencias anteriormente citadas, no podemos obviar la novedosa sentencia dictada en el asunto *Pla y Puncernau c. Andorra*. La relevancia fundamental de la misma radica en diversos aspectos. Por una parte, en que el TEDH analizó, no ya si las disposiciones legales aplicables a una sucesión vulneraban o no los derechos fundamentales regulados en el CEDH, como ha hecho en anteriores ocasiones (por ejemplo, en el asunto *Marckx c. Bélgica* o en el propio *Mazurek c. Francia*), sino si lo estipulado en el ámbito de las relaciones privadas entre particulares (concretamente, lo dispuesto en una sucesión testamentaria), vulneraba o no los derechos regulados en el art. 8, combinado con

⁸⁰⁸Vid. C.Vernières, « Droits successoraux des enfants adultérins : pas de remise en cause des dispositions transitoires de la loi du 3 décembre de 2001 », *AJ Famille*, 2011, p. 556 ; J.-P. Marguénaud « La Cour européenne des droits de l’homme empêtrée dans les difficultés transitoires d’application de l’arrêt *Mazurek* ou l’art européen de se tirer une balle dans le pied », *RTD Civ.* 2001, p. 732 ; *id.*, « *Mazurek* revigoré ou l’obligation pour le juge national d’assurer le plein effet des normes de la Convention telles qu’interprétées par la Cour de Strasbourg », *RTD Civ.* 2013, p. 333.

el art. 14 CEDH⁸⁰⁹. Por primera vez, el Tribunal ha posibilitado que las relaciones de Derecho estrictamente privado accedan a su jurisdicción⁸¹⁰. Aunque el Tribunal manifiesta que, en principio, los conflictos derivados de las relaciones privadas no le competen⁸¹¹, en virtud del control europeo que sí le corresponde, no puede menos que valorar –según él– la interpretación realizada por los tribunales internos de un acto jurídico⁸¹². Sin embargo, los actos jurídicos que menciona, abarcan un ámbito muy amplio. Así, menciona “las disposiciones testamentarias, los contratos privados, los documentos públicos, las disposiciones legales o incluso las prácticas administrativas”. Cuando cualquiera de estos actos jurídicos pudiera estar en contradicción con la prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CEDH, el TEDH entrará a valorarlos. De esta manera, se produce -en primer lugar- un “efecto horizontal” del art. 14, porque el principio de no-discriminación se aplica, asimismo, a las relaciones entre particulares⁸¹³; en segundo lugar, se produce una reducción del margen de apreciación reconocido en numerosas ocasiones a los tribunales internos por parte del Tribunal; y, en tercer lugar, tenemos que destacar que el contenido de este

⁸⁰⁹ Apartado 44, “*La présente espèce se différencie essentiellement des affaires précitées en ce que la Cour n’est pas saisie d’un éventuel problème d’incompatibilité entre la Convention et la législation andorrane applicable en matière de droit successoral des enfants adoptés ; sur ce point, elle remarque d’ailleurs que les parties s’accordent à estimer que tant la Constitution andorrane de 1993 que la loi qualifiée sur l’adoption du 21 mars 1996 sont conformes au principe d’interdiction de la discrimination fondée sur la naissance découlant de l’article 14 de la Convention. En l’occurrence, la question litigieuse concerne l’interprétation faite par le Tribunal supérieur de justice d’Andorre, confirmée par le Tribunal constitutionnel, d’une clause testamentaire rédigée en 1939 et exécutée en 1995 : il s’agit d’examiner si une telle interprétation contrevient à l’article 14 de la Convention combiné avec l’article 8*”.

⁸¹⁰ Vid. J. Medina Ortiz, “Nuevo criterio en la interpretación de disposiciones testamentarias, introducido por el TEDH”, *La Notaría*, nº 10/2004, pp. 63-90.

⁸¹¹ Apartado 59, « *Certes, la Cour n’est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l’exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l’interprétation faite par une juridiction nationale d’un acte juridique, qu’il s’agisse d’une clause testamentaire, d’un contrat privé, d’un document public, d’une disposition légale ou encore d’une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme en l’espèce, en flagrante contradiction avec l’interdiction de discrimination établie à l’article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention* ».

⁸¹² « 45. *Il est entendu que l’on ne saurait reprocher aux autorités andorranes une quelconque ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, pas plus qu’un manquement à d’éventuelles obligations positives de la part de l’Etat andorran afin de rendre effectif le respect de la vie familiale. Les requérants se limitent à contester une décision judiciaire ayant déclaré un acte privé de transmission d’héritage contraire à la volonté de la testatrice. Ne demeure donc que la question de la prétendue incompatibilité avec la Convention de l’interprétation du droit interne faite par les juridictions andorranes* ».

⁸¹³ Hasta este momento, dicho principio de no discriminación tenía su origen en la aplicación de disposiciones legales, no de una cláusula testamentaria. Vid. Sudre, F., “Droit à la non-discrimination. Chronique”, *La Semaine Juridique, (JCP G)* 2005, I 103, nº 3, pp. 82-84.

apartado puede ser, en opinión de algunos autores⁸¹⁴, una auténtica revolución jurídica de consecuencias incalculables, porque supone un control desmesurado por parte del Tribunal europeo de diversos aspectos relacionados con los contratos privados.

Por otra parte, la interpretación realizada por el Tribunal europeo de la voluntad de la persona testadora (en los supuestos en los que la misma requiera de interpretación), y los criterios en base a los cuales realizó dicha interpretación, son muy relevantes. El TEDH consideró que, a pesar de los cincuenta y siete años transcurridos desde que el testamento fue otorgado hasta que el mismo desplegó sus efectos⁸¹⁵, la voluntad de la persona testadora debía ser tomada en cuenta, así como el efecto buscado por ella, pero no a la luz de las condiciones sociales y jurídicas existentes a fecha de su otorgamiento o del fallecimiento, sino a la luz de los principios establecidos por la CEDH y por la jurisprudencia del Tribunal (apartado 62). Los jueces europeos estimaron que la sociedad andorrana, sus costumbres, su ordenamiento, etc., habían cambiado sustancialmente y que dicho testamento debía ser interpretado siguiendo el criterio de interpretación evolutivo del CEDH, es decir, en base al contexto vigente en el momento de su análisis.

El análisis realizado de la jurisprudencia del Tribunal europeo, en relación a la diferencia de trato entre hijos legítimos e ilegítimos en materia sucesoria, nos permite concluir que dicha jurisprudencia ha evolucionado hacia la afirmación del principio de no-discriminación de los hijos por razón de su nacimiento y que dicha defensa reside, según algunos autores⁸¹⁶, en el interés superior del menor. Este interés tiende a ser un factor natural e ineludible de igualdad entre los progenitores y entre la familia, porque el hecho de que se supriman las

⁸¹⁴ Vid. J.-P. Marguénaud, « Avis de tempête européenne sur l'interprétation des testaments et des contrats privés », *RTD Civ.* 2004, p. 804.

⁸¹⁵ El testamento fue otorgado en 1939 y en 1996 los tribunales andorranos lo anularon.

⁸¹⁶ Vid. H.Tigroudja, "La discrimination entre enfants", *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, AA.VV., (Dir. Krenc, F., Puéchavy, M.), Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2008, p. 128.

diferencias discriminatorias entre los hijos tiene efectos sobre la familia en general.

5.4. La hipotética ejecución de una resolución de retorno, vulneradora del derecho fundamental al respeto de la vida familiar y del interés superior del menor

La sustracción internacional de menores ha sido una de los ámbitos en los que mayor influencia ha tenido la jurisprudencia europea, tanto la del TJUE como la del TEDH. La jurisprudencia del TJUE dictada en esta materia⁸¹⁷ se refiere, fundamentalmente, a cuestiones relativas a la aplicación e interpretación del Reglamento (CE) nº 2201/20003, de 27 de noviembre de 2003 y de los artículos “comunitarizados” del Convenio de La Haya de 1980. La importancia de dicha jurisprudencia es incuestionable, así como la primacía de las cuestiones procesales sobre las de justicia material. En el caso de la jurisprudencia dictada por el TEDH, los aspectos procesales son, asimismo, relevantes (tal y como hemos puesto de manifiesto a lo largo de este Capítulo), pero no priman sobre una posible vulneración de derechos fundamentales.

La sentencia dictada por la Gran Sala en el asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, marcó “un antes y un después” en la interpretación que hace el TEDH de la relación entre el Convenio de La Haya de 1980 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Se trata de una de las sentencias más relevantes y más criticadas (a partes iguales) del TEDH, en materia de sustracción

⁸¹⁷ Vid. Los siguientes asuntos: Asunto C-497/10 PPU, *Bárbara Mercredi c. Ricard Chaffe*, sentencia de 22 de diciembre de 2010; Asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga c. Simone Pelz*, sentencia de 22 de diciembre de 2010; Asunto C-400/10 PPU *J. McB. c. L.E.*, sentencia de 5 de octubre de 2010; Asunto C-256/09, *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez (I)*, sentencia de 15 de julio de 2010; Asunto C-296/10 *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez (II)*, sentencia de 9 de noviembre de 2010; Asunto C-211/10 PPU, *Doris Povse c. Mauro Alpago*, sentencia de 1 de julio de 2010; Asunto C-403/09 PPU, *Jasna Deticek, y Maurizio Sgueglia*, sentencia de 23 de diciembre de 2009; Asunto C-195/08 PPU *Inga Rinau*, sentencia de 11 de julio de 2008; y Asunto C-523/07 A., sentencia de 2 de abril de 2009.

internacional de menores, tal y como han puesto de manifiesto diversos autores⁸¹⁸. Muchos de ellos, han considerado que el TEDH⁸¹⁹ -a través de esta sentencia- está premiando y fomentando las sustracciones internacionales, que está “echando por tierra” treinta años de práctica del CH 1980, poniendo en peligro y debilitando el propio sistema de este Convenio⁸²⁰, que constituye una sentencia desafortunada en la jurisprudencia relativa al CH1980, etc. Incluso algún autor ha sugerido “veladamente” cierto anti-semitismo o “pura coincidencia” en que en los dos asuntos resueltos por el Tribunal en que los menores tenían que retornar a Israel (*Neulinger y Raban c. Rumanía*), gracias al TEDH no lo hicieron⁸²¹.

Las razones de tanta crítica las encontramos en que, efectivamente, en esta ocasión el Tribunal varió sustancialmente su propia jurisprudencia en materia de sustracción internacional de menores. Reconociendo que se trataba de un menor ilícitamente sustraído⁸²², en lugar de considerar que la orden de retorno dictada en base al CH 1980 debía ejecutarse sin mayor dilación (aceptando y ratificando de esa manera el sistema del CH 1980⁸²³), realizó un análisis completo de la

818 Vid. Entre otros, C. González Beilfuss, “Comentario a la Sentencia del TEDH (Gran Sala), Asunto Neulinger y Shuruk contra Suiza, de 6 de julio de 2010”, *REDI*, vol. LXII (2010), 2, 2010-19-Pr., pp. 232-235; L. Walker, “The impact of the Hague Abduction Convention on the rights of the family in the case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: the danger of “Neulinger”, *Journal of Private International Law*, 2010, Vol. 6, n° 3, pp. 649- 683; L. Silberman, M. Lipton, “A Brief Comment on Neulinger and Shuruk v. Switzerland (2010), *European Court of Human Rights*”, *Case Comments and Perspectives, The Judges’ Newsletter*, vol. XVIII, pp. 18-19, www.hcch.net.; K. Trimmings, *Child Abduction Within the European Union*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2013, pp. 71, 148, 181 y 243; J.D. Morley, “The Hague Abduction Convention and Human Rights: a critique of the Neulinger Case”, *IAML Journal*, Vol. 4, summer 2011.

⁸¹⁹ Especialmente críticos con la misma han sido Jeremy Morley, Lara Walker, Paul Beaumont, Linda Silberman y Jennifer Paton, a través de los artículos anteriormente citados.

⁸²⁰ Vid. A. Boiché, “La Cour strasbourgeoise a-t-elle décidé d’annihiler la convention de La Haye ? », *AJ Famille*, 2012, p. 97.

⁸²¹ Vid. J.D. Morley, “The Hague Convention...” p. 15, “*Certainly the case was replete with references, sometimes derogatory, to rabbinical courts, ultra-orthodox Jewish fanatics and religious indoctrination which were apparently in sharp opposition to the European democratic values that should be protected by the European Convention. Perhaps it is purely coincidental that Neulinger and Raban were both cases in which the ECHR relied on extraordinarily dubious grounds to refuse to have children returned to Israel, but certainly the Court’s reasoning in both of those cases does nothing to negate such thoughts*”.

⁸²² El TEDH así lo reconoce en el apartado 105 de la sentencia “...la Cour estime, avec la Chambre, que la requérante a déplacé son enfant d’Israël vers la Suisse de manière “illicite” au sens de l’article 3 de la Convention de La Haye...”.

⁸²³ Tal y como lo ha venido haciendo en numerosas sentencias, entre ellas, en el asunto *Carlson c. Suiza*, sentencia de 6 de noviembre de 2008, apartado 69, ix), « *Dans ce contexte, la Cour a noté que l’adéquation d’une mesure se juge à la rapidité de sa mise en oeuvre. Les procédures relatives au retour*

situación en la que quedaría el menor, tanto en caso de que retornara a Israel (solo o en compañía de su madre), como en caso de que no retornara. El hecho de que el Tribunal “aconsejara” a las autoridades realizar un análisis de las circunstancias de cada caso⁸²⁴ y de que él mismo lo hiciera, desvirtuaría- en opinión de algunos autores- el fin último del CH 1980, que es el retorno inmediato de los menores ilícitamente sustraídos.

Uno de los aspectos más relevantes de esta sentencia radica en que -por primera vez-, el TEDH consideró como vulneración de un derecho fundamental la hipotética ejecución de una decisión judicial definitiva, dictada al amparo del CH 1980⁸²⁵ y no el contenido de la propia decisión judicial en sí⁸²⁶. Hasta entonces, el Tribunal verificaba, en calidad de garante del control europeo, si las decisiones dictadas por las autoridades nacionales, dentro de su margen de apreciación nacional, vulneraban o no algún precepto del CEDH o de alguno de sus Protocolos. Pero, en esta ocasión, lo que se juzgó no fue la decisión de retorno en sí, sino la “hipotética” ejecución de la misma que -finalmente- no se llegó a ejecutar. La razón pudo estar, como decíamos anteriormente, en que una vez dictada la orden de retorno y previa su ejecución, la demandante interpuso la demanda ante el TEDH, solicitando la suspensión de la ejecución. Dicha suspensión cautelar fue acordada por la Sala encargada de conocer en primera instancia del asunto. El presidente de la misma, al amparo de lo establecido en el art. 39 del Reglamento del Tribunal⁸²⁷, indicó al Gobierno suizo como medida

d'un enfant enlevé, y compris l'exécution des décisions rendues à leur issue, exigent un traitement urgent, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables pour les relations entre les enfants et celui des parents qui ne vit pas avec eux ».

⁸²⁴ Apartado 139 de la sentencia.

⁸²⁵ La decisión judicial era una orden de retorno al lugar de residencia habitual del menor, ilícitamente sustraído por la madre, dictada por el Tribunal federal suizo al amparo del CH 1980.

⁸²⁶ Tal y como puso de manifiesto en su Voto particular (Opinión disidente) el juez *Zupancic*, apartado 4. *Vid.* Asimismo, M. Herranz Ballesteros, “Los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 44, octubre-diciembre 2012, p. 46.

⁸²⁷ « *Mesures provisoires. 1. La chambre ou, le cas échéant, le président de la section ou un juge de permanence désigné conformément au paragraphe 4 du présent article peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure* ».

cautelar, “que, en interés de las partes y del buen desarrollo del proceso ante el Tribunal, era deseable no proceder al retorno de *Noam Shuruk*”⁸²⁸.

Por lo tanto, la principal cuestión resuelta por la Gran Sala fue si la ejecución de la orden de retorno de Noam a su lugar de residencia habitual (Israel), dictada al amparo del Convenio de La Haya de 1980, vulneraba o no el derecho al respeto de la vida familiar tanto de *Noam* como de su madre⁸²⁹. Para

⁸²⁸ Apartado 5 de la sentencia.

⁸²⁹ El relato de los hechos que dieron lugar a la interposición de la demanda por parte de *Mme Isabelle Neulinger* y de su hijo, *Noam Shuruk* (“los demandantes”) contra la Confederación Suiza, es el siguiente:

La demandante, de confesión judía y doble nacionalidad suiza y belga, contrajo matrimonio en octubre de 2001 con un ciudadano israelí y judío, en Israel. Tuvieron un hijo, el 10 de junio de 2003, en *Tel Aviv*. El niño tiene doble nacionalidad suiza e israelí y reside en Lausanne, junto a su madre. Según los demandantes, en 2003 el padre se adhirió al movimiento judío “*Loubavitch*”, denominado por ellos como un movimiento ultra ortodoxo, radical y que practica un proselitismo intenso. A raíz de este hecho, surgieron problemas en la pareja y la esposa, ante el temor de que su marido se llevara al niño a una comunidad “*Loubavitch Habad*” al extranjero, solicitó al tribunal de familia de *Tel Aviv* que dictara una resolución de prohibición de salida del territorio israelí relativa a Noam. Así, el 20 de junio de 2004, el citado tribunal dictó la correspondiente resolución en la que acordaba la prohibición de que el niño abandonara territorio israelí hasta que éste cumpliera su mayoría de edad, es decir, hasta el 10 de junio de 2021, salvo que dicha resolución fuera anulada previamente por el tribunal. El mismo tribunal dictó, con fecha de 27 de junio de 2004, una resolución provisional en la que atribuía la custodia provisional del niño a la madre y pidió a los servicios sociales que elaboraran un informe urgente. La patria potestad del menor se atribuyó conjuntamente a ambos progenitores. En Derecho israelí, la patria potestad incluye el derecho a decidir el lugar de residencia del menor. El 17 de noviembre de 2004 el tribunal, siguiendo las recomendaciones de la asistente social, confirmó la atribución de la custodia del menor a la madre y para el padre estableció un régimen de visitas. El 10 de enero de 2005, los servicios sociales tuvieron que intervenir y ordenaron a los padres que vivieran por separado, en interés del menor. El mismo día, la demandante interpuso una denuncia contra su marido, por agresión. Dos días más tarde, el tribunal de familia de *Tel Aviv* dictó una resolución en la que prohibía al padre que entrara al colegio del niño o al apartamento de la demandante, que amenazara o molestara a la demandante y que llevara un arma. Asimismo, el tribunal le restringió el derecho de visita. El 10 de febrero de 2005, se dictó sentencia de divorcio de los progenitores, sin que se modificara la atribución de la patria potestad del menor. No obstante, como el padre no se avino al pago de los alimentos, el tribunal dictó un orden de detención contra éste. La madre solicitó autorización para salir del país, pero le fue denegada - el 27 de marzo de 2005-, por el mismo tribunal de familia de *Tel Aviv*. El 24 de junio de 2005, la demandante abandonó con su hijo, clandestinamente, Israel y se instalaron en Suiza.

El 27 de junio de 2005, el padre de Noam acudió a la autoridad central israelí, solicitando la localización y el retorno del menor, al amparo del Convenio de La Haya de 1980. El menor no fue localizado hasta el 21 de mayo de 2006. La Interpol israelí le comunicó que su hijo estaba en Suiza. El ministerio de justicia israelí dirigió una demanda a la Oficina Federal Suiza de justicia, a fin de que el menor retornara a Israel, en aplicación del Convenio de La Haya de 1980. Con fecha de 30 de mayo de 2006, el tribunal de familia israelí, a demanda del padre, dictó una decisión en la que constataba que la residencia habitual del menor antes de su traslado a Suiza era *Tel Aviv* y que a la fecha del mismo, los progenitores ostentaban la patria potestad conjunta. La madre ostentaba la custodia provisional del niño y el padre el derecho de visita. El tribunal consideró que el traslado del menor fuera del territorio israelí, sin el consentimiento del padre, constituía un acto ilícito en el sentido del art. 3 del Convenio de La Haya de 1980. El 8 de junio del mismo año el padre interpuso una demanda de retorno del menor ante los tribunales de Lausanne y asimismo solicitó la retención de los pasaportes de los demandantes. El juez de paz acordó la admisión de la demanda de extrema urgencia del padre y requirió a la demandante la entrega de los pasaportes. Tras una audiencia de la demandante y del representante del padre, el juez de paz desestimó- el 29 de agosto de 2006- la demanda del padre. Entendió que el traslado era efectivamente ilícito en base al art. 3 del Convenio de La Haya de 1980, pero que se trataba de un supuesto en el que era

ello, el Tribunal analizó - en primer lugar- si el art. 8 era aplicable al asunto, siendo la respuesta afirmativa. La Gran Sala ratificó las conclusiones a las que había llegado la Sala de la Sección 1ª, en el sentido de considerar que la posibilidad de que los demandantes siguieran viviendo juntos era un elemento fundamental del derecho a la vida familiar, por lo que el art. 8 era aplicable al asunto⁸³⁰. En segundo lugar, y siguiendo la sentencia de la Sala, ratificó que la orden de retorno del menor dictada por el Tribunal federal constituía una injerencia en el derecho a la vida familiar de los demandantes⁸³¹. Por lo tanto, la injerencia por parte de las autoridades suizas en el derecho fundamental de los demandantes, estaba reconocida. Quedaba saber -siguiendo el *iter* habitual en estos casos-, si dicha injerencia realizada por una autoridad pública de un Estado parte, estaba amparada por las tres excepciones previstas en el párrafo 2 del art. 8, que consisten en que la injerencia “esté prevista por la ley”, que “persiga un fin legítimo” y que “sea una medida necesaria en una sociedad democrática”. Las tres excepciones deben ser cumplidas cumulativamente para que el Tribunal considere que no ha habido vulneración del derecho regulado en el primer párrafo del artículo.

aplicable el art. 13. 1 b), dado que existía un riesgo grave de que el retorno del menor lo expusiera a un peligro físico o psíquico o le pusiera en una situación intolerable. El padre recurre en apelación ante la sala de tutelas del tribunal cantonal de *Vaud* y este tribunal ordenó una pericial de un pediatra y psiquiatra infantil. El informe de este especialista concluyó que el retorno del menor a Israel con su madre lo expondría a un peligro psíquico cuya intensidad no se podía calcular sin conocer las condiciones de dicho retorno, sobre todo las relativas a la madre y las repercusiones que dichas condiciones tendrían sobre el menor; y que el retorno del niño sin su madre lo expondría a un peligro psíquico mayor. El tribunal de apelación rechazó el recurso del padre. Éste interpuso otro recurso ante el Tribunal federal solicitando la anulación del tribunal de apelación y el retorno del menor a Israel. Este tribunal – en agosto de 2007- aceptó el recurso, anuló la sentencia recurrida y ordenó el retorno del menor.

En septiembre de 2007, la madre interpuso la demanda ante el TEDH, que fue atribuida a la Sección 1ª. El presidente de la Sala que conocía de la misma, adoptó como medida cautelar el no retorno del menor hasta que el asunto se resolviera. Esa misma Sala dictó sentencia el 8 de enero de 2009 (cuatro votos contra tres), estimando que Suiza no había vulnerado el art. 8 del CEDH. En marzo del mismo año, los demandantes solicitaron la remisión del asunto a la Gran Sala. En junio de 2009, los demandantes presentaron un certificado médico en el que constaba que el retorno del menor sin su madre a Israel constituiría un traumatismo importante para el niño. Y el tribunal de distrito de Lausanne dictó otra resolución de medidas provisionales en las que fijó el domicilio de Noam en casa de su madre, en Lausanne. Suspendió el derecho de visita del padre y atribuyó la patria potestad a la madre, a fin de que pudiera renovar los documentos de identidad del menor. Ninguna de las partes recurrió dicha resolución.

⁸³⁰ *Vid.* Apartado 79 de la sentencia de 8 de enero de 2009, “*Pour en venir aux circonstances de l’espèce, la Cour constate d’emblée que, pour les requérants, la possibilité de continuer à vivre ensemble est un élément fondamental qui relève à l’évidence de leur vie familiale au sens de l’article 8 de la Convention, lequel est donc applicable*”.

⁸³¹ Apartado 81 de la sentencia de la Sala y apartado 90 de la sentencia de la Gran Sala.

Con respecto a si la injerencia “estaba prevista por la ley”, es decir, si tenía una base legal, la Gran Sala estimó que la resolución del Tribunal federal suizo estaba basada- fundamentalmente- en el Convenio de La Haya de 1980, que forma parte del ordenamiento suizo. Asimismo consideró que, correspondiendo a las autoridades internas la interpretación y aplicación de la legislación interna y de los convenios internacionales, es labor del Tribunal la verificación de su aplicabilidad y la compatibilidad de la interpretación efectuada por dichas autoridades con el CEDH. En el supuesto concreto, tanto las jurisdicciones internas como la Sala consideraron que el traslado del menor efectuado por la madre era ilícito, según lo establecido en el CH 1980 (art. 3), por dos razones; por una parte, porque aunque la madre ostentara un derecho de guarda provisional, el padre tenía la patria potestad (*guardianship*) conjunta con la madre que, en derecho israelí suponía, entre otras cuestiones, el derecho a decidir el lugar de residencia del menor. Y, por otra, porque el traslado del niño convertía, en la práctica, el derecho de visita del padre en algo ilusorio.

La Gran Sala ratificó ambos extremos y consideró que la orden de retorno litigiosa dictada al amparo del artículo 12 CH 1980, tenía base legal suficiente. La excepción relativa a que la injerencia “persiga un fin legítimo”, significa que siempre y cuando ese fin sea uno de los previstos en el párrafo 2 del art. 8, sería “lícita”. En el asunto que nos ocupa, el fin legítimo, tal y como lo reconocieron la Sala y la Gran Sala, era “proteger los derechos y libertades de Noam y de su padre”.

Como último paso en la valoración de la vulneración o no de un derecho fundamental del CEDH cometida por las autoridades suizas, el Tribunal analizó si la medida litigiosa adoptada por las citadas autoridades era “necesaria en una sociedad democrática”. El concepto de “necesaria”, implica una injerencia basada en una necesidad social imperiosa y proporcional al fin perseguido. Para apreciar la “necesidad” de la medida enjuiciada “en una sociedad democrática”, el Tribunal debía examinar, a la luz del asunto en su totalidad si, dentro de los límites del margen de apreciación del que gozan los Estados en la materia, se

mantuvo el justo equilibrio que debe existir entre los intereses en juego: el interés del niño, el de los progenitores y el del orden público. Para ello, el Tribunal comprobó si los motivos alegados por el Estado demandado eran pertinentes y suficientes/proporcionales, para conseguir uno de los fines legítimos regulados en el segundo párrafo del artículo 8. Las primeras autoridades en valorar la “necesidad” o no de la medida, suelen ser las autoridades nacionales y éstas, como hemos citado anteriormente, disponen de un cierto margen de apreciación para dicha valoración. Lo que debe primar en la valoración es la ponderación entre los intereses en juego, entre la finalidad perseguida y la intensidad del ataque que se realiza al derecho fundamental en cuestión, a través de la medida que se adopta.

Es en este aspecto donde surgió la discrepancia entre la decisión de la Sala y la de la Gran Sala. La primera, consideró que la injerencia que supondría el retorno de Noam, no sería desproporcionada al fin legítimo perseguido y que estaba basada en motivos suficientes y pertinentes⁸³². Con respecto a estos últimos, consideró que aunque el retorno de Noam y de su madre a Israel pudiera acarrear algunos inconvenientes, estos serían debidos en gran parte a la decisión unilateral adoptada en su día por la madre. Estimó que el niño todavía está en una edad en la que se puede adaptar fácilmente y que, el “interés superior” de cualquier menor es crecer en un entorno en el que pueda mantener relaciones con ambos progenitores. Con respecto a la madre, consideró que su retorno a Israel era posible, ante las garantías ofrecidas por las autoridades israelíes de que no adoptarían contra la misma sanciones penales. Asimismo, tuvo en cuenta las numerosas medidas adoptadas por dichas autoridades a favor de la madre y del hijo cuando residían en Israel. Finalmente, consideró que la madre podría tener influencia en la educación religiosa del hijo y que no había indicio alguno que indujera a pesar que los tribunales israelíes no pudieran impedir que el padre enviara al hijo a una escuela “ultra-ortodoxa”.

⁸³² Apartado 93 de la sentencia.

Por el contrario, la Gran Sala consideró (por dieciséis votos contra uno) con respecto a Noam, que su retorno a Israel no garantizaba su “interés superior” y que vulneraría su derecho al respeto de la vida familiar; y, con respecto a la madre, que su retorno obligado a Israel supondría una injerencia desproporcionada en su derecho al respeto de la vida familiar del art. 8 CEDH. Los argumentos utilizados por la Gran Sala para este “novedoso” fallo, se centraron en determinar si el retorno forzoso del menor a Israel junto con su madre (única posibilidad factible, pero en contra de la voluntad de la misma), constituiría o no una injerencia proporcionada en el derecho al respeto de la vida familiar de los demandantes. Aunque el Tribunal dijo que no debía sustituir a las autoridades nacionales en el análisis de saber si el retorno de Noam lo expondría a un grave riesgo de peligro psíquico⁸³³, finalmente, estudió todas las posibilidades existentes para el menor. Es decir, analizó en qué situación quedaría el niño si retornara con su madre (no se contemplaba la opción de retornar solo, por los diversos informes médicos existentes), y cuál sería la situación si no retornara, si siguiera residiendo en Suiza. Asimismo, analizó qué le ocurriría a la madre en caso de retorno (posibilidad de ingreso en prisión o de sufrir otras sanciones) y, en consecuencia, quién cuidaría del menor en ese supuesto. Podríamos decir que, en cierta manera, el Tribunal sí “sustituyó” a las autoridades nacionales, porque “hizo un examen exhaustivo del conjunto de la situación familiar y de otra serie de elementos de orden fáctico, afectivo, psicológico, material y médico”, tal y como les aconsejó hacer a dichas autoridades⁸³⁴. En opinión de algunos reconocidos autores⁸³⁵, el TEDH “debe dejar de actuar como una instancia de apelación final, sustituyendo las opiniones de los tribunales nacionales por las suyas propias...”.

⁸³³ Apartado 141 de la sentencia.

⁸³⁴ Vid. Apartado 139, « *Pour ce faire, el doit vérifier si les juridictions nationales se sont livrées à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments, d'ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical notamment, et si elles ont procédé à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun, avec le souci constant de déterminer quelle était la meilleure solution pour l'enfant enlevé dans le cadre d'une demande de retour dans son pays d'origine* ».

⁸³⁵ P. Beaumont, L. Walker, “Post Neulinger case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention”, *A commitment to private international law: Essays in honor of Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 17- 30.

Pero, siguiendo con el relato de la sentencia, tras dicho examen, la Gran Sala consideró –con dudas– que la medida adoptada por el Tribunal federal estaría “dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales en la materia”, pero afirmó que para saber si se había vulnerado o no el art. 8 debía tener asimismo en cuenta los hechos acaecidos tras la aprobación de la orden de retorno. Es decir, manifestó que para juzgar la proporcionalidad de la medida litigiosa, debía situarse en el momento de la ejecución de la medida, sobre todo porque había transcurrido un cierto tiempo desde que fuera dictada y eso afectaba a la situación del menor. En otros supuestos similares, el Tribunal no había seguido este criterio. Dicho análisis lo realizó estableciendo un paralelismo e invocando su propia jurisprudencia en materia de expulsión de extranjeros⁸³⁶, sobre todo la relativa a la expulsión de menores integrados en el país de acogida. En estos supuestos, el Tribunal puso de relieve la valoración del interés y el bienestar del menor, especialmente, en relación a las dificultades que dichos menores pueden encontrar en el país de destino, así como la solidez de los vínculos familiares, sociales y culturales que dicho menor pudiera tener tanto con el país de acogida como con el de destino. También en estos casos deben ser tenidas en cuenta la gravedad de las dificultades que uno de los miembros de la familia de la persona amenazada con la expulsión puede tener en el país hacia el que tiene que ser expulsada⁸³⁷.

En este caso en concreto, la Gran Sala resolvió que el perjuicio que el retorno forzoso de Noam producía en él era superior al beneficio que le reportaba y, basándose en que el “interés superior del menor” debía primar frente a otros intereses concurrentes, concluyó que la ejecución de dicho retorno vulneraría el artículo 8 del CEDH.

⁸³⁶ Por ejemplo, las sentencias *Maslov c. Austria*, (GS), de 23 de junio de 2008 y *Emre c. Suiza*, sentencia de 22 de mayo de 2008.

⁸³⁷ Vid. STEDH *Üner c. Países Bajos* (GS), de 18 de octubre de 2006.

Por otra parte, la postura de la Gran Sala ante la dilación en el tiempo del asunto (tanto ante los tribunales internos como ante el propio TEDH), ha sido muy criticada porque, en esta ocasión, ha mantenido un criterio contrario al manifestado en otros supuestos similares. Las autoridades suizas tardaron dos años en dictar la orden de retorno (lapso de tiempo que excede con creces los plazos establecidos en el CH 1980) y el Tribunal no hizo referencia “condenatoria” alguna a las autoridades internas por dicha dilación. Probablemente, porque el propio Tribunal tardó otros tres años en resolver definitivamente el asunto. La Gran Sala recondujo la cuestión hacia el apartado 2 del art.12 del CH 1980⁸³⁸, que permite la denegación del retorno del menor si se demuestra que éste está integrado en su nuevo país. En otras ocasiones⁸³⁹, el Tribunal ha considerado que dichas dilaciones contradecían uno de los objetivos del sistema establecido por el CH 1980, que radica en la celeridad en la adopción y en la ejecución de las resoluciones que ordenan el retorno y que incluso vulneraban derechos fundamentales. En esta ocasión, por el contrario, no resuelve nada en ese sentido.

Por último, la sentencia reafirmó la nueva normativa interna suiza en materia de sustracción internacional de menores, aprobada a través de la “Ley federal sobre sustracción internacional de menores y los Convenios de La Haya sobre la protección de adultos”, de 21 de diciembre de 2007. La razón de dicha mención está en que alguno de los requisitos para considerar que, en caso de retorno, el menor estaría en una situación intolerable y que dicho retorno no sería en su interés, se cumplían en el presente asunto⁸⁴⁰ y, si dicha legislación hubiese

⁸³⁸ Art. 12.2 CH 1980: “La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente”.

⁸³⁹ Por ejemplo, en el asunto *Sylvester c. Austria*, sentencia de 24 de abril de 2003 y *H.N. c. Polonia*, sentencia de 13 de septiembre de 2005.

⁸⁴⁰ El art. 5 de dicha Ley establece: « *Retour et intérêt de l'enfant. Du fait de son retour, l'enfant est placé dans une situation intolérable au sens de l'art. 13, al.1^{er}, let.b, CLaH 80 notamment lorsque les conditions suivantes sont remplies : a. le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant ; b. le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui ; c. le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant* ».

estado en vigor en el momento de los hechos⁸⁴¹ – probablemente- las autoridades suizas no hubiesen dictado la orden de retorno de Noam.

Otra de las importantes cuestiones y aportaciones de la sentencia, fue que recopiló - bajo el título de “Principios generales”- aquellos principios jurisprudenciales que -desde el año 2000- había ido estableciendo el propio Tribunal en esta materia.

Dichos principios son los siguientes:

- a) El Convenio (CEDH) no debe interpretarse aisladamente, sino en armonía con los principios generales del Derecho internacional. Conviene, en virtud del artículo 31.3 c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), tener en cuenta ”toda forma pertinente de Derecho Internacional aplicable a las relaciones entre las Partes Contratantes”, en especial, aquéllas relativas a la protección internacional de los derechos del hombre.
- b) En materia de sustracción internacional de menores, las obligaciones positivas que el art. 8 del Convenio hace recaer sobre los Estados contratantes, han de interpretarse a la luz del Convenio sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de los menores y de conformidad con las reglas y principios de derecho internacional aplicables a los Estados parte.
- c) El Tribunal considera que existe actualmente un amplio consenso – incluso en derecho internacional-, en torno a la idea de que en todas las decisiones relativas a los menores, su interés superior debe primar. Tal y como indica, por ejemplo, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, “todo niño tiene derecho a mantener regularmente relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores, salvo que esto sea contrario a su interés”.
- d) El interés del menor tiene un doble aspecto. Por una parte, prevé que se mantengan los vínculos entre él/ella y su familia, salvo en los supuestos en

⁸⁴¹ Entró en vigor el 1 de julio de 2009.

los que esta última sea especialmente indigna. En consecuencia, sólo unas circunstancias absolutamente excepcionales pueden dar lugar a una ruptura con el vínculo familiar y se tienen que poner todos los medios para mantener las relaciones personales y, llegado el caso, “reconstituir” la familia. Por otra parte, es cierto que garantizar a un niño un desarrollo en un entorno sano depende de este interés y que el art. 8 no autoriza a ningún progenitor a adoptar medidas perjudiciales para la salud y el desarrollo de su hijo/a.

- e) Del artículo 8 se desprende que el retorno del menor no se ordena de forma automática o mecánica, desde el momento en que es aplicable el Convenio de La Haya. Desde el punto de vista de su desarrollo personal, el interés superior del menor depende de diferentes circunstancias, especialmente de su edad y de su madurez, de la presencia o de la ausencia de sus padres, del entorno en el que vive y de su historia personal. Por eso se debe aplicar caso por caso. Esta labor corresponde, en primera instancia, a las autoridades nacionales que son las que tienen a menudo el beneficio de tener el contacto directo con las personas interesadas. Y para ello, gozan de un cierto margen de apreciación que está acompañado, sin embargo, por un control europeo, en virtud del cual el Tribunal examina las decisiones adoptadas por las citadas autoridades en el ejercicio de dicho poder.
- f) Además, el Tribunal debe asegurarse de que el proceso de decisión que ha llevado a las autoridades nacionales a adoptar la medida litigiosa, ha sido equitativa y que ha permitido a los interesados hacer valer totalmente sus derechos. Para ello, debe verificar si las jurisdicciones nacionales han realizado un profundo análisis de la situación familiar en su totalidad y de toda una serie de elementos, fácticos, afectivos, psicológicos, materiales y médicos; y si han realizado una apreciación equilibrada y razonable de los intereses de cada uno, con la preocupación constante de determinar cuál era la mejor solución para un/a menor sustraído/a, en el marco de una demanda de retorno a su país de origen.
- g) No es tarea del Tribunal sustituir a las autoridades internas competentes a la hora de reglamentar las cuestiones de guarda y custodia y el régimen de visitas, sino apreciar desde el punto de vista del Convenio las decisiones que

dictan estas autoridades en el ejercicio de su facultad de apreciación. Al hacerlo, ha de determinar si las razones que supuestamente justifican las medidas adoptadas efectivamente en lo que respecta al goce, por el demandante, de su derecho al respeto de su vida familiar, son pertinentes y suficientes respecto al artículo 8.

- h) La cuestión decisiva consiste -por tanto- en si las autoridades internas adoptaron todas las medidas que se podía razonablemente exigir de ellas para facilitar el ejercicio de los derechos de custodia, de patria potestad y de visita reconocidos a un progenitor en la legislación aplicable o que emanan de una decisión judicial. No obstante, puede que el encuentro entre el/la hijo/a y el/la progenitor/a con el que no ha residido durante un tiempo, no tenga lugar inmediatamente, que requiera de ciertas actuaciones conducentes a dicho encuentro que, a su vez, necesiten de cierto tiempo para ser realizadas.
- i) La obligación para las autoridades internas de adoptar medidas a este respecto no es absoluta. La naturaleza y el alcance de éstas dependen de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y cooperación del conjunto de personas afectadas constituyen siempre un factor importante. Aunque las autoridades deben esforzarse por facilitar dicha colaboración, la obligación para ellas de recurrir a la coerción en la materia no puede sino ser limitada: deben tener en cuenta los intereses, derechos y libertades de estas mismas personas y, concretamente, *el interés superior del menor y los derechos que le reconoce el artículo 8 del Convenio*. En la hipótesis de que el contacto con los padres corra el riesgo de amenazar estos intereses o vulnerar estos derechos, corresponde a las autoridades internas velar por el justo equilibrio entre ellos.
- j) La finalidad del Convenio consiste en proteger unos derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos (...). Dentro de esta lógica, recuerda que un respeto efectivo de la vida familiar exige que las relaciones futuras entre padres e hijos se determinen únicamente sobre la base de los elementos pertinentes y no por el mero transcurrir del tiempo. Debe atenderse también,

en el terreno del artículo 8, a la modalidad y la duración del proceso de decisión.

k) El TEDH ha hecho suya la filosofía del Convenio de La Haya de 1980, que consiste en restablecer la situación en la que se encontraba el/la menor antes de su sustracción ilícita. Para ello, habrá que determinar, en primer lugar, que la sustracción, el traslado o la retención, son ilícitos, de acuerdo con tres condiciones objetivas:

- i. Para el/la progenitor/a abandonado/a, la existencia de derechos de guarda y custodia inmediatamente antes del traslado.
- ii. El ejercicio efectivo por parte de dicha persona de estos derechos, antes del traslado.
- iii. La fijación de la residencia habitual del/ de la menor a la fecha del traslado.

l) Si se cumplen estas tres condiciones, el juez del Estado de recepción tiene que dictar una orden de retorno inmediato del/de la menor a su lugar/país de residencia habitual. Si alguna de ellas no se cumpliera, si el/la progenitor/a abandonado/a hubiere consentido antes o después al traslado o si se dan algunas de las circunstancias siguientes, el juez no estaría obligado a dictar dicha orden de retorno. Las circunstancias o excepciones para dictar dicho retorno, están recogidas en los arts. 13 y 20 del Convenio de La Haya. Dichas excepciones consisten en:

- iv. un “grave riesgo” de que dicho retorno lo exponga a un daño físico o psíquico o,
- v. que de cualquier otra manera, lo ponga en una situación intolerable,
- vi. que el menor, con una edad y grado suficiente de madurez, se oponga a dicho traslado, si hubiese transcurrido un año desde que se traslada al menor y se interpone la demanda y se demostrare que el menor se ha integrado en su nuevo medio cuando el retorno del menor no fuera permitido por los principios

fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

- Hacia una interpretación jurisprudencial más centrada en el interés superior del menor y menos “encorsetada” en el CH 1980.

La línea jurisprudencial anterior a la presente sentencia, representada por el asunto *Maumousseau y Washington c. Francia*⁸⁴², hacía una férrea defensa del sistema del CH 1980⁸⁴³, ordenando la inmediata restitución de menores – incluso aunque tuviera que intervenir la policía-, censurando las acciones dilatorias del/de la progenitor/a sustractor/a y defendiendo que, entre los elementos constitutivos del “interés superior del menor”, está el no ser alejado de uno de sus progenitores y no ser retenido por el otro que, con razón o sin ella, considera que ostenta un derecho igual o superior sobre su persona⁸⁴⁴. Bien es cierto que aquellos que defienden una aplicación mecánica y literal del CH 1980, encuentran en el asunto *Maumousseau y Washington* su mejor exponente, pero ¿dicha aplicación “violenta” del CH 1980 protege realmente el “interés superior del menor”⁸⁴⁵, uno de los principios que inspiran dicha norma?

Con el asunto *Neulinger y Shuruk*, esta tendencia jurisprudencial se alejó del “corsé” del CH 1980 y se dio, afortunadamente, una mayor relevancia a la

⁸⁴² Sentencia de 6 de diciembre de 2007.

⁸⁴³ Apartado 69 de la sentencia, « *La Cour souscrit entièrement à la philosophie sous-jacente de cette Convention* ».

⁸⁴⁴ Apartado 68 de la sentencia.

⁸⁴⁵ No olvidemos que la niña no había residido con su padre y fue “arrancada” de las manos de su madre con la ayuda de la policía, embarcada en un avión y trasladada de Francia a Nueva York, para cumplir con la literalidad del Convenio de La Haya de 1980.

vulneración de los derechos fundamentales del menor. Esta tendencia continuó con las sentencias *Raban c Rumanía*, sentencia de 26 de octubre de 2010, *Sneersone y Kampanella c. Italia*, sentencia de 12 de julio de 2011⁸⁴⁶ y *X. c. Letonia*, sentencia de 13 de diciembre de 2011 y la sentencia de 26 de noviembre de 2013 de la Gran Sala, con la excepción de la decisión *M.R. y M.L. c. Estonia*, de 15 de mayo de 2012, que, siguió la línea jurisprudencial de *Maumousseau y Washington c. Francia*. Las otras cuatro sentencias tienen, asimismo, en común que las personas que trasladaron ilícitamente a los menores eran las principales cuidadoras, las que ostentaban la responsabilidad principal de los mismos, sus madres. Esta circunstancia reafirma lo que constatamos al inicio de este Capítulo, a propósito de las *relocation disputes*.

Cuando el asunto *X. c. Letonia*, de 2011 fue remitido por la Sección 3ª a la Gran Sala, la doctrina esperó con gran interés la sentencia que dicha Sala iba a dictar pero, cuando en noviembre de 2013 se hizo pública la citada resolución, las críticas sobre el TEDH volvieron a arreciar. Según la doctrina más crítica, el Tribunal volvía a “malinterpretar” los asuntos relativos a la sustracción internacional de menores⁸⁴⁷. Al insistir en el análisis detallado de la situación familiar, el Tribunal dilató en el tiempo la resolución del asunto, dificultando el retorno inmediato del menor y, de esta manera, no tuvo en cuenta el objetivo final del CH 1980, que es el retorno inmediato de los menores sustraídos. Según dichos autores, la razón de dicho retorno inmediato radica en el principio de que el tribunal correspondiente a la residencia habitual del menor es el mejor situado para decidir qué situación relativa a la custodia es la más beneficiosa para el menor, teniendo en cuenta su interés superior y qué posible ubicación respetaría, asimismo, dicho interés.

⁸⁴⁶ En este asunto, al igual que en el asunto *Povse c. Austria*, también es de aplicación, junto con el CH 1980, el Reglamento Bruselas II bis, en base al cual fueron expedidos sendos certificados “del artículo 42” que convertían en ejecutorias -en toda la Unión Europea- las resoluciones relativas al retorno de los menores afectados.

⁸⁴⁷ *Vid.* Entre otros, A. Boiché, “Enlèvement international d’enfants: la Cour européenne des droits de l’homme revient sur sa jurisprudence *Neulinger* », *AJ Famille*, 2014, p. 58 ; C.G. Jeppesen de Boer, M. Jonker, “X. v. Latvia Child Abduction Grand Chamber Judgment”, 17/12/2013, *echrblog.blogspot.com.es*, Post de Antoine Buyse; P. Beaumont, L. Walker, “Post *Neulinger*...”, *loc. cit.*, pp. 20-21.

Por su parte, el TEDH intentó “explicar” o aclarar a qué se refería cuando hacía referencia al “profundo examen de la situación familiar en su totalidad”⁸⁴⁸. Sin embargo, el Tribunal, reprochó a las autoridades letonas el hecho de que no hubiesen tenido suficientemente en cuenta el “interés superior del menor” (de tres años y medio) a la hora de dictar la orden de retorno a Australia del niño, dado que no tuvieron en consideración las graves consecuencias psicológicas que pudiera provocarle la separación de su madre.

Pero más allá de las críticas, en este último asunto, la Gran Sala se pronunció sobre un aspecto muy relevante en esta materia y es el de la compatibilidad de la aplicación del Convenio de La Haya y el CEDH⁸⁴⁹. Los jueces europeos pusieron de manifiesto que la aplicación de ambos textos internacionales se hacía de una manera “combinada y armoniosa, teniendo en cuenta el objeto y el impacto de los mismos en la protección de los derechos del niño y de los progenitores” (apartado 93), siempre y cuando se cumplieran dos condiciones. En primer lugar, que cuando una de las partes invocara la aplicación de los artículos 12, 13 y 20 del CH 1980 porque considerara que existía causa suficiente para estimar las excepciones al retorno, dicha alegación y dichos motivos fueran realmente tomados en cuenta por el juez requerido. Este último, debería dictar una resolución lo suficientemente motivada, para que el TEDH pueda estar seguro de que dichas cuestiones han sido objeto de un análisis efectivo. Y, la segunda condición, que todas estas cuestiones deberían ser apreciadas a la luz del artículo 8 del CEDH.

El Tribunal subrayó, además, que el hecho de que a la hora de resolver este tipo de asuntos tenga en cuenta lo establecido en las normas internacionales,

⁸⁴⁸ Apartado 104 de la sentencia: “*Sur ce point, la Cour observe que l’arrêt rendu para la Grande chambre dans l’affaire Neulinger et Shuruk, (...) pouvait et a effectivement été lu comme suggérant que les juridictions nationales devaient se livrer à un examen approfondi de l’ensemble de la situation familiale et de toute une série d’éléments. Une telle formule avait déjà été utilisée par une chambre dans l’affaire Maumousseau et Washington, un tel examen approfondi ayant, en fait, été effectué par les juridictions internes* ». Vid. P. Jiménez Blanco, “Nota común a la Decisión del TEDH de 18 de junio de 2013, asunto *Povse y Povse c. Austria* y a la STEDH (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013, asunto *X. c. Lituania*”, *REDI*, vol. LXVI (2014), 1, pp. 241-245.

⁸⁴⁹ Vid. E. Rodríguez Pineau, “El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 (Nota a *X. c. Letonia*)”, *Revista General de Derecho Europeo*, 33 (2014).

no debía suponer una confrontación u oposición entre los distintos convenios, siempre que el TEDH pudiera cumplir con su misión de “garantizar el respeto de los compromisos adquiridos por las Altas Partes Contratantes del Convenio”. La reciente sentencia dictada en el asunto *G.S.c.Georgia*, de 21 de julio de 2015, ratifica esta línea jurisprudencial e incide en la necesidad de que las autoridades internas, a la hora de resolver acerca de las excepciones al retorno de los menores, dicten resoluciones lo suficientemente argumentadas, a fin de que no vulneren la obligación procesal que el artículo 8 del CEDH impone a dichas autoridades.

Asimismo, el fallo emitido por el Tribunal en el asunto *Phostira Efthymiou y Ribeiro Fernandes c. Portugal*⁸⁵⁰, continúa la línea jurisprudencial de *Neulinger y Shuruk*. Los hechos son similares, dado que en esta ocasión también se trataba de la hipotética ejecución de una resolución judicial que ordenaba la restitución inmediata de una menor ilícitamente sustraída. El TEDH volvió a fallar que dicha ejecución vulneraría el derecho al respeto de la vida familiar, tanto de la menor como de su madre, teniendo en cuenta que la excesiva duración del procedimiento (seis meses y veinte días) podía haber provocado cambios en la situación de la niña. El Tribunal estimó que la dilación en el tiempo de la adopción de la resolución de retorno era lo suficientemente relevante, como para estimar que el “interés superior de la menor” debía ser apreciado a la luz de la excepción prevista en el art. 12 del CH 1980, relativa al transcurso del tiempo. De la misma manera, consideró que el “no retorno” de la menor a su lugar de residencia habitual puede, en ocasiones, estar justificado por razones objetivas que corresponden a su “interés superior”. Ciertamente, el artículo 11 del CH 1980 establece el carácter urgente del procedimiento relativo a la restitución, así como el plazo de seis semanas desde el inicio de dicho procedimiento para adoptar una decisión, pero también es cierto que en otros asuntos relativos a sustracciones internacionales de menores resueltos por el

⁸⁵⁰ Sentencia de 5 de febrero de 2015.

mismo Tribunal⁸⁵¹, las autoridades nacionales competentes han superado con creces dichos plazos y las dilaciones no han sido consideradas como vulneradoras del derecho a la vida familiar de los/as demandantes.

El TEDH también ha seguido una línea jurisprudencial en la que concilia la aplicación del CEDH con la del Derecho de la Unión Europea y que tiene su reflejo en el asunto *Povse y Povse c. Austria*, decisión de 18 de junio de 2013. En el caso del TEDH, a pesar de que este último no analizó el fondo del asunto porque lo inadmitió, la decisión de inadmisión nos permitió recordar la postura de los jueces europeos en relación a varias cuestiones: en primer lugar, en relación al nivel o al grado de protección de los derechos humanos, otorgado tanto por parte del CEDH como por parte del Derecho comunitario. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo reafirmó lo ya establecido en los asuntos *Bosphorus* y *Michaud*, en los cuales se puso de manifiesto que la protección de los derechos humanos otorgada por la Unión Europea es, en principio, equivalente a la que otorga el CEDH, tanto desde el punto de vista sustantivo como desde el punto de vista del control de dicha protección. Por otra parte, el TEDH reiteró que el *test Bosphorus* parte de la premisa de que los Estados que son miembros de una organización internacional a la que transfieren parte de su soberanía nacional, son responsables de los actos realizados por sus órganos, con independencia de que los mismos sean consecuencia de la necesidad de respetar sus compromisos internacionales o sean consecuencia de su Derecho interno.

En esta ocasión, el TEDH se limita a recoger la interpretación que tiene el Tribunal de Luxemburgo sobre el Reglamento nº 2201/2003 (Bruselas II *bis*), en virtud de la cual las autoridades nacionales del Estado de ejecución competentes en materia de sustracción internacional de menores, carecen de margen de apreciación en la fase de ejecución de una orden de retorno dictada al amparo del artículo 42 de dicho Reglamento (apartados 80 y 81).

⁸⁵¹ Los anteriormente citados *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, *Maumousseau* y *Washington c. Francia*, entre otros.

La práctica jurisprudencial llevada a cabo en esta materia durante los últimos años por el TEDH, ha sido duramente criticada por algunos autores británicos⁸⁵², porque consideran que el Tribunal ha respaldado con sus fallos, los procedimientos iniciados en los Estados de acogida por parte de los sustractores relativos al fondo del asunto, es decir, a la guarda y custodia de los menores ilícitamente sustraídos. En nuestra humilde opinión, lo que el Tribunal está realizando es una aplicación “más humana” y más “personalizada” del sistema instaurado por el CH 1980, sin olvidar las obligaciones que dicho texto normativo conlleva para los Estados miembros, pero centrando su atención en las principales víctimas de estas desafortunadas situaciones, que son los menores y en su situación concreta. Realmente, sólo una aplicación estricta del procedimiento establecido por el CH 1980 garantiza su éxito pero, ¿dicha aplicación garantiza, efectivamente, la protección del “interés superior del menor”⁸⁵³ que se ve envuelto en una sustracción internacional cometida por uno de sus progenitores?

⁸⁵² Sobre todo, por *Laura Walker y Paul Beaumont*, en su artículo, “Shifting the balance achieved by the Abduction Convention: the contrasting approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice”, *Journal of Private International Law*, vol. 7, nº 2, 2011, pp. 231-249.

⁸⁵³ Tal y como defiende la prof. E. Pérez Vera en el Informe explicativo del Convenio de 1980.

CONCLUSIONES

1. Sobre la evolución de los textos normativos internacionales relativos a la protección de menores

1.- Los textos normativos relativos a la protección de menores han ido evolucionado de manera progresiva, otorgando cada vez una mayor protección a los/as niños/as. El gran paso, en este sentido, se dio con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN), porque supuso un cambio en el estatus del menor. Éste, de ser un objeto de derechos, pasó a ser titular de los derechos que se le reconocían. A partir de entonces, los menores son beneficiarios de todos los derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño. Asimismo, la ratificación cuasi universal del texto, conllevó la modificación de numerosas legislaciones nacionales y de convenios internacionales cuyas soluciones no estaban en armonía con los nuevos principios.

Por otro lado, uno de los grandes cambios, fue el cambio de paradigma. La CDN se fundamenta en la doctrina de la protección integral, que reconoce a los niños como sujetos de derechos. Son seres humanos, individuos, miembros de una familia y de una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a cada etapa de su desarrollo. Los niños/as no son propiedad de sus padres. Tienen capacidad para involucrarse en los asuntos que les conciernen, de acuerdo con su nivel de desarrollo y de asumir responsabilidades. La CDN compromete a los países firmantes a iniciar, a adoptar y a continuar de manera sostenida y progresiva, un conjunto de medidas de distinta índole.

Destacan con especial atención las medidas de carácter legislativo, transformando leyes internas en cuerpos que respondan a los principios y normas de derechos humanos y consagren mecanismos idóneos para hacer efectivos todos y cada uno de esos derechos. En la última década del s. XX, se elaboraron numerosos instrumentos jurídicos que realizaron aportaciones a la protección de los derechos de los menores; en todos ellos, la influencia de la CDN es inequívoca e indiscutible. En este sentido, el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, es el ámbito en el que mayor número de convenios se han elaborado en materia de protección de la persona y de la familia.

2.- La familia tiene un papel preponderante en la garantía del cuidado, en el bienestar y en la protección de los menores, por ser el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en las primeras etapas de su vida. Sólo cuando, en interés del menor en cuestión, la familia no pueda cumplir con esta garantía y sea especialmente indigna, deberá ser apartado de la misma. Los Estados, por su parte, están obligados a promover un apoyo adecuado a las familias para que éstas puedan cumplir con sus obligaciones parentales compartidas, en el cuidado y la crianza de los/as hijos/as y, de ese modo, garantizar la protección de los niños y sus derechos. Los Estados deben fortalecer el entorno familiar para garantizar la efectiva protección de los menores. Y, en los supuestos en los que dicho entorno no pueda hacerlo, el Estado deberá adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el bienestar de los menores.

2. Sobre los mecanismos de protección de los menores en el ámbito del TEDH

1.- El CEDH es un instrumento de orden público europeo en materia de protección de derechos humanos. El sistema instaurado por este Convenio internacional prevé un derecho de acción de los individuos en el ámbito internacional, al posibilitar que las personas individuales presenten demandas por vulneración de derechos humanos contra el/los Estados contratantes bajo cuya jurisdicción se hallen. El Convenio no contiene artículos específicos relativos a derechos de los menores, por lo que se consideran incluidos en el concepto de personas. Los menores pueden tener el estatus de víctimas y, por consiguiente, pueden interponer demandas ante el TEDH (a pesar de que esto no sea muy frecuente), a través del correspondiente representante legal. Los ámbitos de protección establecidos por el CEDH pueden ser varios (ámbito familiar, penal, educativo, religioso, etc.).

2.- El art. 8 CEDH es la disposición que regula el ámbito de protección privado y familiar de los menores. Se trata de un derecho humano de los llamados “de primera generación” o *qualified rights*, es decir, derechos limitados. Dicho artículo garantiza el derecho al respeto de unos bienes jurídicos protegidos, no los derechos en sí. La vida familiar es uno de los bienes jurídicos protegidos por el art. 8 CEDH y forma parte, junto con el domicilio y la correspondencia, del bien que los engloba, que es el derecho al respeto de la vida privada. Vida privada y vida familiar, en el ámbito del TEDH, son conceptos autónomos, pero sin una definición clara. A medida que el Tribunal ha ido dictando jurisprudencia relativa a esta materia, ha ido ampliado el ámbito material del artículo 8, por la evolución social y cultural de los Estados miembros del Consejo de Europa.

3.- En relación al concepto de vida familiar, la finalidad del artículo 8 no es proteger la institución de la familia como tal, sino el derecho individual de cada persona al respeto de su vida familiar. El art. 8 CEDH garantizaría el derecho que cada persona tiene a vivir con su familia, sin que los poderes o autoridades públicos se inmiscuyan en ella . La invocación del mismo sólo podría hacerse cuando ya existiera una relación entre las personas que la conforman o que la pudieren conformar. El derecho al respeto de una “vida familiar” presupone la existencia de una familia y, desde el momento en que se reconoce la existencia de la misma por parte del Tribunal, sería aplicable el art. 8 CEDH.

Los elementos constitutivos de la vida familiar, serían dos: el vínculo de parentesco y la efectividad del vínculo personal, aunque no tienen por qué ser cumulativos para que se reconozca el derecho. La familia, puede depender de una relación potencial que puede desarrollarse, por ejemplo, a partir de un vínculo biológico, de una adopción o de un matrimonio. Tampoco se limita dicho concepto de vida familiar únicamente a la constituida por el vínculo matrimonial, sino que se incluyen aquellas familias que, formadas fuera del matrimonio conviven *de facto*, de forma análoga a la matrimonial. Siendo esto así, lo que dicho artículo no garantiza es el derecho a formar una familia ni el derecho a adoptar. El concepto de vida privada incluye elementos como la identificación del género, el conocimiento de los orígenes biológicos, la búsqueda de la identidad personal, los procesos relativos al establecimiento o la determinación de la paternidad, así como a su impugnación, el nombre y los apellidos de la persona, el derecho a la imagen, el honor o la salud mental, entre otros ámbitos de protección.

4.- Del derecho al respeto de la vida privada y de la vida familiar, se derivan unos derechos y unas obligaciones en relación a los Estados miembros del CEDH y con respecto de las personas privadas. Los Estados tienen, a su vez, unas obligaciones positivas y otras, negativas. Las positivas consisten en adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el reconocimiento del vínculo constitutivo de la familiar y el mantenimiento del mismo; y, las obligaciones negativas consisten en que las autoridades de dichos Estados se abstengan de realizar injerencia alguna en dicho derecho. Con respecto a las personas privadas, desde el momento en que se reconoce la existencia de la vida familiar, se generan diversos derechos.

5.- El sistema del Convenio es subsidiario con respecto a la garantía o a la protección de los derechos humanos a nivel nacional. Las autoridades nacionales están, en principio, mejor situadas que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y las condiciones existentes a nivel nacional. En el ámbito del TEDH, este principio significa que sólo en los supuestos en los que los propios Estados contratantes no garanticen el efectivo ejercicio de dichos derechos, será el propio Tribunal el que garantice su aplicación. Los Estados contratantes, al aplicar el Convenio, disponen del llamado “margen de apreciación nacional”.

Se trata de un instrumento jurisprudencial, en virtud del cual el TEDH otorga a los Estados parte un amplio margen de apreciación o una cierta autonomía para determinar las medidas que deben tomar, a fin de garantizar el cumplimiento del Convenio. La extensión del margen de apreciación variará en función de la relevancia del derecho en cuestión para las personas, de la naturaleza de la actividad que se ha visto reducida por la medida establecida por el Estado y por el fin perseguido por dicha medida restrictiva.

El hecho de que existan determinadas y delicadas materias, en las que se planteen cuestiones morales o éticas en las que no exista una posición común en los Estados contratantes, permite al Tribunal justificar la falta de definición con respecto a determinados derechos y otorgar, en estos casos, un

mayor margen a los Estados contratantes. Sin embargo, cuanto se trate de aspectos especialmente relevantes o cruciales de la existencia o de la identidad de las personas, más reducido será, en principio, el margen de apreciación del Estado. Este margen no es ilimitado, sino que va parejo de un control europeo realizado por el propio Tribunal.

La labor de los jueces europeos en este aspecto, consiste en examinar con detenimiento los argumentos invocados por las autoridades nacionales para adoptar las resoluciones cuestionadas, y en verificar si el Estado miembro ha mantenido un justo equilibrio entre los diferentes intereses concurrentes. Debe comprobar que dicho Estado no se ha excedido de dicho margen, vulnerando derechos fundamentales, sin justificación ni proporcionalidad suficiente entre los intereses concurrentes. Cada vez que esté en cuestión la situación de un/a menor, el TEDH debe tener en cuenta, a estos efectos, el principio esencial en virtud del cual el interés superior del menor debe primar.

3. Sobre la dimensión procesal civil internacional

1.- La progresiva internacionalización de las relaciones jurídicas privadas, ha aumentado los supuestos de DIPr. En el ámbito del Derecho de familia internacional, se han creado nuevas situaciones no contempladas hasta la fecha por los diferentes ordenamientos jurídicos (adopciones internacionales realizadas por parejas homosexuales, gestaciones por sustitución, *kafalas*, etc.), a las que hay que dar una respuesta jurídica adecuada. En la medida en la que las personas privadas tienen una mayor movilidad, tanto a nivel europeo como a nivel internacional, se ha producido una mayor circulación de derechos, de libertades públicas y de estatus familiares. Pero también han aumentado, proporcionalmente, las dificultades prácticas a las que dichas personas tienen que hacer frente porque los Estados les deniegan el reconocimiento de la situación

jurídica constituida en el extranjero. El pleno ejercicio de la libertad de circulación - en el caso de los ciudadanos europeos-, tiene como consecuencia el que también circulen (dicho sea en sentido figurado) derechos, libertades públicas y estatus personales (familiares). Por dicha razón, el hecho de que haya Estados que denieguen el reconocimiento genera una gran inseguridad jurídica.

2.- La idea de la libre circulación de los estatus familiares en el espacio europeo constituye una auténtica revolución con respecto a los principios tradicionales del DIPr. Uno de los principales problemas en el ámbito del Derecho de familia, es que no hay un consenso estatal común o unas instituciones comunes en las diversas y delicadas materias que forman parte del mismo. El reconocimiento automático y sin procedimiento alguno de las relaciones jurídicas creadas en el extranjero o de las resoluciones extranjeras, es algo que la mayoría de Estados no han aceptado hasta la fecha pero que, a nivel europeo (gracias a los Reglamentos aprobados durante los últimos quince años), está cambiando. Hay que delimitar las condiciones mínimas y los límites que deben ser cumplidos para dicho reconocimiento, pero sin que ello suponga una vulneración de derechos fundamentales ni una restricción de libertades. El TEDH ha considerado que la falta de reconocimiento en un Estado miembro del CEDH de los vínculos familiares, de la vida familiar creada entre personas y la falta de un análisis detallado de la situación familiar concreta de las personas afectadas (sobre todo, de los menores) a la hora de fallar una resolución, vulnera el derecho fundamental al respeto de la vida familiar. La denegación del *exequátur* de una resolución extranjera que constituye válidamente una situación jurídica, un estatus familiar y que entra dentro del ámbito material del artículo 8 CEDH, ha sido considerada por los jueces europeos vulneradora de derechos fundamentales.

3.- En relación a la excepción de orden público internacional, el TEDH ha puesto de manifiesto que no cuestiona la excepción en sí, pero sí el hecho de que se utilice como una “carta en blanco” que justifique la adopción de cualquier medida. A la hora de aplicar dicha excepción, los jueces internos deben haber tenido en cuenta la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los intereses

concurrentes (el interés común, que consiste en que los miembros que forman parte de la sociedad acepten aquello que fue democráticamente elegido) y el interés particular (disfrutar plenamente de su derecho al respeto de la vida privada y de la vida familiar). En los supuestos en los que concurra el interés superior de los menores junto a otros, el primero debe prevalecer sobre el resto, incluso sobre el orden público internacional. Cuando lo que está en juego sea uno o varios derechos de los regulados en el CEDH o en cualquiera de sus Protocolos, la utilización de la cláusula de orden público internacional no es ilimitada, sino que está sometida al control europeo realizado por el TEDH.

4.- En materia de ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, una de las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial relativa al artículo 6.1 CEDH es, que este artículo garantiza a todas las personas el derecho de acceso a la justicia, a un tribunal, cuyo corolario es el derecho a la ejecución de las decisiones judiciales definitivas. Por lo tanto, dicho apartado se aplica a todas las fases de los procesos judiciales, sin que se puedan exceptuar las fases posteriores a las decisiones sobre el fondo. La ejecución de una sentencia o de una resolución, cualquiera que sea la jurisdicción de la que haya emanado, debe ser considerada como parte integrante del “proceso” regulado en el art. 6.

Por tanto, este apartado primero del artículo 6 CEDH conlleva, según los jueces europeos, un derecho fundamental al reconocimiento y a la ejecución efectiva de las resoluciones judiciales, como corolario del derecho a un proceso equitativo, que se aplicará tanto a sentencias extranjeras como a las internas. Ello implica un control de las normas de competencias vigentes en cada Estado contratante, para comprobar que las mismas no vulneran derechos fundamentales. Asimismo, la ejecución de las resoluciones judiciales en un “plazo razonable”, pasó a formar parte de los elementos del proceso equitativo. El TEDH determinó que el “carácter razonable” de la duración de un procedimiento se aprecia en función de las circunstancias y de la complejidad del asunto; en base al comportamiento de la parte demandante y el de las autoridades

competentes, así como en función de la relevancia que el asunto reviste para los interesados.

5.- Con respecto a la *kafala*, el TEDH no ha considerado que la denegación de la conversión de la primera en una adopción internacional vulnera derecho fundamental alguno. Se reconoce la vida familiar existente en las relaciones constituidas al amparo de dicha institución de protección de menores, pero la denegación de conversión no constituye en sí una injerencia (obligación negativa) en el derecho al respeto de la vida familiar, sino una obligación positiva que implica que el Estado demandado tiene que adoptar las medidas que garanticen el desarrollo del vínculo familiar y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del menor en la familia. Los jueces europeos han considerado que la *kafala* y la adopción internacional son dos instituciones de protección de menores diferentes, por lo que no cabe estimar una continuidad espacial de las mismas. En estos supuestos, el Tribunal también ha reiterado que el art. 8 no garantiza el derecho a adoptar ni el derecho a fundar una familia, por lo que la imposibilidad de adoptar no constituye una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar. En los supuestos de los permisos de residencia otorgados a menores para que puedan trasladarse a otros Estados, tampoco garantiza dicho artículo el derecho a un determinado permiso de residencia, ni implica una obligación general para un Estado de respetar la elección realizada por los inmigrantes de su país de residencia.

6.- En los supuestos de gestación por sustitución resueltos por el TEDH, la postura ha sido diferente en los tres supuestos planteados. Por una parte, están los asuntos *Menesson y Labassée* y, por otro, el asunto *Paradiso y Campanelli*. En los dos primeros, la postura del Tribunal ha sido la de considerar que la denegación del reconocimiento en un Estado del vínculo de filiación establecido y determinado en el extranjero, de conformidad con la ley designada por dicho ordenamiento, vulnera el derecho al respeto de la vida privada de los menores afectados. El TEDH no ha valorado la licitud o ilicitud de los contratos de gestación en sí, sino la denegación del reconocimiento, por parte de un Estado,

de certificados registrales y actas de nacimiento que determinaban la filiación de los menores con respecto a sus padres comitentes y que fueron emitidas y realizadas válidamente en base al ordenamiento jurídico de otro Estado. Los jueces europeos han considerado que el reconocimiento de la filiación establecida, afecta al derecho a la identidad física y social de las personas, que está incluido en el derecho al respeto de la vida privada. Cuando las personas afectadas por dicho reconocimiento son menores de edad, el interés superior de las mismas y sus derechos, priman sobre el resto. En los supuestos en los que esté en juego un aspecto especialmente importante de la existencia o de la identidad de las personas, el margen de apreciación nacional del que gozan los Estados se ve restringido. El TEDH es el competente para el control europeo de dicho margen que, en estos casos, consideró sobrepasado por parte de los Estados demandados.

Sin embargo, en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, en el que las autoridades nacionales retiraron al menor de sus padres porque éstos vulneraron el orden público internacional italiano, el TEDH condenó a Italia por no haber primado el interés superior del menor sobre el orden público internacional y por no haber preservado un justo equilibrio entre los intereses concurrentes. Los jueces europeos manifestaron que el orden público internacional no puede justificar la adopción de cualquier medida, dado que, independientemente del carácter del vínculo parental (genético u otro), los Estados deben tener en cuenta el interés superior del menor.

En el caso del Estado español, a día de hoy, tanto las autoridades administrativas (DGRN), como las judiciales (TS) siguen defendiendo la imposibilidad de inscribir automáticamente, sin control alguno, la filiación de unos menores con respecto a sus padres comitentes determinada válidamente en virtud de un ordenamiento extranjero, cuando ésta derive de un contrato de gestación por sustitución, contrario al orden público español. Las últimas modificaciones legislativas aprobadas durante el mes de julio de 2015 en esta materia, tampoco han variado sustancialmente lo ya establecido. Sin embargo,

consideramos que esta postura no va a poder mantenerse durante mucho más tiempo, porque la realidad y la situación legal de unos menores que ya residen en territorio español y a los que hay que proteger, no puede dilatarse *in eternum*.

Estos asuntos han puesto de manifiesto que la gestación por sustitución es una realidad, cada vez más frecuente, que necesita de una regulación convencional en la que participen el mayor número de Estados posibles, a fin de que pueda darse una respuesta normativa adecuada a los múltiples problemas generados por la falta de reconocimiento de los estatus familiares válidamente creados en el extranjero. No se trataría de reconocer sin fisuras aquello que los Estados -soberana y libremente- han decidido que vulnera los principios y valores democráticos de sus ordenamientos jurídicos (los contratos de gestación por sustitución), sino de encontrar la manera legal de proteger a las principales e inocentes víctimas (a los menores) nacidas de una forma de reproducción absolutamente rocambolesca, cuyo origen está en el ansia de unas personas de ser padres o madres a toda costa. El interés superior de los menores, que no han pedido nacer de esa manera y que ya se encuentran residiendo en España, debería ser la consideración primordial también en estos supuestos.

7.- En materia de sustracción internacional de menores, el Tribunal hace suya la filosofía del CH 1980, ratificando que se trata de un Convenio cuyo principal objetivo es luchar contra el aumento de las sustracciones internacionales de menores, protegiendo a los menores, las principales víctimas del trauma causado por su traslado o retención. Una vez cumplidos los requisitos para su aplicación, se trata de volver al *statu quo ante* a la mayor brevedad posible, estableciendo mecanismos que garanticen el retorno inmediato del menor sustraído y, de esta manera, evitando la consolidación jurídica de situaciones que inicialmente eran ilícitas. Asimismo, se trata de dejar las cuestiones relativas a la guarda y custodia de los menores afectados, a los tribunales correspondientes al lugar de residencia habitual de los menores. En estos supuestos, la celeridad en la adopción y ejecución de las órdenes de retorno,

son elementos indispensables para la consecución de los objetivos establecidos por el CH 1980.

La jurisprudencia del TEDH en esta materia ha evolucionado desde una interpretación y aplicación estricta de la letra del CH1980⁸⁵⁴, en la que el retorno inmediato del menor ilícitamente sustraído o retenido a su lugar de residencia habitual es prácticamente incuestionable, hasta una interpretación y aplicación del Convenio más centrada en las circunstancias sociales, afectivas, familiares, etc., del/de la menor y que conforman el interés superior de dicho/a menor⁸⁵⁵.

Por otro lado, las obligaciones positivas que se derivan del artículo 8 CEDH con respecto a los Estados miembros (las de adoptar todas las medidas necesarias para facilitar el retorno de los menores sustraídos y el reencuentro entre progenitor abandonado y su/s hijo/s), deben ser interpretadas a la luz del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, del Convenio de La Haya de 1996, del Reglamento nº 2201/2003 y de la CDN de 1989. En este ámbito, el CEDH no debe ser interpretado de forma aislada, sino en armonía con los principios generales del Derecho internacional y los textos relativos a la protección de derechos humanos. A pesar de que el artículo 8 carezca de requisitos procesales específicos, garantiza la protección procesal de los derechos de los progenitores, porque el proceso en el que se adopta una medida de injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar, debe ser equitativo y debe garantizar los diversos intereses de las partes.

Los asuntos planteados ante el TEDH han puesto de manifiesto que tanto la ejecución como la no ejecución de resoluciones judiciales atributivas del derecho de guarda /custodia o de resoluciones que ordenen el retorno inmediato de los menores ilícitamente sustraídos, pueden vulnerar el derecho fundamental al respeto de la vida familiar del artículo 8 CEDH.

⁸⁵⁴ Cuyo mayor exponente es la sentencia dictada en el asunto *Maumousseau y Washington c. Francia*.

⁸⁵⁵ En este caso, la sentencia de referencia es la dictada por la Gran Sala en 2010, en el asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*.

9.- En materia sucesoria, la jurisprudencia de Estrasburgo ha tenido varias consecuencias: en primer lugar, se ha producido un “efecto horizontal” del art. 14 CEDH, porque el principio de no-discriminación se ha aplicado, asimismo, a las relaciones entre particulares, dado que el Tribunal ha aceptado que las relaciones de Derecho estrictamente privado accedan a su jurisdicción. Este novedoso aspecto, que supone un control desmesurado por parte del Tribunal europeo de diversos aspectos relacionados con los contratos privados en materia sucesoria, podría suponer una pequeña revolución jurídica. En segundo lugar, el Tribunal ha ido evolucionando hacia la afirmación del principio de no-discriminación de los/las hijos/as por razón de su nacimiento, porque la discriminación vulnera el derecho al respeto de la vida familiar de los mismos y el interés superior de los menores.

10.- En relación al concepto de interés superior del menor, estamos ante uno de los principios que más relevancia está adquiriendo (tanto a nivel interno como a nivel internacional) en aquellos asuntos en los que se ven involucrados menores. Hasta el año 2013, fecha en la que fue aprobada la Observación General nº 14 del Comité de los Derechos del Niño “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, el interés superior del menor se definía como un concepto jurídico indeterminado o un principio. Pero, a partir de dicha Observación, el principio adquirió el rango de derecho. El Comité lo definió como un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. Por otra parte, el TEDH ha puesto de manifiesto que se trata de “un principio esencial según el cual, cada vez que la situación de un/a menor está en cuestión, el interés superior de éste/a debe primar”. Asimismo, lo ha diferenciado en dos ámbitos; por un lado, en materia de guarda y custodia y, por otro, en materia de sustracción internacional de menores.

En materia de guarda y custodia, el interés superior del menor puede tener un doble objeto: por una parte, garantizar al menor un desarrollo en un medio sano y un progenitor no estaría autorizado para tomar medidas que perjudicaran la salud y el desarrollo del menor; y, por otra, mantener los vínculos con su familia, salvo que ésta sea especialmente indigna, ya que romper este vínculo supondría cortar al menor sus raíces”. Y, en materia de sustracción internacional de menores, entre los elementos constitutivos de dicho principio, está el hecho de que el menor no sea alejado de uno de sus progenitores y retenido por el otro, es decir, por el que, con razón o sin ella, considera que tiene un derecho igual o más importante sobre su persona.

Podemos afirmar que durante los últimos diez años, tanto los tribunales supranacionales como los nacionales, están dotando de contenido a dicho principio y ello ha tenido su reflejo inmediato en diversas legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE y del Consejo de Europa (por ejemplo, en el caso de España y en el de Francia).

11.- España está incorporando a su ordenamiento, con retraso, los mandatos y las principales indicaciones tanto de los Convenios de la ONU, de los diversos Comités de dicha organización, como de otros Convenios internacionales que ha firmado y ratificado. Asimismo, está firmando o ratificando otros Convenios relativos a menores que estaban pendientes de ratificación o de firma desde hace muchos años. Por último, está adaptando al sistema interno la línea jurisprudencial establecida por el TEDH en materias de Derecho de Familia, por lo que está modernizando y actualizando el sistema interno.

Parece que el legislador español ha sido consciente de que tenía este tema desatendido, porque el aluvión de normativa relativa a la protección de los menores elaborada durante estos últimos meses del año 2015 ha sido muy importante. Dudamos de que la aprobación de tanta y sucesiva normativa relativa a un mismo tema, dejando en algunos casos una brevísima *vacatio legis* y, en

otros, una demasiado extensa *vacatio*, sea la mejor técnica legislativa existente pero, lo que no podemos negar es que, en la actualidad, constatamos un mayor interés, tanto por parte del legislador como por parte de los jueces, en proteger de manera efectiva a los menores, haciendo prevalecer el interés superior de los mismos.

Conclusión final

Tras la realización del presente trabajo de investigación, podemos concluir que la protección de los derechos fundamentales de los menores en el ámbito europeo, en materias relativas al Derecho de familia, ha mejorado de forma notable gracias a la labor realizada del TEDH. Su celo en proteger y en primar el interés superior de los menores, por encima –incluso– del orden público internacional de los Estados miembros del CEDH, es un aspecto muy destacable, novedoso y no exento de polémica doctrinal. Los jueces europeos han dado un impulso a la labor que durante años han llevado a cabo, tanto las Naciones Unidas como la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, elaborando textos convencionales cuya finalidad ha sido la protección del ámbito familiar. Y, tanto la labor de unos como de otros realizada en este sentido, también ha tenido su plasmación en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros. Este gran avance en la protección de la parte más débil e indefensa de las relaciones familiares, era absolutamente necesario y el aumento de la utilización del principio del interés superior del menor, es un reflejo de dicho avance.

ANEXO I

JURISPRUDENCIA DEL TEDH

La jurisprudencia del TEDH puede ser consultada en la web www.echr.coe.int

Sentencias

- STEDH, “*Asunto relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*” c. *Bélgica*, sentencia de 23 de julio de 1968.
- STEDH, asunto *A. c. Reino Unido*, sentencia de 23 de septiembre de 1998.
- STEDH, asunto *A.K. y L. c. Croacia*, sentencia de 8 de enero de 2013.
- STEDH, asunto *A.L. c. Polonia*, sentencia de 18 de febrero de 2014.
- STEDH, asunto *A.M.M. c. Rumanía*, sentencia de 14 de febrero de 2012.
- STEDH, asunto *A.W. Khan c. Reino Unido*, sentencia de 12 de enero de 2010.
- STEDH, asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, sentencia de 28 de mayo de 1985.
- STEDH, asunto *Aerts c. Bélgica*, sentencia de 30 de julio de 1998.
- STEDH, asunto *Ageyevy c. Rusia*, sentencia de 18 de abril de 2013.
- STEDH, asunto *Airey c. Irlanda*, sentencia de 9 de octubre de 1979.
- STEDH, asunto *Aksu c. Turquía (GS)*, sentencia de 15 de marzo de 2012.
- STEDH, asunto *Aksu c. Turquía*, sentencia de 27 de julio de 2010.
- STEDH, asunto *Al Adsani c. Reino Unido (GS)*, sentencia de2001.
- STEDH, asunto *Amanalachioai c. Rumanía*, sentencia de 26 de mayo de 2009.
- STEDH, asunto *Anayo c. Alemania*, sentencia de 21 de diciembre de 2010.
- STEDH, asunto *Anghel c. Italia*, sentencia de 25 de junio de 2013.
- STEDH, asunto *Artico c. Italia*, sentencia de 13 de mayo de 1980.
- STEDH, asunto *B. c. Bélgica*, sentencia de 10 de julio de 2012.
- STEDH, asunto *B. y L. c. Reino Unido*, sentencia de 13 de septiembre de 2005.
- STEDH, asunto *Backlund c. Finlandia*, sentencia de 6 de julio de 2010.
- STEDH, asunto *Barthold c. Alemania*, 23 de marzo de 1985.
- STEDH, asunto *Bayatyan c. Armenia*, sentencia de 7 de julio de 2011.

- STEDH, asunto *Beljoudi c. Francia*, sentencia de 26 de marzo de 1992.
- STEDH, asunto *Berrehab c. Países Bajos*, sentencia de 21 de junio de 1988.
- STEDH, asunto *Bianchi c. Suiza*, sentencia de 22 de junio de 2006.
- STEDH, asunto *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anomim Sirleti* (conocido como *Bosphorus Airways*) *c. Irlanda* (GS), sentencia de 30 de junio de 2005.
- STEDH, asunto *Brahim Chbihi Loudoudi y otros c. Bélgica*, sentencia de 16 de diciembre de 2014.
- STEDH, asunto *Bronda c. Italia*, sentencia de 9 de junio de 1998.
- STEDH, asunto *Brudnicka y otros c. Polonia*, sentencia de 3 de marzo de 2005.
- STEDH, asunto *Brumarescu c. Rumanía*, sentencia de 28 de octubre de 1999.
- STEDH, asunto *Burden c. Reino Unido* (GS), sentencia de 29 de abril de 2008.
- STEDH, asunto *C. c. Finlandia*, sentencia de 9 de agosto de 2006.
- STEDH, asunto *Camp y Bourimi c. Países Bajos*, sentencia de 3 de octubre de 2000.
- STEDH, asunto *Carlson c. Suiza*, sentencia de 6 de noviembre de 2008.
- STEDH, asunto *Cavani c. Hungría*, sentencia de 28 de octubre de 2014.
- STEDH, asunto *Chabrowski c. Ucrania*, sentencia de 17 de enero de 2013.
- STEDH, asunto *Chavdarov c. Bulgaria*, sentencia de 21 de diciembre de 2010.
- STEDH, asunto *Cossey c. Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1990.
- STEDH, asunto *Costreie c. Rumanía*, sentencia de 13 de octubre de 2009.
- STEDH, asunto *Covezzi y Morselli c. Italia*, sentencia de 9 de mayo de 2003.
- STEDH, asunto *Cristescu c. Rumanía*, sentencia de 10 de enero de 2012.
- STEDH, asunto *D.H. y otros c. Chequia*, sentencia de 13 de noviembre de 2007.
- STEDH, asunto *Deak c. Rumanía y Reino Unido*, sentencia de 3 de junio de 2008.
- STEDH, asunto *Diamante y Pelliccioni c. San Marino*, sentencia de 27 de septiembre de 2011.
- STEDH, asunto *Dinu c. Rumanía y Francia*, sentencia de 4 de noviembre de 2008.
- STEDH, asunto *Dogrü c. Francia*, sentencia de 4 de diciembre de 2008.
- STEDH, asunto *Dudgeon c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1981.
- STEDH, asunto *E.B. c. Francia* (GS), 22 de enero de 2008.
- STEDH, asunto *Ebru y Tayfun Engin Çolak c. Turquía*, sentencia de 30 de mayo de 2006.
- STEDH, asunto *Eckle c. Alemania*, sentencia de 15 de julio de 1982.
- STEDH, asunto *Emre c. Suiza*, sentencia de 22 de mayo de 2008.

- STEDH, asunto *Eriksson c. Suecia*, sentencia de 22 de junio de 1989.
- STEDH, asunto *F. c. Suiza*, sentencia de 18 de diciembre de 1987.
- STEDH, asunto *Fabris c. Francia* (GS), sentencia de 7 de febrero de 2013.
- STEDH, asunto *Ferraro c. Italia*, sentencia de 19 de febrero de 1991.
- STEDH, asunto *Fourchon c. Francia*, sentencia de 28 de junio de 2005.
- STEDH, asunto *Fretté c. Francia*, sentencia de 26 de febrero de 2002.
- STEDH, asunto *Frydlender c. Francia* (GS), sentencia de 27 de junio de 2000.
- STEDH, asunto *G. S. c. Georgia*, sentencia de 21 de julio de 2015.
- STEDH, asunto *Gas y Dubois c. Francia*, sentencia de 15 de marzo de 2012.
- STEDH, asunto *Gentilhomme, Schaff-Benhadj y Zerouki c. Francia*, sentencia de 14 de mayo de 2002.
- STEDH, asunto *Gillow c. Reino Unido* sentencia de 24 de noviembre de 1986.
- STEDH, asunto *Gnahoré c. Francia*, sentencia de 19 de septiembre de 2000, CEDH 2000-IX.
- STEDH, asunto *Godelli c. Italia*, sentencia de 25 de septiembre de 2012.
- STEDH, asunto *Golder c. Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1975.
- STEDH, asunto *Goodwin c. Reino Unido* (GS), sentencia de 11 de julio de 2002.
- STEDH, asunto *Görgülü c. Alemania*, sentencia de 26 de febrero de 2004.
- STEDH, asunto *Gorraiz Lizarraga y otros c. España*, sentencia de 27 de abril de 2004.
- STEDH, asunto *H.N. c. Polonia*, sentencia de 13 de septiembre de 2005.
- STEDH, asunto *Haas c. Países Bajos*, sentencia de 13 de enero de 2004.
- STEDH, asunto *Hämäläinen c. Finlandia* (GS), sentencia de 16 de julio de 2014.
- STEDH, asunto *Handyside c. Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976.
- STEDH, asunto *Harroudj c. Francia*, sentencia de 4 de octubre de 2012.
- STEDH, asunto *Hoffmann c. Austria*, sentencia de 23 de junio de 1993.
- STEDH, asunto *Hohenzollern (de Rumanía) c. Rumanía*, sentencia de 27 de mayo de 2010.
- STEDH, asunto *Hokkanen c. Finlandia*, sentencia de 23 de septiembre de 1994.
- STEDH, asunto *Hoppe c. Alemania*, sentencia de 5 de diciembre de 2002.
- STEDH, asunto *Hornsby c. Grecia*, sentencia de 19 de marzo de 1997.
- STEDH, asunto *Horváth y Kiss c. Hungría*, sentencia de 29 de enero de 2003.
- STEDH, asunto *Hulea c. Rumanía*, sentencia de 2 de octubre de 2012.
- STEDH, asunto *Hussin c. Bélgica*, sentencia de 6 de mayo de 2004.

- STEDH, asunto *Iglesias Gil y A.U.I. c. España*, sentencia de 29 de abril de 2003.
- STEDH, asunto *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía*, sentencia 25 de enero de 2000.
- STEDH, asunto *Ilker Ensar Uyanik c. Turquía*, sentencia de 3 de mayo de 2012.
- STEDH, asunto *Inze c. Austria*, sentencia de 28 de octubre de 1987.
- STEDH, asunto *Iosub Caras c. Rumanía*, sentencia de 27 de julio de 2006
- STEDH, asunto *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978.
- STEDH, asunto *Jäggi c. Suiza*, sentencia de 13 de julio de 2006.
- STEDH, asunto *Johansen c. Noruega* (nº 1), sentencia de 27 de junio de 1996.
- STEDH, asunto *Johnston y otros c. Irlanda*, sentencia de 18 de diciembre de 1986.
- STEDH, asunto *K. c. Italia*, sentencia de 20 de julio de 2004.
- STEDH, asunto *K.A. c. Finlandia*, sentencia de 14 de abril de 2003.
- STEDH, asunto *Karadzic c. Croacia*, sentencia de 15 de diciembre de 2005.
- STEDH, asunto *Karner c. Austria*, sentencia de 23 de abril de 2003.
- STEDH, asunto *Karoussiotis c. Portugal*, sentencia de 1 de febrero de 2011.
- STEDH, asunto *Karrer c. Rumanía*, sentencia de 21 de febrero de 2012.
- STEDH, asunto *Kearns c. Francia*, sentencia de 10 de enero de 2008.
- STEDH, asunto *Keegan c. Irlanda*, sentencia de 26 de mayo de 1994.
- STEDH, asunto *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, sentencia de 7 de diciembre de 1976.
- STEDH, asunto *Klass y otros c. Alemania*, sentencia de 6 de septiembre de 1978.
- STEDH, asunto *Konstantin Markin c. Rusia*, sentencia de 7 de octubre de 2010.
- STEDH, asunto *Koons c. Italia*, sentencia de 30 de septiembre de 2008.
- STEDH, asunto *Kosmopoulou c. Grecia*, sentencia de 5 de febrero de 2004.
- STEDH, asunto *Krivosej c. Serbia*, sentencia de 13 de abril de 2010.
- STEDH, asunto *Kroon y otros c. Países Bajos*, sentencia de 27 de octubre de 1994.
- STEDH, asunto *Kutzner c. Alemania*, sentencia de 26 de febrero de 2002.
- STEDH, asunto *L. c. Países Bajos*, sentencia de 1 de junio de 1994.
- STEDH, asunto *Labassée c. Francia*, sentencia de 26 de junio de 2014.
- STEDH, asunto *Lebbink c. Países Bajos*, sentencia de 1 de junio de 2004.
- STEDH, asunto *Leschiutta y Fraccaro c. Bélgica*, sentencia de 18 de julio de 2008.
- STEDH, asunto *Leyla Sahin c. Francia*, sentencia de 10 de noviembre de 2005.
- STEDH, asunto *Lingens c. Austria*, sentencia de 8 de julio de 1986.
- STEDH, asunto *Loizidou c. Turquía*, sentencia de 23 de marzo de 1995.
- STEDH, asunto *López Ostra c. España*, sentencia de 9 de diciembre de 1994.

- STEDH, asunto *Lyubenova c. Bulgaria*, sentencia de 18 de octubre de 2011.
- STEDH, asunto *M.C. y otros c. Italia*, sentencia de 3 de septiembre de 2013.
- STEDH, asunto *M.R. y M.L. c. Estonia*, sentencia de 15 de mayo de 2012.
- STEDH, asunto *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (GS), sentencia de 4 de febrero de 2005.
- STEDH, asunto *Marckx c. Bélgica*, sentencia de 13 de junio de 1979.
- STEDH, asunto *Margareta y Roger Andersson c. Suecia*, sentencia de 25 de febrero de 1992.
- STEDH, asunto *Maslov c. Austria* (GS), sentencia de 23 de junio de 2008.
- STEDH, asunto *Maumousseau y Washington c. Francia*, de 6 de diciembre de 2007, CEDH 2007-XIII.
- STEDH, asunto *Mazurek c. Francia*, sentencia de 1 de febrero de 2000.
- STEDH, asunto *McCann y otros c. Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1995.
- STEDH, asunto *McMichael c. Reino Unido*, sentencia de 24 de febrero de 1995.
- STEDH, asunto *Mcready c. República Checa*, sentencia de 22 de abril de 2010.
- STEDH, asunto *Meirelles c. Bulgaria*, sentencia de 18 de diciembre de 2012.
- STEDH, asunto *Menesson c. Francia*, sentencia de 26 de junio de 2014.
- STEDH, asunto *Mentes y otros c. Turquía*, sentencia de 28 de noviembre de 1997.
- STEDH, asunto *Merger y Cros c. Francia*, sentencia de 22 de diciembre de 2004.
- STEDH, asunto *Micallef c. Malta* (GS), sentencia de 15 de octubre de 2009.
- STEDH, asunto *Mikulic c. Croacia*, sentencia de 7 de febrero de 2002.
- STEDH, asunto *Miragall Escolano y otros c. España*, sentencia de 23 de enero de 2000.
- STEDH, asunto *Mizzi c. Malta*, sentencia de 12 de enero de 2006.
- STEDH, asunto *Monnat c. Suiza*, sentencia de 21 de septiembre de 2006.
- STEDH, asunto *Monory c. Rumanía y Hungría*, sentencia de 5 de abril de 2005.
- STEDH, asunto *Moretti y Benedetti c. Italia*, sentencia de 27 de abril de 2010.
- STEDH, asunto *Mustafá y Armagan Akin c. Turquía*, sentencia de 6 de abril de 2010.
- STEDH, asunto *Negrepointis-Giannisis c. Grecia*, sentencia de 3 de mayo de 2011.
- STEDH, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza* (GS), sentencia 8 de enero de 2009 y sentencia de 6 de julio de 2010.
- STEDH, asunto *Nielsen c. Dinamarca*, sentencia de 28 de noviembre de 1988.

- STEDH, asunto *Niemietz c. Alemania*, sentencia de 16 de diciembre de 1992.
- STEDH, asunto *Nölkenbockhoff c. Alemania*, sentencia de 25 de agosto de 1987.
- STEDH, asunto *Norris c. Irlanda*, sentencia de 26 de octubre de 1988.
- STEDH, asunto *Odièvre c. Francia* (GS), sentencia de 13 de febrero de 2003.
- STEDH, asunto *Olsson c. Suecia* (nº 1), sentencia de 24 de marzo de 1988.
- STEDH, asunto *Olsson c. Suecia* (nº 2), sentencia de 27 de noviembre de 1992.
- STEDH, asunto *Orsüs y otros c. Croacia*, sentencia de 16 de marzo de 2010.
- STEDH, asunto *Özmen c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2012.
- STEDH, asunto *P.C. y S. c. Reino Unido*, sentencia de 16 de julio de 2002.
- STEDH, asunto *P.G y J.H. c. Reino Unido*, sentencia de 25 de septiembre de 2001.
- STEDH, asunto *Palau-Martínez c. Francia*, sentencia de 16 de diciembre de 2003.
- STEDH, asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, sentencia de 27 de enero de 2015.
- STEDH, asunto *Patera c. República Checa*, sentencia de 26 de abril de 2007.
- STEDH, asunto *Peck c. Reino Unido*, sentencia de 28 de enero de 2003.
- STEDH, asunto *Pellegrini c. Italia*, sentencia de 20 de julio de 2001.
- STEDH, asunto *Petrovich c. Austria*, sentencia de 27 de marzo de 1998.
- STEDH, asunto *Phostira Efthymiou y Ribeiro Fernandes c. Portugal*, sentencia de 5 de febrero de 2015.
- STEDH, asunto *Pini y Bertani y Manera y Atripaldi c. Rumanía*, sentencia de 22 de junio de 2004.
- STEDH, asunto *Pla y Puncernau c. Andorra*, sentencia de 13 de julio de 2004.
- STEDH, asunto *Pla y Puncernau c. Andorra*, sentencia de 13 de julio de 2004.
- STEDH, asunto *Polanco Torres y Movilla Polanco c. España*, sentencia de 21 de septiembre de 2010.
- STEDH, asunto *Pontes c. Portugal*, sentencia de 10 de abril de 2012.
- STEDH, asunto *Prizzia c. Hungría*, sentencia de 11 de junio de 2013.
- STEDH, asunto *Qama c. Albania e Italia*, de 8 de enero de 2013.
- STEDH, asunto *R.M. S. c. España*, sentencia de 18 de junio de 2013.
- STEDH, asunto *R.R. c. Rumanía*, sentencia de 10 de noviembre de 2009.
- STEDH, asunto *Raban c. Rumanía*, sentencia de 26 de octubre de 2010.
- STEDH, asunto *Rasmussen c. Dinamarca*, sentencia de 28 de noviembre de 1984.
- STEDH, asunto *Raw y otros c. Francia*, sentencia de 7 de marzo de 2013.
- STEDH, asunto *Rees c. Reino Unido*, sentencia de 17 de octubre de 1986.
- STEDH, asunto *Rieme c. Suecia*, sentencia de 22 de abril de 1992.

- STEDH, asunto *Romanczyk c. Francia*, sentencia de 18 de noviembre 2010.
- STEDH, asunto *Rozanski c. Polonia*, sentencia de 18 de mayo de 2006.
- STEDH, asunto *Sahin c. Alemania*, sentencia de 8 de julio de 2003.
- STEDH, asunto *Saleck Bardi c. España*, sentencia de 24 de mayo de 2011.
- STEDH, asunto *Sampanis y otros c. Grecia*, sentencia de 5 de junio de 2008.
- STEDH, asunto *Santos Nunes c. Portugal*, sentencia de 22 de mayo de 2012.
- STEDH, asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, sentencia de 24 de junio de 2010.
- STEDH, asunto *Schmidt c. Francia*, sentencia de 26 de julio de 2007.
- STEDH, asunto *Schwizgebel c. Suiza*, sentencia de 10 de junio de 2010.
- STEDH, asunto *Scozzari y Giunta c. Italia*, (GS) sentencia de 13 de julio de 2000.
- STEDH, asunto *Serghides c. Polonia*, sentencia de 2 de noviembre de 2010.
- STEDH, asunto *Serife Yigit c. Turquía* (GS), sentencia de 2 de noviembre de 2010.
- STEDH, asunto *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*, sentencia de 30 de julio de 1998.
- STEDH, asunto *Silver y otros c. Reino Unido*, sentencia de ¿??
- STEDH, asunto *Sneersone y Kanpanella c. Italia*, sentencia de 12 de julio de 2011.
- STEDH, asunto *Söderbäck c. Suecia*, sentencia de 28 de octubre de 1998.
- STEDH, asunto *Soering c. Reino Unido*, sentencia de 7 de julio de 1989.
- STEDH, asunto *Sophia Gudrún Hansen c. Turquía*, sentencia de 23 de septiembre de 2003.
- STEDH, asunto *Stochlak c. Polonia*, sentencia de 22 de septiembre de 2009.
- STEDH, asunto *Stubbings y otros c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996.
- STEDH, asunto *Sunday Times c. Reino Unido*, sentencia de 26 de abril de 1979.
- STEDH, asunto *Sylvester c. Austria*, sentencia de 24 de abril de 2003.
- STEDH, asunto *T.P. y K. M. c. Reino Unido*, sentencia de 10 de mayo de 2001.
- STEDH, asunto *Tapia Gasca c. España*, sentencia de 22 de diciembre de 2009.
- STEDH, asunto *Ternovsky c. Hungría*, sentencia de 14 de diciembre de 2010
- STEDH, asunto *Tsikakis c. Alemania*, de 10 de febrero de 2011.
- STEDH, asunto *Tunnel Report Limited c. Francia*, sentencia de 18 de noviembre de 2010.
- STEDH, asunto *Üner c. Países Bajos* (GS), sentencia de 18 de octubre de 2006.
- STEDH, asunto *Veljkov c. Serbia*, sentencia de 19 de abril de 2011.
- STEDH, asunto *Vermeire c. Bélgica*, sentencia de 29 de noviembre de 1991.

- STEDH, asunto *Vojnity c. Hungría*, sentencia de 12 de febrero de 2013.
- STEDH, asunto *W. c. Reino Unido*, sentencia de 8 de julio de 1987.
- STEDH, asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, sentencia de 28 de junio de 2007.
- STEDH, asunto *Weller c. Hungría*, sentencia de 31 de marzo de 2009.
- STEDH, asunto *X. c. Letonia*, sentencia de 13 de diciembre de 2011.
- STEDH, asunto *X. e Y. c. Países Bajos*, sentencia de 26 de marzo de 1985.
- STEDH, asunto *X.Y. y Z. c. Reino Unido*, sentencia de 20 de marzo de 1987.
- STEDH, asunto *Y.C. c. Reino Unido*, sentencia de 13 de marzo de 2012.
- STEDH, asunto *Yasa c. Turquía*, sentencia de 2 de septiembre de 1998.
- STEDH, asunto *Yousef c. Países Bajos*, sentencia de 5 de noviembre de 2002.
- STEDH, asunto *Z. y otros c. Reino Unido*, sentencia de 10 de mayo de 2001.
- STEDH, asunto *Zambotto Perrin c. Francia*, sentencia de 26 de septiembre de 2013.
- STEDH, asunto *Zhou c. Italia*, sentencia de 21 de enero de 2014.
- STEDH, asunto *Znamenskaya c. Rusia*, sentencia de 2 de junio 2005.

Decisiones

- TEDH, asunto *A. y A. c. Países Bajos*, **decisión** de 6 de enero de 1992.
- TEDH, asunto *Aikar c. Alemania*, decisión de 20 de mayo de 1998.
- TEDH, asunto *Balbontin c. Reino Unido*, **decisión** de 14 de septiembre de 1999 (inadmisible).
- TEDH, asunto *D. y otros c. Bélgica*, **decisión** de 8 de julio de 2014.
- TEDH, asunto *Di Lazzaro c. Italia*, **decisión** de 10 de julio de 1997.
- TEDH, asunto *Eskinazi-Chelouche c. Turquía*, **decisión** de 6 de diciembre de 2005.
- TEDH, asunto *Giubergia c. Italia*, **decisión** de 5 de marzo de 1990.
- TEDH, asunto *Guichard c. Francia*, **decisión** de 2 de septiembre de 2003.
- TEDH, asunto *Huc c. Rumanía y Alemania*, **decisión** de 1 de diciembre de 2009.
- TEDH, asunto *Kwakyé-Nti y Dufie c. Países Bajos*, **decisión** de 7 de noviembre de 2000.
- TEDH, asunto *Lazrak c. Francia*, **decisión** de 16 de noviembre de 2004.

- TEDH, asunto *Lipkowsky y McCormack c. Alemania*, **decisión** de 18 de junio de 2011. Inadmisibile.
- TEDH, asunto *M.B. y G.B. c. Reino Unido*, **decisión** de 23 de octubre de 2001.
- TEDH, asunto *M.P. c. Reino Unido*, **decisión** de 13 de mayo de 1980.
- TEDH, asunto *M.R. y L.R. c. Estonia*, **decisión** de 15 de mayo de 2012 (inadmisibile)
- TEDH, asunto *Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía*, **decisión** de 31 de agosto de 1999.
- TEDH, asunto *McDonald c. Francia*, **decisión** de 29 de abril de 2008.
- TEDH, asunto *Nylund c. Finlandia*, **decisión** de 29 de junio de 1999.
- TEDH, asunto *Paradis c. Alemania*, **decisión** de 15 de mayo de 2003.
- TEDH, asunto *Povse c. Austria*, **decisión** de 18 de junio de 2013.
- TEDH, asunto *S.D., D.P. y A.T. c. Reino Unido*, **decisión** Comisión de 20 de mayo de 1996.
- TEDH, asunto *Sanles Sanles c. España*, **decisión** ...
- TEDH, asunto *Smolnik c. República Checa*, **decisión** de 25 de mayo de 2004.
- TEDH, asunto *Tauira y otros c. Reino Unido*, **decisión** de 4 de diciembre de 1995.
- TEDH, asunto *Van Den Berg y Sarrì c. Países Bajos*, **decisión** de 2 de noviembre de 2010.
- TEDH, asunto *X. c. Bélgica y Países Bajos*, **decisión** de 10 de julio de 1975.
- TEDH, asunto *X. c. Francia*, **decisión** de 5 de octubre de 1982.
- TEDH, asunto *Zabawska c. Alemania*, **decisión** de 2 de marzo de 2006.
- TEDH, asunto *Zakharova c. Francia*, **decisión** de 13 de diciembre de 2005.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La jurisprudencia del TJUE puede ser consultada en la web <http://curia.europa.eu>.

- Asunto C - 7/98, *Krombach c. Bamberski*, sentencia de 28 de marzo de 2000.
- Asunto C - 33/07, *Ministerul Administrației și Internelor – Direcția Generală de Pașapoarte București y Gheorghe Jipa*, sentencia de 10 de julio de 2008.
- Asunto C - 36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH y Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, sentencia de 14 de octubre de 2014.
- Asunto C - 148/02, *Carlos García Avelló c. Estado Belga*, sentencia de 2 de octubre de 2003.
- Asunto C - 167/12, *C.D. y S.T.*, sentencia de 18 de marzo de 2014.
- Asunto C - 195/08 PPU, *Inga Rinau*, sentencia de 11 de julio de 2008.
- Asunto C - 208/09, *Sayn-Wittgenstein c. Austria*, sentencia de 22 de diciembre de 2010.
- Asunto C - 211/10 PPU, *Doris Povse c. Mauro Alpago*, sentencia de 1 de julio de 2010.
- Asunto C - 256/09, *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez (I)*, sentencia de 15 de julio de 2010.
- Asunto C - 296/10 *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez (II)*, sentencia de 9 de noviembre de 2010.
- Asunto C - 353/06, *Leonard Matthias Grunkin-Paul (GS)*, sentencia de 14 de octubre de 2008.
- Asunto C - 353/12, *Z. c. A Government department, the Board of management of a community school*, sentencia de 18 de marzo de 2014.
- Asunto C - 400/10 PPU *J. McB. c. L.E.*, sentencia de 5 de octubre de 2010
- Asunto C - 403/09 PPU, *Jasna Deticek, y Maurizio Sgueglia*, sentencia de 23 de diciembre de 2009.
- Asunto C - 420/07, *Apostolides c. Orams*, sentencia de 28 de abril de 2009.

- Asunto C - 491/10 PPU, *Aguirre Zárraga c. Simone Pelz*, sentencia de 22 de diciembre de 2010.
- Asunto C - 497/10 PPU, *Bárbara Mercedi c. Ricard Chaffe*, sentencia de 22 de diciembre de 2010.
- Asunto C - 523/07, A., sentencia de 2 de abril de 2009.
- Asuntos acumulados C - 356/11 y 357/11, *O., S. y Maahanmuuttovirasto*, sentencia de 6 de diciembre de 2012.

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Jurisprudencia consultada en <http://www.poderjudicial.es/search/>

- STS, Sala 1ª, Pleno, sentencia de 6 de febrero de 2014, ROJ: STS 247/2014.
- Auto del TS, Sala 1ª, Pleno, auto de 2 de febrero de 2015, recurso nº 245/2012, ROJ: ATS 335/2015.
- TSJ de Madrid, Sala de lo Social, sentencia de 23 de diciembre de 2014, nº 1201/2014, ROJ: STSJ M 16500/2014
- Sentencia de 17 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia.

JURISPRUDENCIA COMPARADA

- Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas
 - Sentencia de 28 de noviembre de 1958, Asunto *Boll*, « *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs* », *Pays Bas c. Suède* ».

- Jurisprudencia francesa.

Jurisprudencia consultada en <https://www.courdecassation.fr/>

- *Cour de cassation*, 1^{re} ch., nº 09-17.130, de 6 de abril de 2011.
- *Cour de cassation*, 1^{re} ch., nº 09-66.486, de 6 de abril de 2011.
- *Cour de cassation*, 1^{re} ch., nº 10-19.053, de 6 de abril de 2011.
- *Cour de cassation*, 1^{re} ch., nº 12-18.315, de 13 de septiembre de 2013.
- *Cour de cassation*, 1^{re} ch., nº 12- 30.138, de 13 de septiembre de 2013.
- *Cour de cassation*, 1^{re} ch., nº 13-50.005, de 19 de marzo de 2014.
- *Cour de cassation, Assemblée plénière*, nº 619 (14-21.323), de 3 de julio de 2015.
- *Cour de cassation, Assemblée plénière*, nº 620 (15.50.002), de 3 de julio de 2015.

- Jurisprudencia de los Estados Unidos de América.

Jurisprudencia consultada en: www.supremecourt.gov, en www.scotusglob.com o en www.incadat.com.

- *Abbott v. Abbott*, nº 8-645 (U.S. May 17, 2010).
- *Croll v. Croll*, 229 F. 3d 133 (2d Cir. 2000, 2000).
- *González v. Gutiérrez*, 311 F. 3d 942 (9th Cir. 2002).
- *Fawcett v. McRoberts*, 326 F. 3d 491, 500 (4th. Cir. 2003).
- *Funes v. Reeves*, 362 F. 3d 702 (11th Cir. 2004).

o Jurisprudencia británica

Jurisprudencia consultada en www.familylawweek.co.uk.

- *Poel v. Poel*, (1970), 1 WRL1469.
- *Nash v. Nash* (1973), 2 All ER 704.
- *Lonslow v. Hennig* (1986), 2 FLR 378
- *Belton v. Belton* (1987), 2 FLR 343
- *Payne v. Payne* (2001), EWCA Civ. 166.

Resoluciones e Instrucciones de la DGRN

Las Resoluciones e Instrucciones están disponibles en <http://www.mjusticia.gob.es>.

- Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (*B.O.E.* núm. 243, de 7 de octubre de 2010)
- Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014.
- Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

ANEXO II

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguilar Benítez de Lugo, M., “La familia en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLV (1993), 1, pp. 7-39.
- Albert González, M., “Los contraltos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, nº 7863, Sección Doctrina, 22 may. 2012, La Ley 5137/2012.
- Alonso García, R., “Sobre la adhesión de la UE al CEDH (o sobre cómo del dicho al hecho, hay un trecho)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Sección Tribuna, nº 53, enero-marzo 2015.
- Alonso-Carvajal, A. “La sustracción internacional de menores”, en *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo (Jornadas de cooperación judicial europea celebradas en Madrid, los días 25, 26 y 27 de octubre de 2004)*, Coord.: Quiñones Escámez, A., Ortuño Muñoz P. y Calvo Babío F., *La Ley-Actualidad*, Madrid, 2005.
- Alston P., “The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights”, *International Journal of Law and the Family*, 8 (1994), 1-25.
- Álvarez González, S., “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”, *Derecho privado y Constitución*, nº 16, 2002.
 - “El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, tomo 6, 1998, Ref. D- 313.
 - “Comentario a la STJ (Sala 1ª), de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga y Simone Pelz*”, *REDI*, vol. LXII (2010), 2, pp. 247- 251, 2010-24-Pr.

- “Comentario a la STJ de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU, *Mercredi*”, *REDI*, vol. LXII (2010), 2, pp. 251- 254.
 - “Secuestro internacional de menores (legal kidnapping) y cooperación internacional: la posición española ante el problema”, *Poder Judicial*, 2ª época, nº 4, 1986, pp. 9-32.
 - “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del *exequátur* y derecho del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, 28/02/2011, Nº 7578, año XXXII, Editorial La Ley.
 - “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, tomo 5, 2000, Ref. D-179.
 - “¿Orden público europeo *versus* orden público internacional de cada Estado?”, *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 19-20 septiembre 2013, Barcelona, http://www.academia.edu/6232084/_Orden_p%C3%BAblico_europeo_ versus_orden_p%C3%BAblico_internacional_de_cada_Estado.
 - “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr.*, t. X, 2010, pp. 339-377.
 - “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, AA.VV. (Coords. Forner Delaygua, J., González Beilfuss C., Viñas Farré R.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 77- 90.
 - “El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas”, *Diario La Ley*, nº 7230, Sección Doctrina, 31 de julio de 2009, Año XXX, ref. D-268.
- o Arrese Iriondo, Mª N., “Derecho a contraer matrimonio”, AA.VV., (Dir. Lasagabaster Herrarte), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Cizur-Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2009, pp. 618-638.

- Arriaga Iraburu, I., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Pamplona, Eunsa, 2003.
- Artino M., Noël, P.-Y., « Les perspectives d'interactions entre la CJUE et la Cour Européenne des Droits de l'Homme, du fait de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nº 540, juillet-août 2010, pp. 446-450.
- Arzoz Santisteban, X., "Derecho al respeto de la vida privada y familiar", AA.VV. (Dir. Lasagabaster Herrarte), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Cizur-Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pp. 293-389.
 - Arzoz Santisteban, X., "Derecho al respeto de la vida privada y familiar", *Estudios y comentarios Legislativos*, Navarra, Civitas-Aranzadi, 2009.
- Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA), *Jurisdicción de Familia, XX Años*, Madrid, Dykinson, 2013.
- *Avis de la Cour sur le rapport des Sages* (tel qu'adopté lors de la Session Plénière du 2 avril 2007), Cour Européenne des Droits de l'Homme, 2007.
- *Avis 2/94 de la Cour de Justice* (28 mars 1996). Adhésion de la Communauté à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, https://www.ena.lu/avis_2_94_cour_justice.
- Barbosa Delgado, F. R., "Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales", *Revista Derecho del Estado*, nº 26, enero-junio 2011, pp. 107-135.
 - "El margen nacional de apreciación en el Derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática", *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, 2012, pp. 51- 63.
- Battifol, H., Francescakis, P.H., « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, pp. 256-279.

- Beaumont, P.R., «The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction», *RCADI*, 2008, Tome 335, The Hague/Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 13 -103.
 - « The Art. 8. Jurisprudence of the European Court of Human Rights on the Hague Convention on international child abduction in relation to delays in enforcing the return of a child », *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, Venturini G., Bariatti, S., Giuffrè, 2009, pp. 75-94.
 - Y Walker, L., “Post *Neulinger* case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention”, *A commitment to private international law: essays in honor of Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 17- 30.
 - Beaumont, P., Trimmings, K., Walker, L., Holliday, J., “Child abduction: recent jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, january 2015, pp. 39-63.
- Bell, Mark, “Las familias, parejas e hijos y la Unión Europea”, *Informe y Recomendaciones de ILGA-EUROPE*, Policy paper, abril, 2003.
- Benoit-Rohmer F., « Droits fondamentaux : L’Union européenne et les droits fondamentaux depuis l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », *RTD eur.*, vol 47 (1), janv-mars 2011, pp. 145-172.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Hijos made in California”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* nº 3/2009, parte Tribuna, BIB 2009/411.
- Berthiau, D., « L’ordre public au préjudice de l’enfant », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1522.
- Besson S., “The European Union and Human Rights: Towards a Post-National Human Rights Institution?”, *Human Rights Law Review*, 6:2 (2006), pp. 323-360.
- Blanco-Morales Limones, P., “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, www.bitacoradipr.com, nº 1, junio de 2015.

- Bodgan, M., “Some reflections on the treatment by the ECtHR of the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction”, AA.VV. (Coords. Forner Delaygua, J., González Beilfuss C., Viñas Farré R.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 213-224.
- Boiché, A., « La non-exécution d’une décision étrangère rendue exécutoire statuant sur la résidence d’un enfant viole la Convention européenne des droits de l’homme », *AJ Famille*, 2009, p. 36.
 - « La cour strasbourgeoise a-t-elle décidé d’annihiler la convention de La Haye ? », *AJ Famille*, 2012, p. 97.
 - « Enlèvement international : la Cour de cassation refuse de suivre la jurisprudence *Neulinger* de la Cour européenne des droits de l’homme », *AJ Famille*, 2013, p.185.
 - « Enlèvement international d’enfants : la Cour européenne des droits de l’homme revient sur sa jurisprudence *Neulinger* », *AJ Famille*, 2014, p. 58.
 - « Le sort des enfants recueillis par *kafala* en matière d’adoption: la Cour européenne des droits de l’homme approuve la position prohibitive du droit français », *AJ Famille*, 2012, p. 546.
- Bollé, S., « La conformité à la Convention européenne des droits de l’homme de l’interdiction d’adoption un enfant recueilli en *kafala* », *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n° 95/2013, p. 717-724.
- Borrás, A., “El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado” (Discurso de ingreso como miembro) *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, 23 de noviembre de 1993.
 - “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes”, *Pacis Artes: Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo II, Derecho internacional privado, Derecho constitucional y varios, Madrid, UAM/Eurolex, 2005, pág. 1287.

- “Comisión especial de octubre de 1989 sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *REDI*, vol. XLII (1990), nº1, enero-junio, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1990, pp.289-290.
 - “Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado: Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores (La Haya, 18-21 de enero de 1993)”, *REDI*, vol. XLV (1993), nº 2, julio-diciembre, pp.645-647.
 - “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: tercera reunión de la Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (17 a 21 de marzo de 1997)”, *REDI*, vol. XLIX (1997), nº 1, enero-junio, Madrid, AEDIPr, 1997, pp. 348-350.
 - “De “Bruselas II” a “Bruselas II bis”... ¿o a “Bruselas II Plus”?, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo I, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, pp. 239-257.
 - “La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989”, AA.VV. (Dir. Aldecoa Luzarraga, F., Forner Delaygua, J.J.), *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño.*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, AEDPIRI, AEJI, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, 2010, pp. 11-37.
- Bouza Vidal, N., “La integración del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores en el sistema europeo de Derechos Humanos”, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum*. José Luis Iglesias Buhigues, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

- Breen C., *The Standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2002.
- Bromley, P.M., *Family Law*, London, Butterworths, 1971.
- Bucher, A., « La Famille en Droit International Privé », *RCADI*, tome 283, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000, TOME 283, pp.19-186.
 - *L'enfant en droit international privé*, Genève, Helbing& Lichtenhahn, 2003.
- Bujosa Vadell, M. L., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, Tecnos, 1997.
- Buquicchio-de Boer, M. "Children and the European Convention on Human Rights. A survey of case-law of the European Commission and Court of Human Right", *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Berlin, Bonn, München, Edit. Matscher/Petzold, Köln, 1988.
- Burkhard Hess, « Mutual Recognition and Fundamental Rights. Case C-491/10 PPU-Andrea Aguirre Pelz », *www.conflictoflaws.net*, 12/12/2010.
- Bustos Gisbert, R., "El diálogo entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la construcción de un sistema europeo de defensa de los derechos fundamentales", AA.VV. (Dir. Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, págs. 169-178.
- Byk Christian, "La bioética en la jurisprudencia de la Convención Europea de Derechos Humanos", www.juridicas.unam.mx, pp. 157-193.
- Caamiña Domínguez, C., *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010.
- Calvo Caravaca A.-L. y Carrascosa González, J., "Problemas de secuestro internacional de menores", *Actualidad Civil*, La Ley 1896/2001, Sección Doctrina, 1998, ref. XXI, tomo 2, Edit. La Ley.
 - "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Surrogacy and private international law: beyond the spanish Supreme

- Courte and the European Court of Human Rights”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2015), vol. 7, nº 2, pp. 45-113.
- *Derecho internacional privado*, Vols. I y II, Granada, Comares, 2014-2015.
 - “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción internacional: el ataque de los clones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2010), Vol. 2, nº 1, pp. 73-139.
 - “El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y la ley aplicable a la protección de los niños. Algunas cuestiones de método”, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
 - “La sustracción internacional de menores”, AA.VV. *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo. (Jornadas de cooperación judicial europea, Madrid 25-27 octubre 2004)*, Madrid, La Ley-Actualidad, 2005, pp. 243-266.
 - “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, nº 1, pp. 247-262.
 - “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2009), vol. 1, nº 2, pp. 294-319.
- Camarero González, G., “La sustracción de menores en Europa occidental. Un estudio de Derecho comparado (I)”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2075, Año LXII, Quincena del 15 al 31 dic. 2008, Edi. Ministerio de Justicia, pp. 7-45.
 - “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por

sustitución”, *Diario La Ley*, nº 7910, Sección Tribuna, La Ley 7714/2012.

- Cantwell, N., “The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child”, *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the “Travaux Préparatoires”*, (Ed. S. Detrick), Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 19-30.
- Carmona Luque, R., *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de Progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Dykinson, 2011.
- Caro Gándara, R., “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II *bis* como banco de pruebas)”, *Diario La Ley*, nº 7641, de 31 de mayo de 2011.
- Carrillo Salcedo, J.A., “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 6159, Sección Unión Europea, 31 dic. 2004.
- *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, AA.VV., (Dir. Mangas Martín A.), (Coord. González Alonso, L.N.), Bilbao, Fundación BBVA, 2008.
- Catalá i Bas, A., “Comentario introductorio a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de octubre de 1994 (Caso *Kroon y otros contra Países Bajos*)”, *Revista General de Derecho*, nº 632, 1997, pp. 5361- 5367.
- Chassin, C.-A., « La rétention des étrangers mineurs accompagnant leurs parents », *Revue trimestrielle de Droits de l’homme*, 2013, nº 95, pp. 681-696.
- Chénéde, F. « Condamnation européenne pour insuffisance des mesures prises en faveur de la réunion parent/enfant », *AJ Famille*, 2009, p. 451.
 - « Efficacité sur le territoire français de la gestation pour autrui réalisée à l’étranger », *AJ Famille*, 2007, p. 478.
 - « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l’instrumentalisation des droits de l’homme », *Recueil Dalloz* 2014, p. 1797.
 - « L’établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l’étranger. Liberté et responsabilité de l’assemblée plénière de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1172.

- *Children's rights, as they see them*, Luxembourg, European Commission-Justice, European Union, 2011.
- Cohen, D., « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Revue Critique de Droit International Privé*, juillet-septembre 1898, pp. 450-483.
- Cohen-Jonathan, G., *Aspects européens des droits fondamentaux. Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 1996.
- *Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, La Haye, 1^{er} octobre 2002, www.hcch.net.
- *Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 de mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (17-25 juin 2010). Conclusions et Recommandations*. Conférence de La Haye de Droit International Privé, www.hcch.net
- *Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de La Haye de 1980 et 1996 (1-10 juin 2011). Conclusions et Recommandations*. Conférence de La Haye de Droit international privé, www.hcch.net.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, *Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño*, COM (2011) 60 final, Bruselas, 15.2.2011.
- *Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión especial para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la implementación práctica del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (30 de octubre-9 noviembre de 2006), noviembre de 2006*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.
- *Contacto Transfronterizo relativo a los niños. Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas*, Family Law para la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2010.

- Cordero Álvarez, C., “Adopción en Europa y efectos de la *Kafala* en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 455-489.
- Cordero Arce, M., *Hacia un discurso emancipador de los derechos de las niñas y los niños*, Lima, Ifejant, 2015.
- Corera Izu, M., “Abandonados, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, nº 8345, Sección Doctrina, 2 de julio de 2014, La Ley 4360/2014.
- Coussirat-Coustère, V., “Article 8.2”, AA.VV., (Dir. Pettiti, L.-E., Decaux, E., Imbert, P.-H.), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, París, Economica, 1999, pp. 323-351.
 - “La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en 1986 », *Annuaire Français de Droit International (AFDI)*, XXXIII, 1987, pp. 239- 263.
- Coustet, T., “Gestation pour autrui (filiation): la CEDH condamne la France”, *Dalloz actualité*, 30 juin 2014.
- De Miguel Asensio, P. A., “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, 1998, julio-agosto, pp. 541-558.
 - “El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea”, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, 12 de marzo de 2015.
 - “El derecho a la vida privada y familiar como fundamento del reconocimiento de decisiones extranjeras”, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, 11 de mayo de 2011.
 - “El reconocimiento en España de la filiación de nacidos mediante gestación por sustitución tras las sentencias *Menesson* y *Labassée* del TEDH”, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, 26 de junio de 2014.
- De Torres Perea, J.M., *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Iustel, 2009.

- “Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *Diario La Ley*, nº 8281, Sección Doctrina, 28 mar. 2014, Año XXXV.
 - “El interés del menor en el Derecho de familia norteamericano: del caso de Mary Ellen McCormack a los supuestos de oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español”, *VLex*, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/ellen-mccormarck-oncofertilidad-espaa-468599442>.
 - “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *Diario La Ley*, nº 8281, Sección Doctrina, 28 mar. 2014, La Ley 1435/2014.
- De Verda y Beamonte, J.R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, nº 7501, Sección Tribuna, 3 nov. 2010, La Ley 13417/2010.
 - Delmas-Marty, M., Izorche, M.L., « Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste », *Revue du Droit de McGill*, nº 46, 2001, p. 925.
 - Díaz Barrado, C. M., “La Convención sobre los Derechos del Niño”, *Estudios Jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1991.
 - Díaz Martínez, A., “La determinación del lugar de residencia del menor como conflicto en el ejercicio conjunto de la patria potestad por progenitores no convivientes”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 9/2013, BIB 2012/3483, Comentario, Pamplona, Aranzadi, 2013.
 - Díaz Crego, M., “España ante el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”, *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2009, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 979-998.
 - Díez-Picazo, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3ª edic., Cizur-Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2008.

- Dionisi-Peyrusse, A., « La CEDH face au refus de l'adoption simple de l'enfant du concubin homosexuel et au "tourisme procréatif" », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1241.
 - « Actualités de la bioéthique », *AJ Famille*, 2015, p. 364.
- *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, Ginebra, ACNUR, 2008.
- Douris M., « L'adoption, palliatif à la non-contestation de la filiation biologique », *AJ Famille*, 2011, p. 108.
- Dreyzin de Klor, A., "La influencia de los derechos humanos en el derecho internacional de familia: sustracción internacional de niños", *XXVI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, Santo Domingo (República Dominicana), 13-17 diciembre de 2010.
- Droz, G., « Une Convention de La Haye de droit international privé devant la CIJ », *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1958, pp. 626 y ss.
- Duncan, W., "Derecho de visita transfronterizo: principios generales y buenas prácticas", *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Doc. Prél. nº 4, octubre de 2006*, La Haya, 30 octubre-9 noviembre de 2006.
- Durán Ayago, A., "El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 265-308.
 - "Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015", *Bitácora Millennium DIPr*, nº 2, Tirant lo Blanch, septiembre 2015, pp. 50-63, www.millenniumdipr.com.
 - "La filiación adoptiva en el ámbito internacional", *La Ley*, núm. 5272, 21 de marzo de 2001, pp. 3-14.
 - "El interés del menor como principio inspirador de la adopción internacional", *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 18, 2000, pp. 355-366.

- Dyer, M. A., « Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents (« kidnapping légal ») », *Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Quatorzième Session 6-25 octobre 1980*, La Haye, Bureau Permanent de la Conférence, 1982.
- Eekelaar, J., "The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism", *International Journal of Law and the Family* 8, (1994), 42-61.
- Escobar Hernández, "Ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ", *REDI*, vol. XLII (1990), nº 2, pp. 547-549.
- Esparza Leibar, I., Etxeberria Guridi, J.F. "Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo", *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. AA.VV. (Dir. Lasagabaster), Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2009, pp. 146 – 226.
- Espinar Vicente, J.M. "Comentario a la sentencia 604/1998 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980", *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, 1999, Ref. III, pág. 31, tomo 1.
- Espinosa Calabuig, R., "Tratado constitucional europeo y principio de reconocimiento mutuo en materia de protección de menores", AA.VV., (Coord. De la Oliva Santos, A., Armenta Deu, T.), *Garantías Fundamentales del Proceso Penal en el Espacio Judicial Europeo*, Madrid, Colex, 2007.
 - *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Fabre-Magnan, M., "Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 224.
- Farnós Amorós, E., "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret*, 1/2010, pp. 1-25.
- Fernández Rozas, J.C., "Derecho internacional privado y Derecho comunitario", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 17, 1990, pp. 785-825.

- “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución europea”, *Diario La Ley*, nº 6097, Sección Unión Europea, 30 sep. 2004, año XXV, Ref. D-195, Edit. La Ley, 2161/2004.
 - “Las obligaciones alimenticias en el Derecho Internacional Privado Español”, *REDI*, vol. XXXVII, nº 1, 1985, pp. 67-108.
 - “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, nº 23, febrero 2015, Año III.
- Fernández Rozas y De Miguel Asensio, P., “Reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos”, *Derecho Internacional Privado. Textos y materiales*, Pamplona, Aranzadi, 2014.
- Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 6ª edición, 2011.
- Fernández-Sancho Tahoces, A.S., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011, parte Estudio, Pamplona, Aranzadi, 2011.
- Ferrer i Riba, J., “Principles and Prospects for a European System of Child Protection”, *InDret* 2/2010.
- Flauss, J.F., “Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme (septembre 2008-février 2009). Chroniques », *Actualité Juridique du Droit Administratif (AJDA)*, nº 16/2009, pp. 872-885.
- Flores Rodríguez, J., “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa”, *Diario La Ley*, nº 8363, Sección Tribuna, 28 de julio de 2014, La Ley 4710/2014.
 - “El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia”, *La Ley Derecho de familia*, 18 de nov. de 2014.
- Franzina P., « Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad », *Diritti umani e diritto internazionale*, vol.5, nº 3, 2011, pp. 609-616.
- Fricero, N., « L’aide juridictionnelle dépend du sérieux du moyen de cassation », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1063.

- Fulchiron H., (dir), *Les enlèvements internationaux d'enfants*, AA.VV., Paris, PUF, 2005.
 - « L'enfant de la fraude. Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 905.
 - « Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2349.
 - « *Fraus omnia corrumpit* ? À propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1162.
 - « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », *Recueil Dalloz*, 2014, p.1773.
 - « Gestation pour autrui (statut des enfants) : position du *Tribunal supremo* espagnol », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 626.
 - « Adoption sur *kafala* ne vaut », *Recueil Dalloz*, 2007, n° 12, p. 816.
 - « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*. AA.VV., (Coords., L. d'Avout, D. Bureau, H. Muir-Watt), Issy-les-Moulineaux, Lextenso Éditions, 2014, pp. 359-381.
- Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C., « La circulaire « Taubira » sur les certificats de nationalité française validée », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 357.
 - « « L'enfant de la fraude ». Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 905.
- Fulchiron, H., Nourissat, C., *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, Dalloz, 2005.
- Gallmeister, I., « Inégalité successorale de l'enfant adultérin: condamnation de la France », *Dalloz actualité*, 15 février 2013.
- Gallus, N., « La séparation du couple », *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, AA.VV. (Dir. Krenc, F. y Puéchavy M.), *Droit et Justice*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 55- 87.

- García de Enterría, E., Fernández, T.R, *Curso de Derecho Administrativo I*, Cizur Menor, Thomson Reuters- Civitas, 2011, pp- 481-488.
- García Jiménez, M^a E., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XX*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010.
- Gaudemet-Tallon, H., « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). Cours général », *RCADI*, tome 312, La Haye, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 9-488.
- « General Discussion. Children without parental care », *Committee on the Rights of the Child*, Fortieth session, Geneva, 12-30, september 2005, CRC/C/153, 17 march 2006.
- Gérard Cohen-Jonathan, *Aspects européens des droits fondamentaux: libertés et droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 1996.
- Goldstein, J., Freud, A., Solnit, A., Goldstein, S., *In the Best Interests of the Child*, New York, The Free Press, 1986.
- Gómez Gálligo, F.J., « La reforma del Registro Civil en España », *Diario La Ley*, nº 8458, 2015.
- González Beilfuss, C., “El traslado lícito de los menores: las denominadas *relocation disputes*”, *REDI*, vol. LXII-2010, nº 2, pp. 51-75.
 - “España, la Unión Europea y los retos principales para la unificación del Derecho internacional privado”, *XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI* (documento en imprenta), Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015.
 - “Comentario a la Sentencia del TEDH (Gran Sala), Asunto *Neulinger y Shuruk contra Suiza*, de 6 de julio de 2010”, *REDI*, vol. LXII (2010), 2, 2010-19-Pr., pp. 232-235.
 - “El Informe Borrás en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, AA.VV. (Coords. Forner Delaygua, J., González Beilfuss C., Viñas Farré R.), *Entre Bruselas y La Haya*. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional

- privado. *Liber Amicorum* Alegría Borrás, Madrid, Marcial Pons, 2013, págs. 491-501.
- González Campos, J.D., « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé. Cours Général », *RCADI*, 2000, t. 287, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2002.
 - “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso”, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 695-716.
 - “La Constitución europea y el Derecho internacional privado comunitario: ¿un espacio europeo de justicia en materia civil complementario del mercado interior?”, *Constitución Europea y Derecho penal económico*, Ramón Areces, Madrid, 2006, págs. 129-133.
 - González del Pozo, J.P., “La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores”, *Diario La Ley*, nº 6886, Sección Doctrina, 19 feb.2008, año XXIX.
 - González Granda, P., “El laberinto legislativo en la des judicialización de la llevanza del Registro Civil”, *Diario La Ley*, nº 8421, Sección documento on-line, 14 de noviembre de 2014.
 - González Vaqué, L., “El acuerdo de adhesión de la UE al convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales: análisis de la motivación del TJUE para la declaración de su (in) compatibilidad con el derecho comunitario”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, Doctrina, nº 8-9, 2015, pp. 31-49.
 - González Vicente, P. “Problemas detectados en la práctica del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, AA.VV. *Crisis Omatrimoniales. Protección del menor en el marco europeo*. (Jornadas de cooperación judicial europea, Madrid, 25-27 de octubre de 2004), *La Ley-Actualidad*, Madrid, 2005, pp. 209-241.

- Gosselain, C. « Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière : conventions bilatérales et États de tradition islamique » *Rapport de Recherche, Document Préliminaire n° 7 d'août 2002, à l'intention de la Commission spéciale de septembre/octobre 2002*. La Haye, Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de Droit International Privé.
- Gouttenoire, A., « L'audition de l'enfant dans le règlement « Bruxelles II bis » », AA.VV. (Coord. Fulchiron H.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 201-206.
 - « Les droits et obligations découlant de la vie familiale », *Le droit à une vie familiale*, AA.VV., (Dir. Lemouland, J.J., Luby, M.), Paris, Dalloz, 2007.
 - « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Famille*, 2004, p. 380.
 - « Touche pas à ma filiation ! », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 3052.
 - « Cour EDH, *Gnaboré c/ France*, 19 septembre 2000 », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France (RDP)*, 2001, n° 3, pp. 682-685.
 - « Condamnation de la discrimination fondée sur l'article 760 du Code civil entre un enfant légitimé et un enfant adultérin », *La Semaine Juridique (JCP G)*, 2000, II 10286, n° 14, pp. 643-648.
- Granet-Lambrechts, F., "Droit de la filiation", *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1436.
- Guillenchmidt-Guignot, A., « Validité de la renonciation de l'héritier à se prévaloir de l'arrêt Mazurek dans un partage amiable », *AJ Famille*, 2014, p. 65.
- Guinchard, E., « Le créancier d'aliments et le droit international privé de l'exécution », *AJ Famille*, 2006, p. 92.
- Haftel, B., « Gestation pour autrui : éclairage de droit international privé », *AJ Famille*, 2011, p. 265.
- Hague Conference on Private International Law : Overall Conclusions of the Especial Commission of october 1989 on the operation of the Hague

- Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of International child abduction, *International Legal Materials*, vol. XXIX, March 1990, pp. 219 y ss.
- Hammarberg Thomas M., «Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », CommDH / Speech (2008), Strasbourg, 30 de Mayo de 2008, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp>.
 - « Foreword », *Implementing the Convention on the Rights of the Child. Resource Mobilization in Low-Income Countries*. The Hague, Unicef, Martinus Nijhoff, 1995.
 - Hammje, P., « L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2947.
 - Hauser, J., « La vocation successorale est étrangère au droit au respect de la vie privée et familiale », *RTD Civ.* 1996, p. 873.
 - « Nul ne peut invoquer sa propre négligence ou l'extraction douloureuse d'une balle dans le pied par la Grand chambre ! », *RTD Civ.* 2013, p. 358.
 - « Dissolution par décès et évolution des modèles familiaux », *RTD Civ.* 2000, p. 311.
 - « Gestation pour autrui : le droit social est-il finalement plus important que le droit civil ou dis-moi qui est ta mère ? », *RTD Civ.* 2013, p. 828.
 - « L'embryon et la tentation de Strasbourg », *RTD Civ.* 2004, p. 714.
 - « L'embryon congelé n'a pas de valeur vénale et n'est pas un être cher », *RTD Civ.* 2004, p. 482.
 - « Adoption, *kafala* et sort des enfants », *RTD Civ.* 2013, p. 105.
 - « État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : circulez, y à rien à voir ! », *RTD Civ.* 2015, p. 581.
 - Hellen Keller/ Christina Schnell, "International Human Rights Standards in the EU- A Tightrope Walk between Reception and Parochialism?", *Revue Suisse de droit international et de droit européen*, 2010, vol. 20, nº 1, pp. 3-37.
 - Herranz Ballesteros, M., "Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción

internacional de menores”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 44, octubre-diciembre 2012, págs.41-61.

- “Nota a STEDH asunto *López Guió c. Eslovaquia*, sentencia de 3 de junio de 2014”, *REDI*, vol. 67 (2015), 1, pp. 235-238.
- *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Valladolid, Lex Nova, 2004.
- “El Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo”, *Aranzadi Civil*, BIB 2004/1652, nº 13/2004 (Estudio), Pamplona, Aranzadi, 2004.
- “El control por el juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del artículo 42 del Reglamento (CE) nº 2201/2003: el asunto Aguirre Pelz”, *Revista General de Derecho Europeo* (25), 2011.
- Herrera de las Heras, R., “Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida”, *Actualidad Civil*, nº 10, Sección A Fondo, 16-31 mayo 2011, pág. 1131, tomo 1.
- Hervieu, N., “L’adoption internationale aux prises avec la *kafala* sous le regard européen », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012.
- Hilt, P., « L’intérêt supérieur de l’enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *AJ Famille*, 2004, p. 384.
- Hodgkin R., Newell P., *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Unicef, 3ª edición, 2007.
- Hunter-Henin, M., “Droit des personnes et droits de l’homme: Combinaison ou confrontation?”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 95 (4), octobre-décembre 2006, pp. 743-775.
- Iglesias Buhigues, J.L. “Derechos Fundamentales y Derecho Comunitario”, *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 23-38.
- Informe de 2010 sobre la Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. COM (2011) 160 final, Bruselas, 30.3.2011.

- *Informe de 2011 sobre la Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.* COM (2012) 169 final, Bruselas, 16.4.2012.
- Iriarte de Angel, J.L., "La filiación adoptiva", AA.VV., (Coord. Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Granada, Comares, 1998, pp. 169-186.
- Izquierdo Sans, C., "Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional español en materia de derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Europeo*, Pamplona, Civitas, abril-junio 2010, nº 34, p. 196-233.
- Jacqué, J.P., « L'Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Dossier », *Revue Trimestrielle de Droit européen*, vol. 47 (1), janv-mars 2011, pp. 7-8.
- Jiménez Blanco, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
 - "Nota a las STEDH de 26 de junio de 214, asuntos *Mennesson c. Francia y Labassée c. Francia*", *REDI*, vol. 67 (2015), 1, pp. 238-241.
 - "Medidas cautelares y sustracciones de menores", *Diario La Ley*, nº 7601, Sección Tribuna, 31 marzo 2011, Año XXXII, Editorial La Ley.
 - "Unmarried fathers and child abduction in European Union Law", *Journal of Private International Law*, vol. 8 nº 1, abril 2012.
 - "Sustracción internacional de menores. Crónica del TEDH. Asuntos *Povse y Povse c. Austria*, y *X. c. Lituania*", *REDI*, vol. LXVI (2014), 1, pp. 239-245.
 - "Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 51, junio-septiembre 2014, pp. 9-44.
- Kebir, M., "*Kafala*: le refus d'adoption ne porte pas atteinte au respect de la vie familiale", *Dalloz actualité*, octubre 2012.

- Keller, H., Fischer, A., Kühne, D., « Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals », *EJIL* (2010), vol. 21, n° 4, p. 1025-1048.
- Keller, H., Schnell C., “International Human Rights Standards in the EU- A Tightrope Walk between Reception and Parochialism?”, *Revue Suisse de Droit International Européen*, 1/2010.
- Kilkelly, U., *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en oeuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Direction générale des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, France, 2003.
 - *The Child and the European Convention on Human Rights*, England, Ashgate, 1999.
- Kinsch, P. “Private international law topics before the European Court of Human Rights. Selected judgments and decisions (2010-2011)”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13 (2011), pp. 37- 49.
 - « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue Critique de Droit international privé*, 2011, p. 817.
 - « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *Revue Critique de Droit international privé*, 96 (4), octobre-décembre, 2007, p. 817.
 - « Enforcement as a fundamental right », *Nederlands International Privaatrecht*, 2014, pp. 540-550. University of Luxembourg Law Working Paper n° 2014-07.
 - “Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad- Private International Law Rules and European Human Rights Law”, *Convergence and Divergence in Private International Law-Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Eleven International Publishing, 2010, pp. 259-275.

- Kleiner, C., «Le dialogue entre le droit civil et le droit international privé en matière de nom », *Revue Suisse de droit international et de droit européen*, 2010, vol.20, nº 1, pp. 39-65.
- Korczak, J., *Le droit de l'enfant au respect. L'héritage de Janusz Korczak. Conférences sur les enjeux actuels pour l'enfance*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009.
- Kutty F., « Islamic law and adoptions », *The intercountry adoption debate: dialogues across disciplines*, AA.VV. (Dir. Robert L, Ballard y otros), Valparaiso University Law School, junio 2014, pp. 1- 44.
- *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, AA.VV. (Coord. Monereo Atienza, C., Monereo Pérez, J.L.), Granada, Comares, 2012.
- *La maternité de substitution et l'État civil de l'enfant. Dans les États membres*, Commission Internationale de l'État Civil, Secrétariat Général, Strasbourg, 2014, www.ciec1.org.
- *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado de Toledo (26 y 27 de enero de 1990), Toledo, 1991.
- Labayle, H., « La diversité des sources du droit à une vie familiale », *Le droit à une vie familiale*, AA.VV., (Dir. Lemouland, J.J., Luby, M.), Paris, Dalloz, 2007.
- Lagarde, P., « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1986, t. 196, The Hague, Martinus Nijhoff, pp. 9-238.
 - *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, XVIII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.*
 - “Annulation de la transcription d'un acte de naissance californien résultant d'une convention de gestation pour autrui. Cour de cassation », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2009, p. 320.
- Lamm, E. “Gestación por sustitución”, *InDret*, 3/2012, www.indret.com.

- *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universitat de Barcelona Publicacions i Edicions, 2013.
- Lázaro González, I. (coord.), AA.VV. *Los menores en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 2002.
- Le Guidec, R., "Succession et libéralités », *JCP G* (La Semaine Juridique), 2000 I, p. 278.
- Lefebvre V., « Gestation pour autrui : la CEDH persiste et signe », *Dalloz Actualité*, 20 février 2015.
- *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, AA.VV. (Dir. Truchet, D.), Paris, Thémis PUF, 2003.
- Lezertúa, M., "El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- Liñán Noguera, D., "Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español", *REDI*, vol. XXXVII, 1985, nº 2, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1985, pp.355-376.
- Llamas Pombo, E., Maestre Casas, P., "Sustracción y restitución internacional de menores", *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*, Madrid, La Ley, 2009, pp. 499-542.
- Lopes Pegna O., "L'interesse superiore del minore nel Regolamento nº 2201/2003", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 49, 2, 2013, pp. 357-384.
- López Barja de Quiroga J. y León García-Comendador Alonso, *Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- Maestre Casas, P., "Sustracción y restitución de menores", *Nuevos conflictos en el Derecho de familia*, Madrid, Editorial La Ley, 2009.
- Malaurie, P., "Successions-Partage. Jurisprudence (1997)", *La Semaine Juridique*, 1997, II, 22834, pp. 207-209.
- Marchadier, F., "La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et

administrative”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, octobre-décembre 2007, vol.96-4, pp. 677-715.

- “Chronique Jurisprudence, CEDH”, *JDI*, n° 2 2011, avril- mai-juin, pp. 415-434.
- « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2700.
- Marguénaud, J.P., « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, AA.VV. (Dir. Krenc, F. y Puéchavy M.), Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 15-27.
 - « L'importance grandissante des mesures de préparation des rencontres entre parents et enfants séparés », *RTD Civ.* 2001, p. 451.
 - « La réception européenne de la *kafala* », *RTD Civ.* 2012, p.705.
 - « Les tergiversations de la Cour européenne des droits de l'Homme face au droit à la vie de l'enfant à naître », *RTD Civ.* 2004, p. 799.
 - « L'État civil dans tous ses états : la transcription des jugements étrangers d'adoption plénière par une personne célibataire », *RTD Civ.*, 2007, p. 738.
 - « Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous x », *RTD Civ.* 2003, p. 375.
 - « Digicode, liberté de religion et effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD Civ.* 2003, p.383.
 - « La délimitation par la Cour de Strasbourg du domaine de « l'effet horizontal » de la CEDH », *RTD Civ.* 1999, p. 498.
 - « Le droit des homosexuels de pouvoir adopter trouve sa limite caricaturale dans l'intérêt des enfants », *RTD Civ.* 2002, p. 389.
 - « La conciliation du droit au respect de la vie familiale et de la protection du mineur en danger », *RTD Civ.* 1997, p. 541.
 - « Extension des exigences du droit à un procès équitable à la phase d'exécution de la décision », *RTD Civ.* 1997, p. 1009.

- « Le droit civil français sous influence de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD Civ.* 1996, p. 505.
- « De la conformité du droit français aux exigences de l'arrêt Marckx », *RTD Civ.* 1997, p. 542.
- « L'intérêt supérieur de l'enfant, instrument d'hégémonie de la Convention EDH sur les conventions procédurales », *RTD Civ.* 2010, p. 735.
- « Avis de tempête européenne sur l'interprétation des testaments et des contrats privés (Cour EDH, 4^e sect. 13 juill. 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*), *RTD Civ.* 2004, p. 804.
- "L'égalité des droits patrimoniaux de la famille", *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, AA.VV. (Dir. Sudre F.), Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2002, pp. 335-351.
- « De la conformité du droit français aux exigences de l'arrêt Marckx », *RTD Civ.* 1997, p. 542.
- « La volonté de l'enfant de ne pas quitter la famille d'accueil », *RTD Civ.* 1998, p. 999.
- « La Cour européenne des droits de l'homme empêtrée dans les difficultés transitoires d'application de l'arrêt *Mazurek* ou l'art européen de se tirer une balle dans le pied », *RTD Civ.* 2011, p. 732.
- « Alerte européenne sur le droit des régimes matrimoniaux », *RTD Civ.* 2013, p. 810.
- « Les prolongements sonnants et trébuchants de l'arrêt *Mazurek* », *RTD Civ.* 2005, p. 335.
- « *Mazurek* revigoré ou l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet des normes de la Convention telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg », *RTD Civ.* 2013, p. 333.
- « Inégalité successorale de l'enfant adultérin : le contribuable français perd 500 000 F à la suite d'un pari européen inconsidérément engagé par la première chambre civile de la Cour de

- cassation (Cour EDH *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000) », *RTD Civ.* 2000, p. 429.
- « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD Civ.* 2015, p. 325.
 - « La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD Civ.* 2014, p. 835.
- Martín y Pérez de Nanclares, J., "La protección de los derechos fundamentales en la UE: cuestiones pendientes tras la Carta de Niza", *Anuario Jurídico de La Rioja*, nº 6-7, 2000-2001, pp. 387-428.
 - Martínez Pérez, E. "La actualización de los derechos fundamentales en Europa: la incidencia de la Carta en la jurisprudencia de Estrasburgo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, enero-abril 2013, pp. 155-190.
 - Medina Ortiz, J., "Nuevo criterio en la interpretación de disposiciones testamentarias, introducido por el TEDH", *La Notaría*, nº 10/2004, pp. 63-90.
 - Melchior, M., "Rapport sur la jurisprudence relative à l'article 8 de la Convention", *Jornadas: Jurisprudencia europea en materia de derechos humanos*, Bilbao 17-20 septiembre 1990, Vitoria-Gasteiz, Eusko Jaurlaritzako Gobierno Vasco, 1991.
 - Miralles González, I., "El interés del menor y la privación de la patria potestad", *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 10/2004, Pamplona, Aranzadi, 2004.
 - Miralles Sangro, P.P., "Acerca de la eficacia de los Convenios internacionales contra el "secuestro" internacional de menores", *Diario La Ley*, nº 5659, Sección Doctrina, Año XXIII, 20 nov. 2002, ref. D-245, tomo 6, Editorial La Ley.
 - Monográfico sobre "La tutela multinivel de los Derechos Fundamentales" *Revista Vasca de Administración Pública-Herri-Arduralaritzazko Euskal Aldizkaria*, 2008 iraila/septiembre-abendua/diciembre, 82 (II).
 - Morley, J. D., "The Hague Abduction Convention and Human Rights: a critique of the *Neulinger Case*", *International Academy of Matrimonial Lawyers Journal*, vol. 4, summer 2011, Voice of the Child.

- Mowbray A., “An Examination of the European Court of Human Rights’ Approach to Overruling its Previous Case Law”, *Human Rights Law Review*, 9:2 (2009) pp. 179-201.
- Mowbray LLB, A.R., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004.
- Moyá Escudero, M., “Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-17, tomo 1, Editorial La Ley.
 - “El secuestro internacional de menores” (en la multiculturalidad: especial referencia al Islam), *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, CGPJ, 2002, pp. 411-460.
 - *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998.
- Muir Watt, H., “Conflicts de jurisdictions: jurisprudence”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 96 (4) octobre-décembre 2007, pp. 808-846.
 - « Du pouvoir des États de définir les exigences de l’ordre public selon leurs conceptions propres », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, p. 481.
- « Note Préliminaire sur le déménagement familial international », Doc. Prél. N° 11, janvier 2012, *Conférence de La Haye de Droit international privé*, Bureau Permanent, www.hcch.net.
- “Observación General nº 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, Comité de los Derechos del Niño, 40º período de sesiones, Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005, Convención sobre los Derechos del Niño, Naciones Unidas, CRC/C/GC/7/Rev.1.
- « Observation Générale nº 12 (2009), Le droit de l’enfant d’être entendu », Comité des Droits de l’enfant, Cinquante et unième session, Genève, 25 mai-12 juin 2009, Convention relative aux droits de l’enfant, Nations Unies, CRC/C/CG/12.
- “Observación General nº 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del

- artículo 44)”, Comité de los Derechos del Niño, 34º período de sesiones, 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003, CRC/GC/2003/5, 27-11-2003.
- Orejudo Prieto de los Mozos, P., “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Diario La Ley*, nº 7913, Sección Tribuna, 31 Jul. 2012, año XXXIII.
 - “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, *Iguals y Diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465-516.
 - “Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010, pp. 619-637.
 - “Nota a la Res. DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2009, pp. 1244-1252.
 - Otaegui Aizpúrua, I., “Derechos del niño. Art. 24 Carta de los DD.FF.UE”, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Materiales de innovación docente*, AA.VV. (Dir. J.I. Ugartemendia, S. García, J. Goizueta), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 239-246.
 - La relevancia del “interés superior del menor” en los supuesto de sustracción internacional de menores”, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales de la UE*, AA.VV. (Dir. J. Goizueta, M. Cienfuegos), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 473-489.
 - “Artículo 7: El derecho al respeto a la vida privada y familiar o el derecho a que nadie se inmiscuya en la esfera privada de las personas”, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, AA.VV. (Dir. Ordeñana, I.), Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 145-160.
 - Ovey C., White, R., Jacobs and White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, Fourth edition, 2006.
 - Paños Pérez, A., “El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor”, *Actualidad Civil*, nº 8, Sección A Fondo, 16-30 abr. 2012, tomo 1, La Ley.

- Pardo Getino, L-A., “Los derechos humanos en el marco de la última reforma de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 21 (2010).
- Parizer-Krief, K., « Gestation pour autrui et intérêt de l’enfant en Grande-Bretagne. De l’indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *Revue internationale de droit comparé*, nº 3, juillet-septembre 2011, pp. 645-659.
- Parker, S. “The best interests of the child. Principles and problems”, *International Journal of Law and the Family* 8 (1994), pp. 26-41.
- Parrón Cambero, M.J., “¿Mater semper certa est?”, *Diario La Ley*, nº 8293, Sección Tribuna, 15 abr. 2014, La Ley 1746/2014.
 - “Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*”, *Diario La Ley*, nº 8269, Sección Tribuna, 12 mar. 2014, Año XXXV.
- Pastor Ridruejo, J.A., “Sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 43/2010, pp. 43-51.
 - Pastor Ridruejo, J.A., “La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz/Vitoria-Gasteizko Nazioarteko Zuzenbidearen eta Nazioarteko Harremanen Ikastaroak*, UPV/EHU, 2007.
- Patarin, J., « Droits successoraux de l’enfant naturel conçu au cours d’un mariage dont sont issus des enfants légitimes », *RTD Civ.* 2000, p. 601.
- Paton J., “The correct approach to the examination of the best interests of the children in abduction convention proceedings following the decision of the Supreme Court in *Re E (Children) (Abduction: Custody appeal)*”, *Journal of Private International Law*, vol.8, nº 3, 2012, pp. 547- 577.
- Pélissier, A., “La réception de l’homoparentalité en droit européen », *AJ Famille*, 2006, p. 406.
- Pérez Vera, E., *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Actas et documentos de la Decimocuarta Sesión, tomo III, Sustracción de menores, La Haya, 1982.

- “El menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLV (1993), 1, pp. 101-115.
 - « El Convenio de los Derechos del Niño en el marco de la protección internacional de los derechos humanos”, *Garantía internacional de los derechos sociales: Contribución de las Naciones Unidas al progreso de desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y el desarrollo del voluntariado*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 169-185.
- Perrin, S., “Établissement de la filiation par le sang au regard de la jurisprudence de la CEDH”, *AJ Famille*, 2012, p. 23.
- Pettiti, C., « L'égalité entre époux », *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, AA.VV. (Dir. Krenc, F., Puéchavy M.), Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 29- 46.
 - « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la Convention de la Haye sur les enlèvements d'enfants », *AJ Famille*, 2006, p. 185.
- Picheral, C., Olinga A-D., « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle de Droits de l'homme* (1995), nº 24, pp. 567- 604.
- Pobjoy, J.M., « The best interests of the child principle as an independent source of international protection”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, abril 2015, pp. 327-363.
- Pradel, J., “La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire: entre prudence et embarras”, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 2456.
- Puente Egido, J. “¿Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos?: Cuestión disputada”, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, pp. 1119-1144.
- Pulido Quecedo, M., “TEDH y legislación sobre secuestro de menores”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 578 (Comentario), 2003, BIB 2003/599.

- Quiñones Escámez, A., “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos *K.B y García Avelló*)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, mayo-agosto 2004, nº 18, año 8, pp. 507-529.
 - “¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II *bis*? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 29, mayo-agosto 2008, pp. 457-482.
 - “Nota a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (relativa a la “gestación por sustitución”)”, *REDI*, vol. LXI (2009), 1, pp. 213-217.
 - “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, 3/2009, pp.1-42, www.indret.com.
 - “Actes de l'état civil. Espagne. Acte de naissance. Maternité de substitution. Instruction du 5 octobre 2010, de la Direction Générale des Registres et du Notariat, sur l'enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui », *Revue Critique de droit international privé*, 2011, p. 183.
 - “Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2201/2003 “, *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo*, La Ley, Madrid, 1ª edición, 2005, (doctrina forma parte del libro, pero ha sido publicado en La Ley 16212/2008.
 - “Responsabilidad parental y sustracción intracomunitaria de menores”, *REDI*, vol. LVII (2005-10-Pr), 1.
- “*Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres*”, 979 bis Réunion, 15 novembre 2006, Documents CM (CM 2006) 203. <http://www.coe.int/t/cm>
- Ravetllat Ballesté, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, nº 2, 2012, pp. 89-108.
 - “Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia”, AA.VV., (Coord. Ravetllat Ballesté), *Derecho de la persona*, Bosch, Barcelona, 2011.

- “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Antecedentes a la Observación General núm. 14 (2013), *La Ley Derecho de familia*, 13 nov de 2014.
- Reis Monteiro, A., *La revolución de los derechos del niño*, Madrid, Editorial Popular, 2008.
- Requejo Isidro, M., *Violaciones graves de Derechos Humanos y Responsabilidad Civil (Transnational Human Rights Claims)*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2009.
 - “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, *AEDIPr.*, t. VI, 2006, pp. 179-194.
 - “El artículo 20 Reglamento (CE) número 2201/2003 ante el TJCE”, *Diario La Ley*, nº 7479, Sección Tribuna, 30 Sep. 2010, Año XXXI.
 - “Spanish homosexual couple and surrogate pregnancy (II)”, 14/03/2009, <http://conflictolaws.net/2009/spanish-homosexual-couple-and-surrogate-pregnancy-ii>.
 - “Nota a la STEDH, de 25 de febrero de 2014, *Avotins c. Letonia*”, *REDI*, vol. 67 (2015), 1, pp. 231-235,
- Ripol Carulla, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona, Atelier, 2007.
 - “Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *REDI*, vol. LXVI (2014), I, pp. 11-53.
- Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2007.
- Rodríguez Benot, A. “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la Kafala)”, *Revista General de Derecho*, nº 667, año LVI, abril 2000, pp. 4419-4447.
 - “Adopción y Kafala: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales”, *REDI*, XVII Jornadas de la AEPDIRI, 1997.
- Rodríguez Mateos, P. “La diversidad normativa en la protección internacional del menor”, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación*

internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás. Marcial Pons, Madrid, 2013.

- “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, vol. XLIV (1992), 2, pp. 465-498.
- Rodríguez Pineau E., “Nota de jurisprudencia de la STJUE, de 15 de julio de 2010, *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez*”, *REDI*, vol. LXII (2010), 2, 2010-21-Pr., pp. 238-241.
 - “Medidas provisionales en el Reglamento Bruselas II bis”, *Diario La Ley*, nº 7601, Sección Tribuna, 31 mar. 2011, Año XXXII.
 - “Comentario a la STJUE, de 9 de noviembre de 2010, *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez*”, *REDI*, vol. LXII (2010), 2, 2010-23-Pr., pp. 244-247.
 - “Comentario a la STJCE (Sala 3ª), de 23 de diciembre de 2009, asunto C-403/09 PPU *Jasna Deticek y Maurizio Sgueglia*”, *REDI*, vol. LXI (2009), 2, 2009-26-Pr., pp. 498-500.
 - “Comentario a la STC de 3 de junio de 2013”, *REDI*, vol. XLVI (2014), I, pp. 284-287.
 - “El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 (Nota a *X. c. Letonia*)”, *Revista General de Derecho Europeo*, 33 (2014).
- Rodríguez-Uría Suárez, I., “Secuestro intracomunitario de menores: ilicitud del desplazamiento y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Comentario a la STUE de 5 de octubre de 2010)”, *Diario La Ley*, nº 7538, Sección Tribuna, 30 dic. 2010, Año XXXI, Editorial La Ley.
 - “Comentario a la STJUE, de 5 de octubre de 2010 (asunto C-400/10), *J.McB y L.E.*”, *REDI*, vol. LXII (2010), 2, 2010-22-Pr., pp. 241-244.
- Rolland, P., « Cour européenne des droits de l’homme. Johnston et autres c. Irlande, 18 décembre 1986 », *Journal du Droit International*, 1987, pp. 812-814.
- Rollin, F., « L’aide juridictionnelle face aux exigences du procès équitable », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 725.

- Rubio Torrano, E., “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2011 (Tribuna), BIB 2010/2505.
- Ruiz Miguel, C., *El Derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1994.
- Russo, C. « Article 8.1 », AA.VV., (Dir. Pettiti, L.-E., Decaux, E., Imbert, P.-H.), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, Economica, París, 1999, pp. 305-321.
- Sabido Rodríguez, M., “Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro Estado miembro”, *Diario La Ley*, Nº 7066, Sección Doctrina, 28 nov. 2008, Año XXIX.
 - “La sustracción de menores en Derecho internacional privado español: algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/03”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXII, 2004, pp. 307-320.
- Sáez-Santurtún Prieto, M., “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, nº 8293, Sección Tribuna, 15 abr. 2014, La Ley 1745/2014.
- Salanova Villanueva, M., “Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 4/2003, BIB 2003/426.
 - “¿Derecho del menor a ser separado de sus padres?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 14/2001, BIB 2001/1260.
- Salinas Alcega, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI: El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Iustel, Madrid, 2009.
- Salvage-Gerest, P., “Adoptabilité, un problème posé par la *kafala* », *Dalloz Action, Droit de la famille*, 2010.
- Sánchez Lorenzo, S.A., «Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de siglo”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1996, pp.1-23, <http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/inicio>.

- Santolaya Machetti, P., “Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (art.8 CEDH)”, AA.VV. (Coord. García Roca, J., Santolaya P.), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 487- 508.
- Sanz Caballero, S., “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 38, enero-abril, 2011.
 - “Los efectos del calentamiento global en los derechos del niño. Una perspectiva desde el derecho internacional”, *REDI*, vol. LXV (2013), 2, pp. 191-207.
- Schurrer, C., « Non-respect par la France de ses obligations positives concernant l’exécution d’un jugement étranger », *Dalloz actualité*, 06 décembre 2010.
- Seijas Quintana, J.A. “Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler”, *Diario La Ley*, nº 8363, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de julio de 2014, La Ley 5216/2014.
- Shapira, A., « Private international law. Aspects of child custody and child kidnapping cases », *RCADI*, 1989, II, Tome 214, Martinus Nijhoff, 1990, pp. 127-250.
- Siffrein-Blanc, C., « La gestation pour autrui heurte les principes essentiels du droit français », *Dalloz actualité*, 14 avril 2011.
 - « L’intérêt supérieur de l’enfant justifie une fois de plus la délivrance d’un laissez-passer pour un enfant issu d’une gestation pour autrui réalisée à l’étranger », *AJ Famille*, 2012, p. 106.
 - « Le refus de métamorphoser une *kafala* en adoption n’est pas contraire aux droits fondamentaux », *RDLF* 2012, chronique nº 25, www.revuedlf.com.

- Silberman, L.J., “Co-operative Efforts in Private International Law on Behalf of Children: The Hague Children's Conventions”, *RCADI*, 2006, t. 323, The Hague, Martinus Nijhoff, pp. 261-478.
- Sindres, D., “Brèves remarques sur les arrêts d’assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 17713.
- Soto Rodríguez, M^a L., “La sustracción de menores”, *Diario La Ley*, n^o 8331, Sección Doctrina, 12 de junio de 2014, La Ley 3838/2014.
- Sudre, F. (Dir.), AA.VV., *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant, 2002.
 - « Droit de la Convention européenne des droits de l’homme. Chronique », *La Semaine Juridique Édition Générale (JCP G)*, n^o 6, Doctrine (1995), 3823.
 - « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l’homme. Étude », *La Semaine Juridique (JCP)*, n^o 28, 2001, I 335.
 - « Droit de la Convention européenne des droits de l’homme. Chronique », *La Semaine Juridique Édition Générale (JCP G)*, 2001, n^o 4, I 291.
 - « Condamnation de la discrimination fondée sur l’article 760 du Code civil entre un enfant légitimé et un enfant adultérin », *La Semaine Juridique Édition Générale (JCP G)*, 2000, II 10286, pp. 643-648.
 - « Droit à la non-discrimination (art. 14). Chronique », *La Semaine Juridique Édition Générale (JCP G)*, 2005 I, 103, pp. 82-85.
- Thierry, J., « Droits successoraux des enfants adultérins », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 332.
- Tigroudja, H. “La discrimination entre enfants”, *Le droit de la famille à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme*, AA.VV., (Dir. Krenc, F., Puéchavy, M.), Bruylant, Nemesis, 2008, Bruxelles, pp. 127-141.

- Tizzano A., « Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH », *RTD eur.*, vol. 47 (1), janv.-mars 2011, pp.9-19.
- Tomuschat, C. "The Effects of the Judgements of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court ", *Italian Society of International Law "La Cooperazione giudiziaria fra Corti in Europa"*, Cosenza, Italy, april 2010, pp. 1-14.
- Torres Gutiérrez, A., "El derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH)", AA.VV., *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 621-636.
- Toulieux, F. "Aperçu sur le recouvrement des aliments en Europe", *AJ Famille*, 2005, p. 383.
- « Travaux préparatoires de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », Cour Européenne des Droits de l'Homme, Strasbourg, Conseil de L'Europe, 12/05/1967, CDH (67) 5.
- Trimmings, K., *Child Abduction within the European Union*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2013.
- Trinidad Núñez, P. "La cara oscura de las relaciones familiares: la protección internacional del niño frente a los miembros de su propia familia" *Diario La Ley, Doctrina*, 28 de mayo de 2004, Año XXV, nº 6028.
- Trombetta-Panigadi, F., "The European Court of Human Rights and the Beste Interests of the Child in the Recent Case Law on International Child Abduction", *International courts and the development of international law: essays in honour of Tullio Treves*, The Hague, Asser Press, 2013, pp. 121-128.
- Tulkens, F., « Pour et vers une organisation harmonieuse », *RTD eur.*, vol. 47 (1), janv.-mars 2011, pp. 27-34.
 - « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC*, 2006, p. 3- 19.
- Urbina Treviño, G., "El TJUE rechaza el proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Dictamen 2/13

- del Tribunal de Justicia (pleno), de 18 de diciembre de 2014”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, Doctrina, nº 8-9, 2015, pp. 1-26.
- Van Bueren, G. *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague-Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1998.
 - “Protecting Children’s Rights in Europe- A Test Case Strategy”, *European Human Rights Law Review*, 1996, 2, p. 177.
 - Vaquero López, C., “La paternidad de las parejas del mismo sexo a través de la gestación por sustitución: problemas jurídicos”, *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, AA.VV., (Dir. Juan Soroeta Licerias), Cizur Menor, Aranzadi, Vol. XIV, 2015, pp. 291-332.
 - Vara Parra, J.J., “El interés del menor en los foros de competencia judicial para las acciones de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) nº 2201/2003”, *REDI*, vol. LVIII (2006), 2, pp. 797-820.
 - Vareille, B., “L’enfant de l’adultère et le juge des droits de l’homme”, *Recueil Dalloz*, 2000, p. 626.
 - Vargas Gómez-Urrutia, M., “Cuando los apellidos traspasan la frontera. Reflejos de la desigualdad en el nombre de la persona en el asunto “Losonci-Rose c. Suiza” y en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista General de Derecho Europeo*, 28 (2012).
 - Vaughan Lowe, N., “Return orders under the 1980 Hague Convention on the civil aspects of international child abduction. The Issues Facing the Japanese Courts”, *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 57 (2014), pp. 77-101.
 - Veerman Philip E., *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
 - Vela Sánchez, A.J., *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Madrid, Edi. Reus, 2015.
 - “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 8600, Sección Tribuna, 8 de septiembre de 2015, La Ley 5167/2015.

- “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, nº 8162, *Sección Doctrina*, 3 oct. 2013, Año XXXIV.
 - “Los nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el Registro civil español”, *Diario La Ley*, nº 8415, *Sección Tribuna*, 6 de noviembre de 2014.
 - “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, nº 8309, *Sección Doctrina*, 13 de mayo de 2014.
 - “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, nº 8279, *Sección Doctrina*, 26 mar. 2014, La Ley 1264/2014.
 - “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, nº 8457, *Sección Doctrina*, 13 de enero de 2015.
- Velázquez Gardeta, J.M., “Algunas reflexiones en torno a la sentencia *Negrepointis-Giannisis contra Grecia* y la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras, *R.V.A.P.* núm. especial 99-100, mayo-diciembre 2014, pp. 2989-3004.
 - Velázquez Sánchez, M^a del M., “Protección de menores y responsabilidad parental en la UE”, AA.VV. (Coord. Llamas, E.) *Nuevos conflictos del derecho de familia*, La Ley-Grupo Wolters Kluwer, 2009, pp. 567-622.
 - Verhellen E., *La Convención sobre los Derechos del Niño: Trasfondo, motivos, estrategias, temas principales*, Amberes/Apeldoorn, Garant, 2002.
 - Vernières, C., « Droits successoraux des enfants: pas de remise en cause des dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 », *AJ Famille*, 2011, p. 556.
 - Viganotti, E., « Modes d’établissement de la filiation », *AJ Famille*, 2012, p.12.
 - « Refus de prononcer l’adoption d’une enfant confiée au titre de la *kafala* », *AJ Famille*, 2015, p. 47.

- « La décision des autorités italiennes de placer l'enfant conçu par une mère porteuse en vue de son adoption n'a pas préservé un juste équilibre des intérêts en présence », *AJ Famille*, 2015, p. 165.
- Villagrasa Alcaide, C., "El interés superior del menor", *Derecho de la persona*, AA.VV., (Coord., Ravetllat Ballesté, I.), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 25-50.
 - Villagrasa Alcaide, C, Ravetllat Ballesté, I., (coord.), AA.VV., *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Barcelona, Bosch, 2006.
- Von Bogdandy Armin, Kottmann Matthias y otros, "Un salvavidas para los derechos fundamentales europeos. Principios básicos de una doctrina Solange en el Derecho de la Unión frente a los Estados miembros", *Revista General de Derecho Europeo* (28), 2012.
- Von Steiger, W.E., "La protection des mineurs en droit international privé", *Recueil des Cours*, tome 112, 1964 – II, La Haye, Martinus Nijhoff, pp. 473-487.
- Walker, L. y Beaumont P., "Shifting the balance achieved by the abduction convention: the contrasting approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice", *Journal of Private International Law*, vol. 7, nº 2, 2011, pp. 231-249.
- Walker, L., "The impact of the Hague Abduction Convention on the rights of the family in the case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: the danger of *Neulinger*", *Journal of Private International Law*, vol.6, nº 3, 2010, pp. 649-682.
- White, R., "Separate opinions in the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 9, Issue-I, pp.37-60.
- Wilderspin M., "Derechos fundamentales en materia de Derecho de Familia: en particular, la sustracción de menores", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011, pp.527-558.
- Zermatten, J., *The Best Interests of the Child. Literal Analysis, Function and Implementation. Working Report*, Institut International des Droits de l'Enfant., URTEAAA???
- Zumaquero L., "El interés del menor en los tribunales españoles", AA.VV., (Dir. Aldecoa Luzarraga, F., Forner Delaygua, J.J), *La protección de los niños*

en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, AEDPIRI, AEJI, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, pp. 39-56.

OTRAS LECTURAS INTERESANTES

- Cassany D., *La cocina de la escritura*, Anagrama, Barcelona, 21ª edic. 2012.
- Turull Max (dir.), AA.VV., *Tècniques de treball i comunicació: Instrumentàrium per a les ciències jurídiques i socials*, Huygens, Barcelona, 2011.