

DERECHO A LA VIDA FAMILIAR, INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

RIGHT TO FAMILY LIFE, BEST INTERESTS OF THE CHILD AND INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION

Dr. Rafael Arenas García

Catedrático de Derecho internacional privado

Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. III. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. IV. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y RECONOCIMIENTO: 1. Interés superior del menor y otros intereses presentes. 2. Sustracción internacional de menores y cooperación de autoridades: A. Obligación de retorno e interés superior del menor. B. Decisión sobre el retorno y competencia de autoridades. C. Conciliando devolución del menor e interés superior del menor. V. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El trabajo analiza la interrelación entre la obligación de retorno del menor en los casos de sustracción internacional, la protección del interés superior del menor y el respeto a la vida familiar que ampara el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La ausencia de una referencia expresa al interés superior del menor en el Convenio de La Haya de 1980 ha planteado algunos problemas de articulación con el CEDH tras la asunción por el Tribunal de Estrasburgo de que el interés del menor es el que prevalece sobre otros que puedan existir en la aplicación del art. 8 del CEDH.

Para solventar los problemas de articulación entre los instrumentos sobre sustracción internacional de menores y el CEDH se propone atribuir a las autoridades del estado de la residencia del menor antes del traslado la competencia para decidir sobre su retorno; limitándose las autoridades del estado al que ha sido desplazado a pronunciarse sobre el reconocimiento de la decisión adoptada en el estado de origen del menor.

PALABRAS CLAVE

Sustracción internacional de menores. Derecho a la vida familiar. Interés superior del menor. Cooperación judicial internacional.

ABSTRACT

The work analyses the interrelationship between the obligation to return the child in cases of international abduction, the protection of the best interests of the child, and the respect for family life protected by the European Convention on Human Rights. The absence of an explicit reference to the best interests of the child in the 1980 Hague Convention has posed some articulation problems with the ECHR following the assumption by the Strasbourg Court that the child's interest prevails over others that may exist in the application of Article 8 of the ECHR. To solve the articulation problems between the

instruments on international child abduction and the ECHR, it is proposed to grant the authorities of the state of the child's residence before the relocation the competence to decide on their return; limiting the authorities of the state to which the child has been relocated to pronounce on the recognition of the decision made in the child's state of origin.

KEY WORDS

International Child Abduction. Right to family life. Best interest of the child. International Judicial Cooperation.

I. INTRODUCCIÓN

Los supuestos de sustracción internacional de menores se encuentran en el cruce de diversos intereses que, si bien no deberían contraponerse, tampoco son plenamente coincidentes. Por una parte, los instrumentos internacionales que se ocupan de este problema¹ descansan sobre el principio de devolución inmediata del menor; un principio que debería ser no solamente compatible, sino concreción tanto del respeto a la vida familiar como del interés superior del menor. Sin embargo, no puede desconocerse que ni este interés superior del menor ni el respeto a la vida familiar se integran como tales en los instrumentos sobre sustracción internacional²; lo que ha planteado ciertas dificultades en los diversos casos que se han dado en la práctica. Así, en concreto, se ha advertido de una posible contradicción entre la exigencia de devolución del menor, por una parte; y el respeto al interés superior del menor, por otra³. Por otro lado, tampoco la garantía del respeto a la vida familiar era, en sí, uno de los objetivos del convenio de La Haya de 1980, tal y como veremos enseguida, por lo que la articulación entre ese derecho y los mecanismos de devolución de los menores que han sido desplazados desde su estado de residencia requiere alguna explicación.

A continuación, nos ocuparemos de la articulación de estos tres principios. En primer lugar, poniendo en relación la lógica de los instrumentos sobre sustracción internacional de menores con el interés superior del menor; tras esto, veremos cómo se conectan el interés superior del menor y el derecho a la vida familiar. Finalmente, examinaremos en qué forma puede articularse el respeto al interés superior del menor con la garantía de su devolución al estado de origen en los casos de sustracción internacional.

Pese a que los problemas tratados tienen carácter universal, el trabajo, sin renunciar necesariamente a realizar referencias extraeuropeas, se centrará en la situación en Europa, poniendo en el centro del análisis el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴ y las

¹ Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980, *BOE*, 24-VIII-1987; Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), *DO*, núm.. L 178, de 2 de julio de 2019.

² El término no aparece en el Convenio de La Haya de 1980, pero sí en su informe explicativo, *vid. ELISA PÉREZ VERA, Rapport explicatif, <https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>*, pp. 430-432.

³ *Vid. ANASTASIA GRAMMATIKAKI-ALEXIOU, “Best interest of the child in Private International Law”, *R. des C.*, 2020, t. 412, pp. 253-434, p. 342; ELENA RODRÍGUEZ PINEAU, “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *REEI*, 2018, núm. 35, pp. 4-8.*

⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, *BOE*, 10-X-1979.

sentencias que lo han aplicado, el Reglamento 2019/1111⁵ y aquellos que le han servido de antecedente.

II. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En la actualidad, y desde hace tiempo, el principio de interés superior del menor es el eje del tratamiento en todas aquellas cuestiones que afectan a quienes entran en esta categoría, la de menor o niño. Pese a que la opción entre los términos niño o menor tiene relevancia⁶, aquí no entraremos en ella, puesto que a los efectos que nos interesan (sustracción internacional) los instrumentos relevantes establecen de forma precisa su ámbito de aplicación, de tal manera que se aplicarán a aquellas personas que no hayan alcanzado los 16 años⁷. En la versión en español del Convenio de La Haya de 1980 puede dar base a la duda sobre si una persona menor de 16 años que tenga la capacidad de decidir sobre su residencia está incluida en el ámbito de aplicación del Convenio, puesto que el art. 4 de dicha versión española utiliza el término “menor”; pero tanto las versiones oficiales del convenio en inglés y en francés (que emplean respectivamente las palabras “*child*” y “*enfant*” como el Informe Explicativo permiten entender que el instrumento se aplica a todas las personas que no han alcanzado los 16 años.

Más allá de este debate, sin consecuencias prácticas en el tema que nos ocupa; sí que resulta relevante constatar que, tal y como se ha avanzado, el Convenio de La Haya no descansa, de manera explícita sobre el interés superior del niño. El objetivo del convenio es la devolución del menor y, en relación con este fin, la introducción de una referencia al interés superior del niño podría resultar contraproducente; o, al menos, así se desprende de su informe explicativo⁸, donde se señala, por una parte, la vaguedad del término⁹ y, por otra parte, que precisamente el interés superior del niño había sido argumentado como motivo de oposición a la devolución del menor¹⁰. A partir de esto, sin embargo, se indica que, en realidad, el fin de la convención es la consecución de ese interés del niño; en tanto en cuanto lo que mejor responde a ese interés es su devolución al país de su residencia originaria¹¹, previéndose también, en ciertos supuestos, que la devolución sea denegada, cuando no responda al interés del menor¹².

Las razones del informe explicativo, sin embargo, vistas con la distancia de más de cuarenta años, no dejan de plantear algunas dificultades. Por una parte, tal y como se acaba de indicar, el interés superior del niño se presenta, inicialmente, como un principio vago que, además, ha sido utilizado para evitar el retorno del menor, un retorno que es -no cabe duda- el centro sobre el que descansa el instrumento. Por otra parte, pese a que se reconoce que la “auténtica” víctima de la sustracción¹³ es el menor, la afirmación parece presentarse como una novedad, en un momento en el que todavía no parece

⁵ *Vid. supra* n. núm. 1.

⁶ *Vid.*, en relación con el Convenio de las Naciones Unidas de 1989 sobre los derechos del niño, PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, 1992, vol. LVIV, núm. 2, pp. 465-498, pp. 467-468 y 475-476. Con carácter más general, *vid.* SANDRA GARCÍA CANO, *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Madrid, Colex, 2003, pp. 62-65.

⁷ Art. 4 del Convenio de La Haya de 1980 y, por remisión al mismo, también el Reglamento 2019/1111 (art. 22).

⁸ *Vid. supra* n. núm. 2.

⁹ *Ibidem*, p. 431, núm. 21.

¹⁰ *Ibidem*, núm. 22.

¹¹ *Ibidem*, núm. 24.

¹² *Ibidem*, núm. 25.

¹³ “*true victim*” en la versión inglesa, “*véritable victime*” en la versión francesa (*ibidem*, núm. 24).

haberse superado la concepción según la cual en la relación entre progenitores e hijos existen derechos recíprocos en vez de asumir que los únicos derechos que existen son los del menor a ser cuidado y educado, desempeñando los progenitores una función que no les atribuye propiamente derechos¹⁴. De hecho, al hacer referencia al derecho de vista¹⁵ se indica que se trata de un derecho que se atribuye a los progenitores que no tienen la guarda (concebida también como un derecho) del menor; en vez de presentarla desde la perspectiva del derecho del menor a relacionarse con sus dos progenitores. Esta perspectiva, de acuerdo con la cual los progenitores u otras personas vinculadas al niño no gozan de derechos en relación con este, sino que ejercen una función con relación al mismo, es la que da sentido a la regulación actual en la materia¹⁶.

El Convenio de La Haya de 1980, sin embargo, aún es muestra de un planteamiento según el cual en las relaciones entre el niño y las personas que velan por él; fundamentalmente, sus padres, se teje una red de derechos y obligaciones recíprocos (y también frente a terceros, como veremos un poco más adelante) en la que la necesidad de revertir la situación creada por el desplazamiento del menor se convierte en el centro de la regulación; de tal forma que toda excepción a dicho retorno deberá justificarse.

Es cierto que, como es sabido, el Convenio de la Haya de 1980 prevé la posibilidad de denegación del retorno del menor incluso aunque no haya transcurrido un año desde el desplazamiento (art. 13); así como también una vez transcurrido ese plazo del año “salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente” (art. 12). Ahora bien, tal y como están formuladas estas excepciones, podría interpretarse que en ciertos supuestos, pese a que el retorno no responda al interés superior del menor, debe ordenarse éste. Así, por ejemplo, en el caso de que no haya transcurrido un año desde el desplazamiento no podrá probarse la integración del niño en el nuevo país de residencia y tan solo en los casos de grave peligro físico o psíquico para el menor u otras situaciones intolerables podrá denegarse la restitución. Si, en cambio, ha transcurrido ese plazo del año, la prueba de la integración del menor en estado al que ha sido desplazado, no existirá la obligación de devolver al menor. Esto es, la restitución podría denegarse, aunque fuera la vuelta del menor a su país de origen lo que mejor respondería a su interés superior¹⁷.

¹⁴ Tal y como expresa MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN (“Minoría de edad” en MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA (dir.) y JUDITH SOLÉ RESINA (coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, t. I, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2013, pp. 579-637, p. 587) “La interpretación jurisprudencial del interés del menor; que manifiesta una excesiva desconfianza hacia los padres, permite concluir que en buena medida el Derecho de familia **tiende a convertirse en un Derecho de los menores** y que todos los acuerdos que puedan adoptarse son susceptibles de revisión judicial para dejar a salvo el interés del menor” (negrita añadida).

¹⁵ *Ibidem*, núm. 26.

¹⁶ *Vid.*, por ejemplo, ANDREW BAINHAM, *Children. The modern law*, Bristol, Family Law, 3º ed. 2006, p. 61: “Parental responsibility is now the central legal concept which establishes the link between a child and the person or persons who have authority to care for him (...). It replaces the former concept of “parental rights and duties” (...). The change in terminology is intended to reflect changes in the way that the relationship between parents and children is perceived. The objective was to move away from the proprietorial connotations of “rights” (...). According to this, parental powers and authority exist only to enable parents to discharge their responsibilities”. Sobre la evolución en la utilización de los términos, vinculando la extensión de la expresión “responsabilidad parental” a la concepción de acuerdo con la cual las prerrogativas de los progenitores se conciben como funciones en beneficio del niño, *vid.* SYLVAIN GRAPALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, París, L.G.D.J., 1998, pp. 314-323, esp. P. 323.

¹⁷ En realidad, en este caso del convenio no se desprende la prohibición de devolución, pero ésta podría resultar de la ausencia de una justificación para ordenar la devolución de acuerdo con el derecho de origen interno del juez que está conociendo. En el caso del derecho español, sin embargo, dado que el art. 778 quinque. 9 de la LEC prevé que la decisión sobre la restitución o no del menor deberá hacerse “teniendo

La manera de resolver estas dificultades es defender que, excepto en los supuestos en los que el Convenio permite la no devolución, lo que responde mejor al interés del niño es la vuelta al país de su residencia antes de la sustracción. Así se indicaba ya en su informe explicativo¹⁸, manteniéndose el mismo argumento en la Guía de Buenas Prácticas en relación con la parte VI del Convenio, publicada en el año 2021 por la Conferencia de La Haya de DIPr¹⁹, donde se afirma que “el traslado o la retención ilícitos de un niño son perjudiciales para su bienestar y que, a excepción de los casos limitados previstos en el Convenio, se atenderá al interés superior del niño si se lo restituye al Estado de su residencia habitual”²⁰. Puede discutirse, sin embargo, si esta afirmación taxativa es cierta en todas las circunstancias²¹. Probablemente lo será en la mayoría, pero no puede descartarse que existan casos en los que el retorno, incluso sin suponer un peligro físico o psíquico para el menor o sin que lo coloque en una situación intolerable, no sea lo que responde mejor al interés del niño. De igual forma, podría ser que la sustracción, en determinados casos, fuera mejor opción, desde la perspectiva del interés superior del menor, que dejar al niño en su estado de residencia²². El problema podría resolverse mediante la introducción de una excepción en el convenio que permitiera denegar la restitución en aquellos casos en los que dicha restitución no respondiera al interés superior del menor, a la vez que se garantizara que en el caso de que la restitución responda efectivamente a ese interés superior del menor, será así ordenada por la autoridad competente del estado al que se ha desplazado el menor, incluso aunque no se den los requisitos previstos en el convenio para ello (ha transcurrido más de un año desde el desplazamiento y el menor se ha integrado en su nuevo país). Ahora bien, tal y como se indica en el informe explicativo del convenio, esta opción no fue incluida por considerar que supondría un aumento de los supuestos de denegación del retorno, justificándose por esta vía casos de sustracción internacional²³.

De acuerdo con lo anterior, y pese a lo que se indica en el informe explicativo del convenio de 1980 y en la guía de buenas prácticas de 2020, es difícil no concluir que el convenio da preferencia al retorno del menor sobre la garantía de su interés superior en cada caso individualizado. En el caso del Reglamento 2019/1111, al igual que, anteriormente, en los supuestos en los que se aplicara el Reglamento 2201/2003, la prevalencia del retorno es aún más clara al reducirse la posibilidad de decidir la denegación sobre la base de la existencia de un peligro físico o psíquico para el menor en caso de retorno²⁴.

en cuenta el interés superior de éste” (del menor); podría ordenarse la restitución en un supuesto como el que se plantea en el texto.

¹⁸ *Vid. supra* n. núm. 11.

¹⁹ Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=7059&dtid=3>.

²⁰ *Vid. núm. 14 de la Guía* (p. 22).

²¹ Para un planteamiento de las dificultades que plantea y posibles soluciones, *vid. MARÍA VICTORIA CUARTERO RUBIO*, “La sustracción internacional de menores ante el juez: a vueltas con la racionalidad del Convenio de La Haya de 1980 y la ponderación”, en MARÍA VICTORIA CUARTERO RUBIO/JOSÉ MANUEL VELASCO RETAMOSA (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 323-344, esp. p. 326.

²² *Vid. MARILYN FREEMAN*, *Parent Child Abductions to Third Countries*, Bruselas, Policyt Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, 2024, p. 9, esp. n. núm. 15.

²³ *Vid. núm. 22. Vid. supra* n. núm. 10.

²⁴ En palabras de MARÍA VICTORIA CUARTERO RUBIO (*loc. cit.*, p. 329), “El nivel de exigencia de esta solución [la devolución del menor] alcanza una cota extraordinaria en el Reglamento Bruselas II bis”. *Vid.* también RAFAEL ARENAS GARCÍA, “Medidas frente al incumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores”, *CDT*, 2021, vol. 13, núm. 2, pp. 94-115, pp. 98-99.

La postergación, al menos desde una perspectiva formal, del interés superior del menor en estos instrumentos está vinculada a un problema que solamente de manera indirecta aparece en ellos pero que, sin embargo, es de consideración necesaria para analizar los diferentes intereses en presencia y como se relacionan. Me refiero a la confianza mutua entre las administraciones de diferentes estados, así como -desde la perspectiva de la Unión Europea- la circulación de personas y decisiones. Lo examinamos a continuación. Tal y como se acaba de recordar, en el informe explicativo del convenio de La Haya de 1980 se vincula la exclusión de referencias al interés superior del menor en el instrumento, a la utilización que se había hecho del principio para negar la devolución y, de esta forma, revisar las decisiones sobre guarda y custodia en el estado al que el menor había sido desplazado. En definitiva, temían los redactores del convenio que el reconocimiento de dicho principio fuera utilizado para una aproximación localista o provinciana a los conflictos que se regulaban, de manera que las decisiones adoptadas en el estado de origen del menor perdieran eficacia en favor de las dictadas en el estado de la nueva residencia. Como es sabido, el convenio de La Haya se puede aplicar incluso en aquellos casos en los que no haya una decisión judicial o de autoridad sobre la custodia del menor²⁵; pero en muchos supuestos lo hará o bien cuando ya existe una decisión sobre la custodia del niño o bien cuando se pretende obtener una decisión judicial o administrativa sobre la materia; de tal manera que la sustracción alteraría la competencia ordinaria de las autoridades que estuviesen llamadas a conocer.

De acuerdo con lo anterior, por tanto, no se trata tanto de una postergación del interés superior del menor como del eterno debate sobre quién está en mejores condiciones para decidir sobre ese interés. El convenio lo que intenta evitar, precisamente, es que sean las autoridades del estado al que se desplaza el menor las que se pronuncien sobre el mismo; para así impedir que el menor se utilice como instrumento de manipulación de la competencia judicial internacional.

De acuerdo con esta perspectiva, la solución del conflicto entre interés superior del menor y devolución de este pasaría porque fueran las autoridades del estado de la residencia originaria del menor las que se pronunciaran sobre la conveniencia o no del retorno, debiendo estar el resto de las autoridades a la decisión que adoptaran aquellas. En este marco sí que estaría justificado que las autoridades del estado al que se ha desplazado el menor pudieran, excepcionalmente, negarse a dicha devolución sobre la base de criterios específicos, entre los que, casi inevitablemente, estaría el orden público, tan difícil de obviar²⁶.

III. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Cuando, en 1950, se introduce en el Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁷ el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8) la concepción de la familia en vigor

²⁵ *Vid.* art. 3 del Convenio: “El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado”.

²⁶ *Vid.*, en relación con la propuesta de supresión del exequátor en el Reglamento Bruselas I, CRISTIÁN ORÓ MARTÍNEZ, “Control del orden público y supresión del exequátor en el espacio de libertad, seguridad y justicia: perspectivas de futuro”, *AEDIPr*, 2009, t. IX, pp. 201-224.

²⁷ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966 respectivamente, *BOE*, 10-X-1979. El Convenio fue modificado por varios protocolos posteriores a los dos que figuran en el Instrumento de Ratificación por España. La situación actual del Convenio puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty whole=005>.

no se corresponde con la que en la actualidad es mayoritaria en los estados europeos. En 1950 la familia se concibe, básicamente, como un espacio que los poderes públicos han de respetar de manera que las relaciones que se desarrollan en su seno han de quedar al margen de cualquier interferencia e, incluso, en cierta forma, al margen del propio derecho. Es conocida la frase “el derecho de familia empieza donde acaba la familia”²⁸. Dentro de la familia, las relaciones de autoridad de los padres respecto a los hijos y la capacidad de dirección del marido con relación al conjunto de los miembros de la familia eran simplemente reconocidas por el derecho, limitándose las posibilidades de injerencia desde el exterior²⁹. Tan solo en los casos en los que razones de interés público lo justificaran podría la administración o los tribunales penetrar en el círculo familiar. A esta concepción responde el tenor literal del art. 8 del Convenio Europeo³⁰.

En coherencia con lo anterior, el objeto esencial de este precepto es una obligación negativa para los poderes públicos³¹. Desde esta perspectiva, el interés del menor podría resultar relevante como justificación para la actuación de los poderes públicos en el ámbito familiar; de tal forma que dicho interés podría ser un argumento en contra de quien pretendiera utilizar el art. 8 del Convenio Europeo para oponerse a la intervención de la administración en la familia³². Sin embargo, también podría utilizarse el art. 8 del Convenio para fundamentar que el interés del menor se opone a medidas que suponen una injerencia del poder público en el ámbito familiar. Así, por ejemplo, en el caso

²⁸ *Vid.* ANDRÉS GARCÍA INDA, “El derecho y la confianza”, *Derechos y Libertades*, 2023, núm. 48 (segunda época), pp. 47-70, p. 48.

²⁹ Sobre el modelo de familia tradicional en España, desde la Edad Media hasta el siglo XIX, *vid.* ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ, “Sobre el modelo jurídico del grupo familiar en el siglo XIX”, *Historia. Instituciones. Documentos*, 1998, núm. 25, pp. 219-234; donde se destaca la relación entre el modelo familiar español y el romano, aunque castellanizado (*ibidem*, pp. 220-221).

³⁰ El art. 8 no solamente cubre la vida familiar, sino también el respeto a la vida privada, al domicilio y a la correspondencia. De los cuatro intereses que recoge el precepto, aquí nos ocuparemos solamente de la vida familiar. Sobre los antecedentes y redacción del precepto, *vid.* WILLIAM A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 358-366. En un principio, el precepto tenía como fin proteger a las familias de las amenazas que podían proceder del poder público, especialmente de regímenes totalitarios; no de las amenazas que pudieran surgir dentro de la misma familia, *vid.* LUCY SMITH, “Children, Parents and the European Human Rights Convention”, en JOHN EKELAAR/PETAR ŠARČEVIĆ (eds.), *Parenthood in Modern Society. Legal and Social Issues for the Twenty-First Century*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 447-461, p. 450.

³¹ *Cf.* *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2024, https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_8_eng-pdf, p. 8.

³² *Vid.*, por ejemplo, la STEDH de 22 de marzo de 2018, *Wetjen and others v. Germany* (núms. 68125/14 y 72204/14, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-181583%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-181583%22])), núms. 77-79; donde se estableció que el riesgo de que un niño sufriera castigos físicos sistemáticos en el seno de la familia sería motivo suficiente para apartarlo de sus progenitores. En el mismo sentido, *vid.* la STEDH de 22 de marzo de 2018, *Tlapak y otros v. Germany*, núms. 11308/16 y 1134/16, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-181584%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-181584%22]), núm. 89. *Vid.* la STEDH de 8 de abril de 2021, *Vavřička and others v. The Czech Republic*, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-209039%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-209039%22]), donde se negó que el art. 8 pudiera ser base para que los progenitores se opusieran a la vacunación obligatoria de sus hijos. El argumento empleado por el tribunal fue, expresamente, el del interés superior del menor: “It is well established in the Court’s case-law that in all decisions concerning children their best interests are of paramount importance” (núm. 287). “It follows that there is an obligation on States to place the best interests of the child, and also those of children as a group, at the centre of all decisions affecting their health and development” (núm. 288). Sobre estas decisiones, *vid.* KONRAD DUDEN, “Parental autonomy and child protection measures. Procedural and Substantive Standards”, en MATTEO FORNASIER/MARIA GABRIELLA STANZIONE (eds.), *The European Convention on Human Rights and its Impact on National Private Law*, Intersentia, 2023, <https://doi.org/10.1017/9781839703898>, pp. 65-85.

*Penchevi*³³, el Tribunal de Estrasburgo interpretó que la negativa de las autoridades búlgaras a permitir el viaje de un menor desde Bulgaria a Alemania para reunirse con su madre, que estaba estudiando en ese país, constituyía una injerencia ilegítima en la vida familiar³⁴. En la misma línea, las medidas que impliquen apartar al menor de su entorno familiar tan solo serían compatibles con el art. 8 del convenio cuando respondan al interés superior del menor.

Junto a las obligaciones negativas, el art. 8 de la convención también implica obligaciones positivas, tal y como se estableció en la STEDH de 13 de junio de 1979, *Marckx*³⁵, donde se indicó que, aparte de la obligación negativa derivada del art. 8 a la que ya nos hemos referido, existían también obligaciones positivas que incluían, “entre otras”, la de que la regulación de la familia en cada estado ha de hacerse de manera tal que las personas que gozan de este derecho puedan desarrollar una vida familiar normal. Esta vida familiar normal incluye la integración del niño en una familia desde su nacimiento³⁶. En este caso, aunque no se mencione el concepto “interés superior del menor”, podemos encontrar un primer vínculo entre derecho a la vida familiar e interés del menor; ya que existirá coincidencia entre este interés y la concreción del derecho a la vida familiar que implica la necesaria integración del niño en una familia desde el momento de su nacimiento; familia que, tal y como se indica en la misma sentencia, ha de incluir también a los miembros de la familia de su madre³⁷. Para el Tribunal, además, en principio, responde al interés superior del niño el mantener los vínculos con su familia, salvo que ésta sea especialmente inadecuada y ese contacto pueda implicar el riesgo de daño para el niño³⁸. Además, se establece la necesidad de que el estado reconozca las situaciones familiares *de facto*, produciéndose una vulneración del art. 8 de la Convención si no procede a dicho reconocimiento sin que exista una justificación suficiente para ello³⁹.

³³ STEDH de 10 de febrero de 2015, *Penchevi v. Bulgaria*, núm. 77818/12, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-150999%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-150999%22]}).

³⁴ *Vid.* núms. 53-58 y 71 (“The Court finds that the above factors, taken together, cast doubts on the adequacy of the last instance domestic court’s assessment of the child’s best interests”).

³⁵ STEDH de 13 de junio de 1979, *Marckx v. Belgium*, núm. 6833/74, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57534%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57534%22]}).

³⁶ *Ibidem*, núm. 31.

³⁷ *Ibidem*, núm. 45. *Vid.* DIMITRI XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, Abingdon (RU)/Nueva York, Routledge, 2011, pp. 24-27. La decisión se pronunció sobre la reclamación contra Bélgica de una madre soltera que, para poder ser considerada tutora de su hija, tuvo que reconocerla y solamente se pudo establecer un vínculo de filiación completo con ella tras un proceso de adopción. Sobre la historia detrás del caso *vid.* LAURENS LAVRYSEN, “Remembering Paula Marckx”, *Strasbourg Observers*, 1 de julio de 2020, <https://strasbourgothers.com/2020/07/01/remembering-paula-marckx/>. *Vid.* también MICHAEL DOV GOLDHABER, *A people’s history of the European Court of Human Rights*, New Brunswick (Nueva Jersey), Rutgers University Press, 2007, pp. 15-25.

³⁸ *Vid.* STEDH de 20 de septiembre de 2022, *Popadić v. Serbia*, núm. 7833/12, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-219210%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-219210%22]}), núm. 83. Anteriormente, ya había establecido con claridad la prevalencia del interés superior del menor, *vid.* STEDH de 19 de septiembre de 2000, *Gnahoré v. Francia*, núm. 40031/98, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-58802%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-58802%22]}), núm. 59: “The Court emphasises that in cases of this type the child’s interest must come before all other considerations”. *Vid.* También el núm. 91 de la STEDH de 6 de septiembre de 2018, *Jansen v. Norway*, núm. 2822/16, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-185495%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-185495%22]}): “Where children are involved, their best interests must be taken into account”.

³⁹ *Vid.* *Guide on Art. 8, op. cit.*, p. 84. *Vid.* núms. 71-73 de la STEDH de 26 de junio de 2014, *Labasse c. France*, núm. 65941/11, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-145180%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-145180%22]}); y núms. 52 y 93-94 de la STEDH de 24 de marzo de 2022, *C.E. et autres c. France*, núms. 29775/18 y 20693/19, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-216706%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-216706%22]}).

La distinción entre obligaciones negativas y positivas puede no resultar sencilla⁴⁰; pero resulta de interés en el tema que nos ocupa; puesto que deberá diferenciarse entre aquellos casos en los que el estado rehúsa devolver al menor que ha sido sustraído o en los que no poner en marcha los mecanismos de devolución previstos internacionalmente (y en los que nos encontraríamos con el incumplimiento de una obligación positiva)⁴¹ y los supuestos en los que se decide indebidamente la devolución, en cuyo caso podríamos estar ante la infracción de las obligaciones negativas que se derivan del art. 8 de la convención⁴².

En cualquier caso, ha de destacarse que la interpretación del derecho a la vida familiar en el art. 8 asume con naturalidad que los miembros de la familia tienen derecho a mantener el contacto con los niños que se integran en ésta y, específicamente, de los padres con sus hijos⁴³; aunque reconociendo que este derecho deberá someterse a lo que resulte del interés superior del menor⁴⁴; un principio que se encuentra en la mayoría de los estados⁴⁵ y que el Tribunal de Estrasburgo viene aplicando desde 1989, cuando se promulgó la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño⁴⁶. Este reconocimiento del derecho del niño no implica, sin embargo, que los intereses de los progenitores no hayan de ser tenidos también en cuenta, siendo contrario al art. 8 (respeto a la vida familiar) que en los procesos relativos a la responsabilidad parental no se protejan también los intereses de los padres y sean escuchadas sus razones⁴⁷.

⁴⁰ *Vid.* LAURENS LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State*, Intersentia, 2016, <https://doi.org/10.1017/9781780685311>, esp. pp. 262-263; WILLIAM A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 368.

⁴¹ *Vid.* STEDH de 29 de julio de 2003, *Iglesias Gil y A.U.I. v. Spain*, núm. 56673/00, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-61069&filename=CASE%20OF%20IGLESIAS%20GIL%20AND%20A.U.I.%20v.%20SPAIN.docx&logEvent=False>; sobre el incumplimiento por España de su obligación, como estado de origen del menor, de poner en marcha todos los mecanismos que habilita el Convenio de La Haya de 1980 para su retorno. *Vid.* también STEDH de 25 de enero de 2000, *Ignaccolo-Zenide v. Rumanía*, núm. 31679/96, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-58448%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-58448%22]}) sobre inactividad de las autoridades del estado al que había sido desplazado el menor.

⁴² *Vid.* STEDH de 6 de julio de 2010, *Neulinger and Shuruk v. Suiza*, núm. 41615/07, [https://hudoc.echr.coe.int/FRE#%22itemid%22:\[%22001-99817%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/FRE#%22itemid%22:[%22001-99817%22]}). STEDH de 26 de noviembre de 2013, *X v. Latvia*, núm. 27853/09, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-138992%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-138992%22]}).

⁴³ *Vid.* STEDH *Popadić*, núm. 82-83, con cita de más decisiones en la misma línea.

⁴⁴ *Vid.* el núm. 83 de la sentencia *Popadić*: "... in the balancing process between the interests of the child and those of the parents, primary consideration is to be attached to finding those arrangements which are in the child's best interests, which may, depending on their nature and seriousness, override those of the parents". *Vid. Guide on Art. 8, op. cit.*, p. 88 y 93 y referencias contenidas en núm. 353 y 378.

⁴⁵ *Vid.* núm. 40 de la STEDH de 30 de junio de 2022, *Paparrigopoulos c. Grèce*, núm. 61657/16, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-218143%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-218143%22]}): "Tout en gardant à l'esprit que les autorités jouissent d'une grande latitude en matière d'autorité parentale (...), la Cour rappelle qu'elle a déjà constaté que la majorité des États membres semblent partir du principe que l'attribution de l'autorité parentale doit reposer sur l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'elle doit être soumise au contrôle des juridictions internes en cas de conflit entre les parents (...)".

⁴⁶ *Vid.* RACHELE ZAMPERINI, "Establishing Parenthood through Adoption and Surrogacy: A Test Case for the ECtHR Use of the Best Interests of the Child Principle", *Family & Law*, 2024, DOI: 10.5553/FenR/0.000064, pp. 1-2.

⁴⁷ *Vid.* el núm. 85 de la sentencia *Popadić*: "Lastly, in cases concerning a parent's relationship with his or her child, the effective respect for family life requires that the decision-making procedure provide the requisite protection of parental interests". *Vid.* también el núm. 63 de la STEDH de 8 de julio de 1987, *W. v. The United Kingdom*, núm. 9749/82, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-57600&filename=CASE%20OF%20W.%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.docx&logEvent=False>: "The relevant considerations to be weighed by a local authority in reaching decisions on children in its care must therefore include the views and interests of the natural parents". *Vid. Guide on Art. 8, op. cit.*, pp. 93-94.

Como puede apreciarse, pese a que el interés superior del menor se ha convertido en un elemento esencial en la interpretación del art. 8, los intereses y derechos de los progenitores siguen estando muy presentes. De hecho, en su origen la interpretación del Convenio se calificó de “orientada hacia los padres”⁴⁸; lo que se correspondería con una convención que había sido redactada pensando en los adultos, no en los niños⁴⁹. En las últimas décadas y, sobre todo, tras la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁵⁰, la jurisprudencia del TEDH ha enfatizado el papel nuclear del interés superior del menor en la interpretación del art. 8 de la convención; aunque, sin renunciar, como se ha indicado, a reconocer también los derechos de los padres (y otros miembros de la familia⁵¹) a relacionarse con sus hijos.

De acuerdo con lo que se ha visto hasta ahora, el interés superior del menor es, desde hace décadas, el centro de la regulación interna e internacional en materia de menores. Pese a ello, en el caso de la sustracción internacional de menores el principio sobre el que descansan los dos instrumentos más relevantes para España en la materia, el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y el Reglamento 2019/1111 tienen como principal objetivo el favorecimiento del retorno del menor y tan solo mediante una vía que podríamos calificar de forzada, se hace compatible dicho principio con la garantía del interés superior del menor. Esa vía es la presunción de que lo que mejor responde al interés superior del menor es la devolución a su estado de origen, a salvo de que se de alguna de las causas que en el propio instrumento justifican la no devolución. En el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el respeto a la vida familiar, que inicialmente no había sido concebido como un precepto orientado a garantizar el interés superior del menor, ha debido ser interpretado en una forma tal que fuera compatible con dicho interés; aunque sin que esa evolución interpretativa haya supuesto dejar de reconocer que no solamente existe un derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores y otros miembros de la familia; sino que estos últimos también tienen un derecho a la vida familiar con sus hijos u otros familiares menores; un derecho que, sin embargo, habrá de ceder ante el interés superior del menor.

IV. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y RECONOCIMIENTO

1. Interés superior del menor y otros intereses

El análisis de los casos de sustracción internacional de menores exige considerar tres perspectivas diferentes. Por una parte, ha de identificarse cuál es el interés del menor; en segundo término, tienen que considerarse los derechos e intereses de las personas que ejercen funciones de protección o representación respecto al menor. Finalmente, ha de valorarse el papel que juega la cooperación entre autoridades de distintos países (entendida cooperación en sentido amplio)⁵² en la resolución del conflicto del que es

⁴⁸ Cf. LUCY SMITH, *loc. cit.*, p. 453: “There are no decisions indicating that the *child* has a right to access, which again shows that the Court and the Commission are “parent-oriented” in their interpretation of the Convention”.

⁴⁹ Vid. ANDREW BAINHAM, *op. cit.*, p. 82; CLAIRE FENTON-GLYNN, “Children, parents and the European Court of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, 2019, núm. 6, pp. 643-653, p. 643.

⁵⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, Instrumento de Ratificación por parte de España publicado en *BOE*, 31-XII-1990. Vid. PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, 1992, vol. XLIV, núm. 2, pp. 465-498.

⁵¹ Vid. *Guide on Art. 8, op. cit.*, pp. 102-103 y referencias ahí contenidas.

⁵² Sobre la distinción entre cooperación judicial internacional en sentido amplio y restringido de la cooperación judicial internacional, vid. OCTAVIAN CAPATINA, “L’entraide judiciaire internationale en

manifestación todo supuesto de sustracción internacional de menores. Los dos primeros aspectos son sustanciales (la determinación tanto del interés del menor como de las otras personas implicadas); mientras que el tercero es procesal. En este caso concreto, resulta preferible empezar por los aspectos sustanciales y dejar para el final las cuestiones procesales.

Comenzando, por tanto, por los aspectos materiales, es necesario determinar cómo se relacionan el interés del menor con el de los progenitores, otras personas vinculadas al menor y los poderes públicos con competencias en la materia. De acuerdo con lo que hemos visto en el epígrafe precedente, pese a la prevalencia generalmente admitida del interés del menor, no por ello desaparecen otros intereses relevantes y es preciso examinar qué naturaleza tienen y en qué forma se relacionan con el interés del menor.

Lo primero que ha de subrayarse es que, de acuerdo con el planteamiento que se ha ido imponiendo en los distintos países de nuestro entorno jurídico, el interés del menor y otros relevantes no se encuentran en el mismo plano, ya que la relación que se establece entre los progenitores y el menor es, para aquellos, una función dirigida al cuidado, protección y educación de los hijos⁵³, no a la satisfacción de los intereses de los progenitores. Si de lo general pasamos al aspecto que puede presentar más interés en los casos de sustracción internacional de menores, el derecho del menor a relacionarse con sus progenitores y el de estos a relacionarse con el menor, constatamos que no tienen la misma naturaleza. Mientras que el primero no necesita más justificación que el bienestar del menor y la contribución a su desarrollo como persona; en el caso de los padres u otros familiares, este “derecho” tan solo operará como un reflejo de aquel del que goza el menor.

Tal y como hemos visto, el CEDH, a través de la interpretación del TEDH, ha ido abriéndose paso hacia este acercamiento; aunque sin renunciar a la consideración de los derechos de los otros miembros de la familia. De esta forma, pese a que se dota de preferencia al interés del menor no se llega al punto de diferenciar entre la naturaleza de unos y otros derechos, pese a que ésta es la línea hacia la que se camina en los diferentes países. Concebida la responsabilidad parental como una función que adquiere sentido en la garantía del interés superior del menor, sin que exista un interés específicamente familiar que pueda oponérsele, ya no existe fundamento para un derecho de los progenitores que se aparte de la consecución de dicho interés.

Cuestión distinta es que se asuma que lo que responde mejor a ese interés del menor es que los progenitores asuman la responsabilidad directa de su cuidado y sean ellos los que determinen, dentro del margen de opción que permite cada sociedad, cuáles son las mejores opciones para el menor. A esta idea respondería, por ejemplo, el art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio, en el que se reconoce el derecho de los padres a asegurar la educación y enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas; ya que, en caso de conflicto entre la posición de los padres y el derecho a la educación de los hijos, este último ha de prevalecer⁵⁴. De esta forma, el “derecho” de los

matière civiles et commerciale”, *R. des C.*, 1983-I, t. 79, pp. 305-413, pp. 320-325; ISTVÁN SZÁSZY, *International Civil Procedure. A Comparative Study*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1967, pp. 643-644.

⁵³ *Vid.* ADORACIÓN PADIAL ALBAS, *La relación materno y paterno filial en el derecho de familia catalán*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi/Thomson Reuters, 2018, p. 104. O, tal como expresa YVES-HENRI LELEU (*Droit des personnes et des familles*, Bruselas, De Boeck & Larcier, 2005, p. 584), “L’autorité parentale confère des “droits-fonctions”, finalisés dans l’interêt de l’enfant, tout le contraire de droits discrétionnaires. Les prérogatives de l’autorité parentale donnent aux parents les moyens de remplir leurs obligations et constituent à tout le moins un corollaire nécessaire de celles-ci”. *Vid.* también NIGEL LOWE/GILLIAN DOUGLAS, *Bromley’s Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 10º ed. 2007, p. 370.

⁵⁴ *Vid.* WILLIAM A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 1000, con referencia a una decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 8 de septiembre de 1993, *Zénos Bernard v. Luxembourg*. *Vid.* también IAN LEIGH, “Objective, critical and pluralistic? Religious education and human rights in the European public sphere”,

padres se corresponde con su obligación de velar por el derecho a la educación de sus hijos⁵⁵. Ahora bien, dado que el ejercicio de la responsabilidad parental ha de responder al interés del menor, es posible que las autoridades verifiquen si la actuación de los progenitores se encuentra dentro del marco definido por el derecho y se ajusta a ese interés superior del menor. La intervención del poder público y, en especial, de los tribunales, con el fin de constatar el adecuado ejercicio de la responsabilidad parental es inexcusable en la actualidad en nuestro entorno jurídico⁵⁶. En los supuestos internacionales y, en concreto, en los casos de sustracción internacional de menores, esa intervención judicial será determinante, tal y como veremos a continuación.

2. Sustracción internacional de menores y cooperación de autoridades

A. Obligación de retorno e interés superior del menor

En los casos de sustracción internacional de menores de lo que se trata, en esencia, es de determinar si ante un cambio fáctico en la residencia del menor corresponde decidir su retorno al país de origen o, por el contrario, ha de mantenerse al menor en el país al que ha sido desplazado. El problema surge porque varias personas con capacidad (legal o fáctica) de decisión sobre el menor discrepan sobre cuál ha de ser el lugar en el que resida dicho menor y trasladan esa discrepancia a las autoridades competentes. No nos ocuparemos aquí de aquellos casos en los que el traslado no es denunciado, no se solicita el retorno del menor o se consiente en dicho traslado. De acuerdo con el Convenio de La Haya de 1980, en estos casos o bien no se pondrán en marcha los mecanismos del convenio⁵⁷ o bien se podrá denegar la restitución⁵⁸. Nos centraremos en aquellos en los que el conflicto se mantiene y ha de ser resuelto por los tribunales.

De acuerdo con los principios que hemos examinado, la decisión judicial debería partir del interés superior del menor. Esto es, en el caso concreto se trataría de determinar qué responde a ese interés. Si es más acorde con él la restitución del menor, ésta debería ordenarse. Si, por el contrario, lo que mejor responde a dicho interés es el mantenimiento del menor en el país al que ha sido trasladado, ésta debería ser la solución.

Como hemos visto, sin embargo, el Convenio de La Haya no sigue este esquema, porque -según cuenta su Informe Explicativo- mantener en las autoridades del estado al que ha sido desplazado el menor la capacidad de decidir si el retorno de este se corresponde o no con su interés superior podría desembocar en denegaciones que respondieran más bien a planteamientos localistas orientados a proteger a la parte que tiene una mayor conexión con el estado al que ha sido desplazado el menor⁵⁹. A partir de aquí, y tal como habíamos visto, la lógica del convenio impone presumir que lo que mejor responde al interés superior del menor es su retorno, salvo que se de alguna de los motivos de no retorno del art. 13. Ahora bien, esto, más que una presunción es una ficción, porque, como destacan

en LORENZO ZUCCA/CAMIL UNGUEREANU (eds.), *Law, State and Religion in the New Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 192-214, p. 208.

⁵⁵ Cf. WILLIAM A. SCHABAS, *op. cit.*, pp. 1000-1001: “The Court has explained that the second sentence of article 2 of Protocol 1 No. 1 speaks of the “right” of parents concerning the education of their children, but has held that they have a “natural duty towards their children-parents being primarily responsible for the “education and teaching” of their children”. The right of parents “corresponds to a responsibility closely linked to the enjoyment and the exercise of the right to education”.

⁵⁶ *Vid.* YVES-HENRI LELEU, *op. cit.*, p. 608, quien destaca que el papel de los tribunales aumenta a medida que se extienden los derechos de los niños.

⁵⁷ Art. 8 del convenio.

⁵⁸ Art. 13.a) *in fine* del convenio.

⁵⁹ *Vid. supra* epígrafe II.

LARA WALKER y PAUL BEAUMONT, el Convenio de 1980 no tiene por objeto el examen del interés superior del menor⁶⁰; lo que lleva, potencialmente al menos a un conflicto entre las exigencias de la convención y las derivadas del CEDH en lo que se refiere al examen del interés superior del menor⁶¹.

En la actualidad no debería ser posible que en una cuestión que afecta a menores se deje de lado el interés superior del menor o que se asuma la ficción de que el retorno del menor responde siempre a su interés, a salvo de los casos a los que se refiere el art. 13 del convenio de 1980. La necesidad de un examen completo de la situación para constatar qué es lo que mejor responde al interés superior del menor es imprescindible si no se quiere desconocer el principio que se ha consolidado como básico en la materia, sobre todo a partir del Convenio de las Naciones Unidas de 1989.

B. Decisión sobre el retorno y competencia de autoridades

Conciliar la conveniencia del retorno y la consideración del interés superior del menor sería posible si se asume que el problema no es tanto confrontar la disyuntiva entre, por una parte, el retorno del menor o su mantenimiento en el país al que ha sido desplazado y, por otra parte, el interés superior del menor; como la determinación de quién ha de verificar la compatibilidad entre el retorno y el interés superior del menor. Tal y como hemos visto, del informe explicativo del convenio se deriva que el concepto “interés superior del menor”, cuando es una herramienta en manos de las autoridades del estado al que el menor ha sido desplazado, puede convertirse en un instrumento para justificar el no retorno de manera abusiva. Si ese es el problema, la solución sería que fueran las autoridades del estado desde el que el menor ha sido desplazado las que tengan que determinar la compatibilidad del retorno con el interés superior del menor.

Obviamente, esta propuesta supone un cambio en la arquitectura de la regulación y, específicamente, en el Convenio de La Haya de 1980, pues en la actualidad no se prevé que las autoridades del estado de origen se pronuncien sobre este extremo. Es cierto que el art. 15 del convenio prevé que pueda exigirse a las autoridades del estado de la residencia habitual del menor que certifiquen que el traslado o retención del menor es ilícito según lo previsto en el art. 3 del convenio; pero una cosa es que el traslado sea ilícito y otra que deba procederse a la restitución, ya que los motivos de denegación del art. 13 operan incluso aunque el traslado haya sido ilícito. Lo que aquí se propone no es que el estado de origen certifique, en su caso, el carácter ilícito del desplazamiento; sino que se pronuncie sobre la conveniencia o no del retorno teniendo en cuenta todas las circunstancias y a partir del interés superior del menor; un principio que debería introducirse de manera expresa en el texto del convenio.

A partir de lo anterior, en el estado al que se ha desplazado el menor tan solo deberá procederse al reconocimiento de la decisión relativa a la devolución que se habría

⁶⁰ *Vid.* LARA WALKER/PAUL BEAUMONT, “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*, 2011, vol. 7, núm. 2, <https://doi.org/10.5235/174410411796868689>, pp. 231-249, p. 235: “The Convention is not designed to examine the paramount interests of the children in any particular case”.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 236-237. Hay que señalar, sin embargo, que es una ficción que también ha asumido el Tribunal de Luxemburgo en alguna de sus decisiones. *Vid.* la sentencia *Neulinger* (*supra* n. núm. 42), núm. 137: “The same philosophy is inherent in the Hague Convention, which in principle requires the prompt return of the abducted child unless there is a grave risk that the child’s return would expose it to physical or psychological harm or otherwise place it in an intolerable situation (Article 13, sub-paragraph (b)). In other words, the concept of the child’s best interests is also an underlying principle of the Hague Convention”.

adoptado en el estado de origen del menor. En principio, los motivos de denegación del reconocimiento deberían ser mínimos, tal como examinaremos un poco más adelante. La propuesta anterior se enfrenta a dificultades prácticas y de principio; aunque entiendo que pueden ser superadas. En lo que se refiere a lo primero, las dificultades prácticas, el pronunciamiento tendrían que hacerlo autoridades que no son las del estado en el que se encuentra el menor en el momento de la adopción de la resolución; ahora bien, esto no es una novedad, puesto que en los instrumentos internacionales es habitual que se atribuya competencia para el pronunciamiento sobre medidas en relación al menor a las autoridades de un estado que puede no ser necesariamente aquel donde se encuentra en el momento de la adopción de la medida⁶². Cuestiones como la audiencia del menor podrían resolverse por medios telemáticos; sin que la distancia pueda ser ahora una dificultad insalvable.

Aparte de las dificultades prácticas apuntadas, el cambio que se propone plantea también un problema de principio: reducida la decisión sobre la devolución del menor en el estado al que ha sido desplazado al reconocimiento de la que se hubiera adoptado en el estado desde el que se hubiera desplazado al menor, los controles serían reducidos; sin que estuviera justificada una nueva verificación de la decisión al interés superior del menor, puesto que ese extremo ya habría sido valorado en el estado desde el que ha sido desplazado el menor.

Esta reducción de los controles podría no ser satisfactoria para el conjunto de los estados; pero no deberían existir razones para que no pudiera operar dentro de la UE, donde el principio de confianza mutua debería prevalecer. De esta forma, además, se podrían compatibilizar las exigencias de integración europea con las derivadas del CEDH. Por un lado, el estado al que ha sido desplazado el menor estaría obligado a ejecutar la orden de devolución en caso de que ésta fuera adoptada en el estado de origen del menor. Por otro lado, se garantizaría el interés superior del menor puesto que se exigiría que en el estado desde el que había sido desplazado el niño la decisión fuera adoptada teniendo en cuenta el interés superior del menor. Finalmente, la ausencia de control de la adecuación del retorno a ese interés superior del menor se ajustaría a las exigencias del CEDH en tanto en cuanto, el Tribunal de Estrasburgo ha establecido que en los espacios de integración como la UE, la obligación de reconocimiento de las decisiones adoptadas en otro estado que forma parte del ámbito de integración, no vulneran las obligaciones del CEDH en tanto en cuanto los estándares de garantía de los derechos humanos sean equivalentes en los diferentes países del estado de integración. Lo examinaremos a continuación.

C. Conciliando devolución del menor e interés superior del menor

⁶² *Vid.* art. 6 del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, que establece la competencia para la adopción de medidas a las autoridades del estado de la residencia del niño, incluidos aquellos supuestos en los que haya sido desplazado ilícitamente a otro país (art. 7), limitándose la competencia de las autoridades del país en el que se encuentra el menor sin residir allí para las medidas de carácter urgente (art. 11). Además, se prevé también la posibilidad de adoptar medidas en relación al niño por parte de autoridades de estados diferentes al de la residencia o presencia del niño (arts. 8 y 10). *Vid.*, en el mismo sentido, los arts. 7 y 9 (competencia de las autoridades del estado de residencia del menor y mantenimiento de dicha competencia en caso de traslado ilícito del menor), art. 15 (competencia basada en la presencia del menor para medidas urgentes), arts. 12 y 13 (competencia de tribunales diferentes a los de la residencia del menor) del Reglamento 2019/1111. A esto habría que añadir el art. 8 del mismo Reglamento, que prevé la continuidad de la competencia de los tribunales de la antigua residencia del menor durante un tiempo de tres meses tras el cambio de residencia.

Hemos de comenzar recordando que el Tribunal de Estrasburgo ya había dejado sentado en el caso *Pellegrini*⁶³ que, respecto al art. 6 del CEDH, la revisión en el estado requerido de los procedimientos desarrollados en el estado de origen es especialmente necesaria cuando tal decisión proviene de un estado que no está vinculado por el CEDH (como era el caso en *Pellegrini*); de lo que parece derivarse que ese examen no es tan necesario cuando la decisión sí procede de un estado vinculado por el CEDH⁶⁴. Más adelante, además, se estableció que, en los casos de reconocimiento de decisiones, era obligado, de acuerdo con el CEDH, que el afectado haya podido presentar sus argumentos bien en el estado de origen bien en el estado requerido⁶⁵. A esto hay que añadir la clara distinción entre el proceso declarativo y ejecutivo en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, de tal manera que, si una decisión ha sido correctamente producida en el estado de origen, ninguna vulneración del convenio se producirá por su reconocimiento en otro estado⁶⁶. De esta forma, en el caso que nos ocupa, ningún reproche podría hacerse, desde la perspectiva del CEDH, a la ejecución en el estado en el que se encuentra el menor de la decisión sobre devolución adoptada en el estado de origen si ésta última se adoptó correctamente.

Ahora bien, tampoco se exige al estado requerido que realice un control exhaustivo de la decisión de origen para verificar que no se produjo en el proceso ninguna vulneración de las exigencias del CEDH. Cuestión distinta es que hubiera una vulneración flagrante del instrumento; pero en ausencia de esa vulneración evidente, no habría infracción independiente del convenio en el estado requerido por la ejecución de la decisión adoptada en el estado de origen⁶⁷. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, la responsabilidad del estado requerido se limita a aquellos casos en los que éste ha ejercido algún grado de discrecionalidad⁶⁸ y cuando la protección de los derechos fundamentales en el estado de origen fuera manifiestamente deficiente⁶⁹. Fuera de estos supuestos, podría presumirse que la protección de los derechos fundamentales en el estado de origen fue adecuada si tal estado de origen pertenece a una organización que ampara los derechos fundamentales de una forma equivalente al CEDH⁷⁰.

⁶³ STEDH de 20 de julio de 2001, *Pellegrini v. Italia*, núm. 30882/96, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-59604%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-59604%22]}).

⁶⁴ *Vid.* RAFAEL ARENAS GARCÍA, “Orden público y gobernanza multinivel”, en MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO/JOSEP JOAN MORESO (dirs), IGNACIO VARELA CASTRO (coord.), *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Madrid, De Conflictu Legum/Reus, 2020, pp. 85-112, p. 92.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 98. *Vid.* la STEDH de 23 de mayo de 2016, *Avotiņš v. Latvia*, núm. 17502/07, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-163114%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-163114%22]}).

⁶⁶ *Vid.* STEDH de 29 de abril de 2008, *Jackson McDonald c. Francia*, núm. 18648/04, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-87756%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-87756%22]}). *Vid.* RAFAEL ARENAS GARCÍA, “Orden público...”, *loc. cit.*, p. 99.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 100, con cita de la STEDH de 26 de junio de 1992, *Drozd and Janousek v. Francia y España*, núm. 12747/87, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57774%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57774%22]}).

⁶⁸ *Vid.* el núm. 103 de la STEDH de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia*, núm. 12323/11, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-115377%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-115377%22]}): “However, a State will be fully responsible under the Convention for acts falling outside its stricto international legal obligations, notably where it has exercises State discretion”.

⁶⁹ *Ibidem*: “In addition, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient”.

⁷⁰ STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, núm. 45036/98, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-69564%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-69564%22]}), núm. 155: “In the Court’s view, State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides”.

De acuerdo con lo anterior, en el caso de la sustracción internacional de menores, si se atribuyera al estado de la residencia anterior del menor la competencia para pronunciarse sobre su devolución, y se previera que la decisión debería tener en cuenta el interés superior del menor, se respetarían las exigencias del CEDH. En su caso, podría acudirse al Tribunal de Estrasburgo para que este se pronunciara sobre la adecuación al convenio de dicha decisión.

Existiendo ya una resolución sobre el retorno del menor, el tribunal del estado al que ha sido desplazado debería limitarse al reconocimiento de esta, sin adoptar propiamente otra decisión sobre la misma materia. En función del grado de integración existente, los controles en el estado requerido podrían ser mayores o menores. En el caso de la UE, y como consecuencia del principio de confianza mutua, esos controles deberían ser mínimos; pero, por supuesto, el nivel de estos dependería del grado real de esa confianza. Tomando como referencia los textos actualmente vigentes, no parece que pudiera mantenerse el control de la letra a) del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 (la persona que se había hecho cargo del menor no ejercía de manera efectiva la custodia o había consentido en el traslado), ya que esta es una cuestión que debería haber verificado la autoridad que había decidido sobre el retorno en el estado de origen. Estrictamente, el motivo de denegación del retorno de la letra b) del mismo precepto (grave riesgo de que la restitución del menor le exponga a un peligro físico o psíquico o que, de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable), podría ser también eliminado, puesto que se trata de una circunstancia que habría sido ya considerada en el estado de origen del menor; aunque seguramente resultaría difícil no permitir la denegación del reconocimiento cuando resulte manifiesto que la decisión adoptada en el estado de origen vulneró los derechos reconocidos en el CEDH. De esta forma, la regulación se alienaría con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que, como hemos visto, prevé que, en estos supuestos (manifiesta infracción del convenio en el estado de origen), actúen las autoridades del estado requerido, sin que puedan escudarse en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por una obligación internacional.

El resultado de lo anterior sería que las autoridades del estado al que ha sido desplazado el menor deberían limitarse al reconocimiento y ejecución de la decisión adoptada en el estado de origen del menor sobre la devolución de éste. Si la decisión ordena dicha devolución, tan solo en supuestos excepcionales, que deberían limitarse a la manifiesta infracción de los derechos recogidos en el CEDH podría (debería) negarse la ejecución de la resolución. De esta forma, la decisión misma sobre el retorno no se atribuiría a las autoridades del estado al que hubiera sido desplazado, sin que, por tanto, tuvieran que verificar éstas si se había respetado el interés superior del menor.

Por supuesto, esta propuesta exigiría reformas legislativas, unas reformas que, además, deberían limitarse al ámbito de integración de la UE o equivalente. La razón de ello es que para que tenga sentido lo que aquí se expone, hay que partir, por un lado, de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre el derecho a la vida familiar y el interés superior del menor y, por otro lado, de la existencia de un principio de confianza mutua entre las autoridades implicadas que permita a las autoridades del estado requerido descansar en el juicio emitido por las del estado de origen.

V. CONCLUSIÓN

La ausencia, en el Convenio de La Haya de 1980, de una previsión específica sobre la prevalencia del interés superior del menor puede plantear problemas en la relación de este instrumento con el CEDH. La presunción de que los motivos de denegación del retorno del art. 13 se corresponden con la garantía del interés superior del menor no deja de ser

una ficción que ha llevado, en ocasiones, a decisiones que han sido consideradas incompatibles con el respeto a la vida familiar que ampara el art. 8 del convenio europeo. En este último, la introducción del interés superior del menor como eje de la interpretación del derecho a la vida familiar cuando existen menores implicados ha sido fruto de la jurisprudencia, superando un texto que no había sido concebido como herramienta para proteger a los niños.

La articulación entre los instrumentos sobre sustracción internacional de menores y el respeto a la vida familiar, tal y como es interpretado por el Tribunal de Estrasburgo, podría mejorar si se trasladase a las autoridades del estado de origen del menor la competencia para decidir sobre el retorno, limitándose las del estado de destino al reconocimiento de la decisión adoptada en el estado en el que residía el menor antes del desplazamiento.

Un cambio como éste, sin embargo, solamente sería factible en un ámbito de integración como es el de la Unión Europea.