

**Seminarios wiki interactivos de
Derecho Internacional Privado
sobre temas de actualidad
(Proyecto de Innovación Docente
ID 2024/036)**

**Pfra. Dra. D^a. Antonia Durán Ayago
Asignatura: Derecho Internacional
Privado
Curso y Grupo: 4^o II
Grado en Derecho
Universidad de Salamanca
Curso 2024/2025**

Seminarios wiki interactivos de Derecho Internacional Privado sobre temas de actualidad (Proyecto de Innovación Docente ID 2024/036)

¿En qué consiste el proyecto?

A través de la plataforma Studium Plus, nos hemos propuesto potenciar el aprendizaje activo de los/as estudiantes mediante la realización de tres seminarios especializados, utilizando para ello la herramienta wiki de moodle. Se ha realizado, a principios de curso, una propuesta de temas de interés jurídico y social comprendidos en el objeto de la asignatura obligatoria Derecho internacional privado para que los estudiantes decidieran sobre qué materias les interesaba más trabajar.

Una vez concretados los temas se han formulado en seminarios interactivos en que los/las estudiantes han tenido que trabajar en grupo añadiendo información a la wiki creada, partiendo de unos ítems previos y unas líneas de referencia que les he proporcionado. Los seminarios han tenido un cronograma de desarrollo que ha ido parejo a la explicación de los conceptos teóricos necesarios para participar en ellos con el máximo aprovechamiento.

Cada seminario interactivo ha culminado con un seminario en el que ha participado como relator/a un profesor/a especialista en la materia, y los propios estudiantes que han realizado el trabajo de investigación.

Este seminario se ha realizado en abierto, de manera que han podido participar en él todas las personas interesadas. Se han emitido, además, en streaming por el canal de la asignatura: [Seminarios Wiki de Derecho Internacional Privado USAL 2024](#)

Han podido participar en esta iniciativa todos los alumnos del grupo y su participación se ha tenido en cuenta para la calificación final.

Objetivos:

Los objetivos que nos proponemos con esta iniciativa docente son:

1. Potenciar el aprendizaje autónomo del estudiante.
2. Prestar atención a sus inquietudes, siendo ellos/as los/las que elijan los temas que van a ser objeto de tratamiento, entre una lista de temas que les proporcionaremos a principios de curso.

3. Buscar información sobre los temas planteados en un triple orden: realidad social, normativa interna y comparada, jurisprudencia.
3. Ser capaces de construir información sobre una materia de actualidad desde la rigurosidad y desde un enfoque práctico-jurídico.
5. Potenciar el trabajo en grupo.
6. Ser capaces de interactuar con otros profesores especialistas en las materias propuestas.
7. Realizar transferencia del conocimiento a través del seminario en abierto que se llevará a cabo.

Metodología de trabajo:

1. Proponer en los primeros días del curso una lista de temas de entre los cuales los/las estudiantes deberán elegir aquellos que más les interesen.
2. Dar de alta los seminarios en la plataforma Studium Plus y abrir una wiki para cada uno de ellos con el objetivo de que vayan añadiendo información sobre el tema propuesto, incluyendo noticias periodísticas (realidad social), regulación jurídica al respecto (normativa) y tratamiento jurisprudencial de la materia.
3. Cada seminario tendrá un cronograma de realización que se acomodará a la impartición del programa de la asignatura y que se proporcionará junto con los seminarios. Cada seminario wiki finalizará con un seminario presencial en el que participarán un/a profesor/a especialista en la materia tratada y varios estudiantes.
4. Al finalizar el curso, los/las participantes en esta actividad realizarán una encuesta para valorar el grado de satisfacción de la actividad realizada
5. El/la alumno/a que haya participado con aprovechamiento en la elaboración de los seminarios podrá aportar hasta un punto a su calificación final en la asignatura.





















Resultados previstos:

1. Implicar al estudiante en los temas de la realidad que regula el Derecho internacional privado
2. Crear información y generar conocimiento sobre la materia planteada
3. Interactuar con los/as compañeros/as y con la profesora de la asignatura, además de con los/las profesores/as de otras Universidades que participarán en esta iniciativa

4. Profundizar en el conocimiento de los temas planteados, lo que repercutirá directamente en una mejor comprensión de la asignatura cursada.

Encuesta:

Encuesta sobre Seminarios wiki

1	1. TEDH y gestión por sustitución: propuestas, desafíos y tendencias	
Respuesta	Media	Total
Sí	 93%	14
No	 7%	1
Total de respuestas a la pregunta		15/20
 75%		
2	2. Empresas multinacionales y Derechos Humanos: especial referencia al trabajo infantil y al trabajo forzado	
Respuesta	Media	Total
Sí	 83%	15
No	 11%	2
Total de respuestas a la pregunta		18/20
 90%		
3	3. Violencia de género y sustracción internacional de menores: ¿es satisfactorio el actual modelo?	
Respuesta	Media	Total
Sí	 89%	17
No	 11%	2
Total de respuestas a la pregunta		19/20
 95%		
4	4. Familias transnacionales iberoamericanas: ¿es satisfactorio el modelo de responsabilidad parental cuando los hijos se quedan en los Estados de origen y los padres litigan en los Estados en que residen?	
Respuesta	Media	Total
Sí	 43%	6
No	 50%	7
Total de respuestas a la pregunta		14/20
 70%		
5	5. Libre circulación de personas y familias LGTBQ: perspectiva internacional y europea	
Respuesta	Media	Total
SÍ	 63%	12
NO	 37%	7
Total de respuestas a la pregunta		19/20
 95%		
6	6. Relación entre el Derecho Interregional y los Reglamentos europeos de Derecho Internacional Privado	
Respuesta	Media	Total
Sí	 9%	1
No	 82%	9
Total de respuestas a la pregunta		11/20
 55%		
7	7. Tratamiento del orden público internacional y de las leyes de policía en las normas europeas de Derecho de familia	
Respuesta	Media	Total
Sí	 46%	6
No	 46%	6
Total de respuestas a la pregunta		13/20
 65%		

METODOLOGÍA DE LOS SEMINARIOS WIKI:

- I. La participación en los seminarios wiki NO es obligatoria.
- II. La participación activa en ellos podrá suponer hasta un punto más en la calificación final de la asignatura
- III. Para participar en el seminario es preciso que os dé de alta previamente, por lo que tenéis que enviar un correo informándome de vuestra intención.
- IV. El seminario contará con unos ítems que deberéis completar. Todo ello se realizará a través de la plataforma Studium.
- V. Durante la realización del seminario, sólo tendréis acceso a la información aquellos que estéis matriculados en el mismo. Finalizado el seminario, se pondrá a disposición de todos los alumnos del grupo
- VI. El seminario finalizará con un Webinar que se emitirá en abierto en el canal de youtube que se habilitará al efecto.

RESULTADOS

9:15 h Seminario I: **EMPRESAS MULTINACIONALES Y DERECHOS HUMANOS: ESPECIAL REFERENCIA AL TRABAJO INFANTIL Y AL TRABAJO FORZADO**

Relatora: D^a **MARIA FONT I MAS**, Profesora Agregada y responsable del Área de Derecho Internacional Privado, Universidad Rovira i Virgili

Intervienen: **CLAUDIA GONZÁLEZ VENTERO** / **ÓSCAR ANTONIO RAMÓN**, Alumnos de 4º Grado en Derecho, Grupo II.

10:30 h Seminario II: **VIOLENCIA DE GÉNERO Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ¿ES SATISFATORIO EL ACTUAL MODELO?**

Relatora: D^a **CARMEN RUIZ SUTIL**, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Granada

Intervienen: **LAURA MURIEL RODRÍGUEZ** / **BLANCA MOROCHO PÉREZ**, Alumnas de 4º Grado en Derecho, Grupo II.

11:45 h Descanso:

12:00 h Seminario III: **TEDH Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: PROPUESTAS, DESAFÍOS Y TENDENCIAS**

Relatora: D^a **ISABEL LÁZARO GONZÁLEZ**, Profesora Propia Ordinaria de Derecho Internacional Privado, Universidad Pontificia Comillas

Intervienen: **ÁNGELA HERNÁNDEZ POZO** / **PABLO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ**, Alumnos de 4º Grado en Derecho, Grupo II.

Asistencia libre hasta completar el aforo

VNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Facultad de **Derecho**



Seminarios wiki de Derecho Internacional Privado

Fecha: 11 de diciembre de 2024

Hora: 9:15 a 13:15 h

Lugar: Salón de Grados, Facultad de
Derecho, Universidad de Salamanca







**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**EMPRESAS MULTINACIONALES Y DERECHOS
HUMANOS: ESPECIAL REFERENCIA AL TRABAJO
INFANTIL Y AL TRABAJO FORZADO**

Autores:

MARÍA DEL SOL ALÍAS SÁNCHEZ; ÓSCAR ANTONIO RAMÓN; CLAUDIA
GONZÁLEZ VENTERO; ÁLVARO GORJÓN LOSA; GEMA HORTIGÜELA
CHICOTE; JAVIER LARA DÁVILA; JORGE LORENZO PAREDERO; PATRICIA
MARIÑO GONÇALVES; SARA MEDINA CURTO; ARIANA ORBEGOZO JERÍ;
MARÍA GONZÁLEZ TERRADO

Coordinadores del Seminario:

ÓSCAR ANTONIO RAMÓN / CLAUDIA GONZÁLEZ VENTERO;

Profesora responsable:

ANTONIA DURÁN AYAGO

**GRADO EN DERECHO – Grupo II
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

Curso 2024/2025

ÍNDICE

I. CONTEXTO INTRODUCTORIO: CASUÍSTICA, EMPRESAS MULTINACIONALES, RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL	12
II. TRABAJO DIGNO VS TRABAJO INFANTIL Y TRABAJO FORZADO. ANÁLISIS DE LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE TRABAJO FORZADO	18
III. CONTEXTO NORMATIVO	24
1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE REGULAN EL TEMA	24
A). <i>Pacto Mundial de Naciones Unidas- Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos</i>	24
B) <i>Directrices de la OCDE para empresas multinacionales</i>	28
C) <i>Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo</i>	30
D) <i>En el ámbito específico del sector extractivo, los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos.</i>	33
2. OTROS TEXTOS NORMATIVOS RELEVANTES	38
IV. INTERVENCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN ESTOS CASOS: PROPUESTAS DE FOROS/ DERECHO APLICABLE	46
V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

I. CONTEXTO INTRODUCTORIO: CASUÍSTICA, EMPRESAS MULTINACIONALES, RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

El presente trabajo es fruto de la labor de investigación llevada a cabo en el contexto de los conocidos como Seminarios Wiki, actividad propia del Área de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. En concreto, el tema abordado lleva por título “Empresas multinacionales y Derechos Humanos: especial referencia al trabajo infantil y al trabajo forzado”.

Siendo esto así resulta necesario abordar los motivos por los que surge el interés en esta materia. No es baladí que en los últimos años hayan proliferado en los medios de comunicación noticias que ponen el foco en las malas prácticas que grandes empresas multinacionales mantienen en países en vías de desarrollo donde tienen deslocalizada su actividad. Por ejemplo, en septiembre de 2024 el diario *El País* presentaba el siguiente titular: “*Estados Unidos alerta del auge de la explotación infantil en los minerales de las energías verdes*”¹, aunque ya antes, en el 2019, *El Mundo* reportaba: “*Apple, Google, Tesla y Microsoft, acusadas de esclavitud infantil tras la muerte de 14 menores en las minas de cobalto de Congo*”², y en el 2022 el periódico *Expansión* señalaba: “*Nestlé, Lindt, Mars... qué hacen los grandes del chocolate frente al trabajo infantil*”³. En definitiva, este tipo de informaciones cada vez llaman más la atención de los medios, pero también de los juristas, ya que empieza a verse como necesaria una intervención legislativa que ponga coto a las malas prácticas empresariales que vulneran los derechos humanos, muy especialmente, como se verá en las siguientes páginas, en relación con el trabajo infantil y trabajo forzado.

En primer lugar, en este trabajo, abordaremos el propio concepto de empresa multinacional. Si acudimos a la Real Academia de la Lengua Española encontramos la siguiente definición: “*Dicho de empresa o sociedad: Cuyos intereses y actividades se hallan establecidos en diversos países.*”. Concretamente, se trata de sociedades con una empresa matriz y subsidiarias filiales en otros países. Estas filiales suelen disfrutar de una fuerte autonomía, constituyendo un centro de decisión en sí mismas, siempre dependientes de la empresa matriz, pero pudiendo trazar una estrategia acorde con cada mercado nacional en el que operan.⁴ Por tanto, la sociedad matriz controla económicamente a las filiales, siendo cada una de ellas de la nacionalidad del Estado conforme a cuyo Derecho se ha constituido, Derecho que normalmente, aunque no siempre, coincide con el del Estado en que desarrollan su actividad.

Sin embargo, junto a la empresa multinacional, existe también la empresa transnacional, denominada así porque, aunque su sede jurídica y el control económico se lleva a cabo a través de un único Estado, sus centros de producción suelen estar en el extranjero, normalmente en países en donde las condiciones laborales son mucho más laxas.⁵

¹ <https://elpais.com/planeta-futuro/2024-09-09/estados-unidos-alerta-del-auge-de-la-explotacion-infantil-en-los-minerales-de-las-energias-verdes.html>

² <https://www.elmundo.es/economia/empresas/2019/12/19/5dfb6d11fc6c837c748b4635.html>

³ <https://www.expansion.com/empresas/2022/02/02/61fa2fa2e5fdeacb7c8b4655.html>

⁴ HERNÁNDEZ PERIBAÑEZ, M.A. (2017). *Empresas transnacionales y esclavitud moderna en la cadena de sus suministros textil: implementación de la debida diligencia en derechos humanos y sus efectos en el acceso a mecanismos de reparación judicial*. [Tesis de Doctorado; Universitat de Valencia]. p.60

⁵ DURÁN AYAGO, A. (2018). *Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países (a propósito de la ley francesa 2017-399, de 27 marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales*. ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2018. p.331

Tanto la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se refieren habitualmente a la empresa multinacional, en cambio, Naciones Unidas, así como gran parte de los textos doctrinales latinoamericanos optan por transnacional.⁶

Tres son los elementos fundamentales que resultan comunes a este tipo de sociedades:⁷

- Expansión más allá de las fronteras nacionales
- Estrategia global bajo la dirección de la empresa matriz
- Búsqueda de la maximización de beneficios

Aclarado este punto es básico atender al fenómeno que permite y favorece el crecimiento, expansión y proliferación de estas sociedades: la globalización.

Desde Naciones Unidas, en particular en un comunicado de prensa de 5 de mayo de 2002 sobre Globalización y Desarrollo realizado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, se define globalización como "*la creciente gravitación de los procesos económicos, sociales y culturales de carácter mundial sobre aquellos de carácter nacional o regional*". Otra definición, desde diferente perspectiva, la aporta el economista y escritor español José Luis Sampedro en su libro *El mercado y la globalización* también de 2002:

Constelación de centros con fuerte poder económico y fines lucrativos, unidos por intereses paralelos, cuyas decisiones dominan los mercados mundiales, especialmente los financieros, usando la más avanzada tecnología y aprovechando la ausencia o debilidad de medidas reguladoras y de controles públicos.

En ella se aprecia un aspecto esencial que será de gran relevancia para el tema abordado, la ausencia o debilidad de medidas reguladoras y de controles públicos, como se verá más adelante.

Así pues, la globalización da origen y, a su vez, condiciona, el comportamiento de las empresas multinacionales, pero también el de los Estados y sus gobiernos y, en mayor o menor medida, el de los ciudadanos. En este sentido, el sociólogo alemán Ulrich Beck enumera ocho razones para entender que la globalización no es solo real, sino también un proceso irreversible:⁸

1. El ensanchamiento del campo geográfico y la creciente densidad del intercambio internacional, así como el carácter global de la red de mercados financieros y del poder cada vez mayor de las multinacionales.
2. La revolución permanente en el terreno de la información y las tecnologías de la comunicación.
3. La exigencia, universalmente aceptada, de respetar los derechos humanos, también considerado como el principio de la democracia.
4. Las corrientes icónicas de las industrias globales de la cultura.
5. La política mundial posinternacional y policéntrica: junto a los gobiernos hay cada vez más actores transnacionales con cada vez mayor poder (multinacionales, organizaciones no gubernamentales, Naciones Unidas).

⁶HERNÁNDEZ PERIBAÑEZ, M.A. *op. cit.*, p.61

⁷HERNÁNDEZ PERIBAÑEZ, M.A. *op. cit.*, pp.64-68

⁸BECK, U. (1998). *¿Qué es la globalización?* Paidós. pp. 29-30

6. El problema de la pobreza global.
7. El problema de los daños y atentados ecológicos globales.
8. El problema de los conflictos transculturales en un lugar concreto

Consecuencia precisamente de la globalización y de su aparejada nueva forma de entender la expansión empresarial, las empresas multinacionales se han adaptado diseñando estrategias como la deslocalización, entendida generalmente como el traslado de una producción industrial de una región a otra o de un país a otro, normalmente buscando menores costes empresariales.

Si ponemos esto en relación con la última definición de globalización expuesta anteriormente, encontramos que el profesor Fernando Merino de Lucas, de la Universidad de Murcia, considera que la deslocalización ha favorecido las posibilidades de que las empresas realicen sus actividades en un marco jurídico que les resulte menos costoso, lo que lleva asociado el riesgo de que la actividad productiva se desplace a países o regiones donde la legislación sea menos restrictiva. Esto genera una competición a la baja entre los distintos territorios con el fin de tener la legislación más favorable para las empresas, manteniendo la actividad productiva en detrimento del resto de intereses que la normativa debe proteger, como lo son los derechos laborales, la recaudación impositiva o la protección del medio ambiente.⁹

En este sentido cabe hablar de la Responsabilidad Social Empresarial (en adelante RSE o RSC), entendida esta como un tipo de gestión integral de negocios que tiene en cuenta no solo el crecimiento económico de la empresa, sino este ligado al bienestar social y a la protección del medio ambiente. La RSE sería pues el compromiso de estas empresas multinacionales con la sociedad, basándose en cuestiones éticas y morales que condicionan el desarrollo.

El desempeño correcto de la gestión de organización empresarial se manifestaría en una serie de características:

- El respeto por los derechos de las personas, no sólo empleados sino también consumidores.
- La promoción del valor que representa el ser humano (y respeto por tanto a todos los bienes jurídicos a éste ligados), la comunidad y el medio ambiente.
- Concretamente, el control del impacto que genera la actividad empresarial sobre el medio ambiente.
- Las prácticas y pruebas libres de crueldad animal.
- El uso sustentable de los recursos naturales y materias primas.
- La promoción de acciones y programas de bien social y ambiental.
- El compromiso con la gestión de la responsabilidad social a lo largo del tiempo.
- Búsqueda de equilibrio en el sistema capitalista de consumo (que trata de encontrar la máxima ganancia en el menor tiempo y con el menor gasto), cuidando de los recursos naturales y humanos.¹⁰

⁹ MERINO DE LUCAS, F., "Externalización Y Cambio de Localización En La Actividad Productiva.," Revista de Estudios Empresariales, número 1, 2008, p.17

¹⁰ De la Cuesta González, M. (2004). El porqué de la responsabilidad social corporativa. *Boletín económico de ICE*, (2813).

Sobre todas estas características existe legislación específica. Destacamos con una marcada importancia los *Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos*,¹¹ texto aprobado por unanimidad por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en su resolución 17/4 del 16 de junio de 2011, que materializa la necesidad de las empresas de proteger y respetar los derechos humanos, y remediar las faltas que estas cometen o hayan cometido. A su vez, y como adición a estos Principios Rectores, se publican los *Principios para la contratación responsable*, así como la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT (Declaración sobre las empresas multinacionales)*¹², instrumento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que proporciona orientación directa a las empresas sobre la política social y las prácticas “inclusivas, responsables y sostenibles en el lugar de trabajo”, siendo el objetivo de esta declaración fomentar la contribución positiva de las empresas multinacionales para con el progreso económico y social.

A su vez, las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para empresas multinacionales contienen principios y normas no vinculantes que buscan una conducta empresarial responsable en un contexto global, de igual modo, los diez principios del Pacto Mundial de la ONU, derivados de las principales convenciones y declaraciones del mismo organismo, reconocidos y respaldados en numerosos documentos y resoluciones intergubernamentales, abarcan cuatro áreas que definen y acotan el verdadero significado de la Responsabilidad Social Empresarial: los derechos humanos, el trabajo, el medio ambiente y la anticorrupción.

La Responsabilidad Social Empresarial tiene una especial relación con la Cooperación Internacional para el Desarrollo (CID). En palabras de Rafael Domínguez, en el ARI sobre “*La RSC y la CID para el Desarrollo: caminos convergentes*”, del Real Instituto Elcano: “*La RSC es a las empresas lo que la CID es a los gobiernos. La primera, como estrategia empresarial, y la segunda, como política pública concertada, están destinadas a entenderse*”.¹³

Las empresas multinacionales desempeñan un papel muy importante en la economía generando oportunidades de progreso económico y social, pero que a menudo llevan aparejados desafíos éticos que hemos ido tratando. En este sentido, la protección de los derechos humanos con respecto al trabajo infantil y al trabajo forzado se ha convertido en una de las principales preocupaciones judiciales con respecto a las empresas de estas características que hacen uso de estas inhumanas prácticas.

Es por esto por lo que la intervención del Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr.) es esencial en el contexto actual caracterizado por la globalización. Su intervención se refleja, entre otras, en propuestas de criterios de competencia judicial internacional y el derecho aplicable en estos casos, mostrando la necesidad de proyectar en este aspecto, normas que traten de garantizar la protección de los derechos humanos.

¹¹ Consejo de Derechos Humanos. (2011). *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. Naciones Unidas. Recuperado de https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf

¹² Organización Internacional del Trabajo. (2016). *Principios para la contratación responsable: Principios rectores para combatir el trabajo forzado y la trata de personas en las cadenas de suministro globales*. Naciones Unidas. Recuperado de <https://www.ilo.org>

¹³ Domínguez, R. (2008). *La RSC y la CID para el Desarrollo: caminos convergentes* (ARI). Real Instituto Elcano. Recuperado de <https://www.realinstitutoelcano.org>

Uno de los grandes problemas a los que se enfrenta el DIPr., es mitigar la diversidad de normas en la que se encuentran aquellas empresas multinacionales, con abundantes marcos normativos, mostrando todos ellos diversidad jurídica, pues la legislación viene a menudo determinada en función de donde se rigen las actividades de dichas operaciones. Pues bien, en este aspecto, el DIPr. ofrece, o debiera ofrecer un marco normativo común con el objetivo de armonizar y aclarar la existencia de normas internacionales.

De manera específica, las leyes del país origen de la empresa chocan con las leyes internacionales, la intervención del DIPr. será necesaria para determinar la ley aplicable, proporcionando herramientas que sirvan para identificar la normativa correcta al caso.

En resumen, podemos afirmar que la intervención del DIPr. responde a necesidades existentes en el entorno actual, ya que su intervención en este ámbito es necesaria para lograr un entorno global donde las actividades de las empresas multinacionales y la protección de los derechos humanos coexistan pacíficamente.

Es cierto que, la intervención del DIPr. en este ámbito ha mostrado un avance significativo gracias al papel que ha desempeñado años atrás. No obstante, sigue habiendo muchos países en los que el trabajo forzoso y el trabajo infantil persiste. Según los datos reflejados por la OIT, 73 millones de niños se encuentran realizando trabajos peligrosos ¹⁴.

Según la fuente ILO (2016), estos son los datos que muestran el número de niños que trabajan por situación en el mundo ¹⁵.



Estos datos revelan la importancia y la necesidad de abordar esta situación para erradicar por completo el trabajo infantil y forzoso y proporcionar un entorno seguro para el desarrollo de los niños.

¹⁴ End child labor (20"1)"estos 4 países están actuando para acabar con el trabajo infantil", accesible en: [Estos 4 países están actuando para acabar con el trabajo infantil-I - International Year for the Elimination of Child Labour](#). Consultado el 26 de noviembre de 2024.

¹⁵ Epdata (202") "El trabajo infantil en el mundo, en datos y gráficos", accesible en: [El trabajo infantil en el mundo, en datos y gráficos](#). Consultado el 26 de noviembre de 2024

Hoy en día, la OIT afirma que, en 135 países se penaliza el trabajo forzoso, implementando para ello normativas que garantizan eficacia, pero en otros países, este problema no se ha erradicado aún.

Entidades como las agencias de las naciones unidas, ONG, universidades, gobiernos... suman fuerzas en este movimiento mundial a favor de la infancia. Según las estimaciones mundiales sobre el trabajo infantil de 2021, la crisis generada por la pandemia ha obligado a muchos niños a necesitar trabajar para subsistir.

Países como Nigeria, Fiji, Mali o Sri Lanka, están actuando para erradicar este problema, concluyendo políticas consistentes en resolver los problemas claves que suponen la falta de cumplimiento y aplicación de la legislación y ofreciendo apoyo técnico a ONG¹⁶.

El año 2021 fue declarado por Naciones Unidas como el año internacional para eliminación del trabajo infantil. En España, por ejemplo, desde UNICEF se unió a la red española del pacto mundial y a la organización internacional del trabajo, creando así una alianza nuestro país, para así, intensificar los esfuerzos dirigidos a erradicar el trabajo infantil en todas sus formas.

Unicef apunta que, desde el año 2000 ha habido un descenso del 38%, por lo que asegura que estamos avanzando por el camino correcto. La universalidad casi total en la ratificación de la convención de las naciones unidas sobre los derechos del niño es un papel destacable. Además, también hay que resaltar, el respaldo de los niños a nivel mundial por parte del Convenio número 138 de la organización internación del trabajo sobre la edad mínima que, ampara hoy en día al 80% de los niños, estos son datos que muestran el logro significativo de estas labores¹⁷.

No obstante, la COVID-19 ha desencadenado un aumento significativo en el trabajo infantil, pues se estima que la cifra se ha incrementado entre 300.000 y 370.000 niños afectados

Todo esto nos muestra que, si bien ha habido cambios significativos mediante la incorporación y ratificación de medidas, sigue siendo dicho problema objeto de atención y compromiso continuo para garantizar dichas protecciones incorporadas en los marcos normativos.

El DIPr debe desempeñar y desempeña un papel esencial en la regulación de actividades transfronterizas que involucran violaciones de derechos humanos por parte de empresas multinacionales, en el marco, por supuesto, de aquello que nos compete, la responsabilidad civil derivada de estas actividades delictivas y deleznable.

¹⁶ End child labor (20"1)"estos 4 países están actuando para acabar con el trabajo infantil", accesible en: [Estos 4 países están actuando para acabar con el trabajo infant-I - International Year for the Elimination of Child Labour](#). Consultado el 26 de noviembre de 2024.

¹⁷ UNICEF (2021", "erradicar el trabajo infantil en 2"25", accesible en: [Compromiso 2025: erradicar el trabajo infant-I - UNICEF](#). Consultado el 27 de noviembre de 2024

II. TRABAJO DIGNO VS TRABAJO INFANTIL Y TRABAJO FORZADO. ANÁLISIS DE LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE TRABAJO FORZADO

El trabajo infantil y forzoso constituyen graves violaciones de los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, siendo temas de gran relevancia para organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁸.

Para entender qué debe considerarse como trabajo infantil ha de hacerse referencia al *Convenio número 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo de 1973* que establece en su artículo 3 que la edad mínima para desempeñar cualquier empleo o trabajo peligroso no debe ser inferior a dieciocho años. Aunque hay que destacar que se excepcionan a los menores mayores de 16 años siempre que su salud, seguridad y moralidad estén totalmente garantizadas y hayan recibido la formación adecuada para desempeñar dichas labores. El objeto de este convenio es proteger a los menores de trabajos que puedan menoscabar su desarrollo social, físico o mental¹⁹.

Más allá, el *Convenio número 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación de 1999* en su artículo 3 señala qué deben de considerarse como las peores formas de trabajo infantil²⁰:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y
- d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Por otro lado, el *Convenio número 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso de 1930*²¹ es el que define qué debe de calificarse como trabajo forzoso. En su artículo dos establece que se considerará trabajo forzoso a cualquier trabajo o servicio exigido a una persona bajo amenaza de una pena y que no sea realizado de manera voluntaria. Se excepcionan de esta definición aquellos trabajos que deriven de situaciones como:

¹⁸ Organización Internacional del Trabajo. (n.d.). Trabajo infantil. Recuperado el [20 de noviembre de 2024], de <https://www.ilo.org/es/temas-y-sectores/trabajo-infantil>

¹⁹ Instrumento de ratificación de España del Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la edad mínima de admisión al empleo, adoptado el 26 de junio de 1973. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 168, 15 de julio de 1978, Sec. I. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-12274

²⁰ Instrumento de Ratificación de España del Convenio número 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, hecho en Ginebra el 17 de junio de 1999. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 118, 17 de mayo, 2001, pp. 17451-1745. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2001-9338

²¹ Organización Internacional del Trabajo (1930). Convenio sobre el trabajo forzoso (núm. 29), adoptado en Ginebra, 14ª reunión CIT el 28 junio 1930. Disponible en https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ilo_code:C029

El servicio militar obligatorio

Obligaciones cívicas normales

Trabajos derivados de condenas judiciales bajo control estatal

Actividades necesarias ante emergencias graves

Pequeños trabajos comunales decididos por la propia común

Por su parte este convenio lo que persigue es acabar con las prácticas que coaccionen la libertad de las personas, garantizando así su capacidad de decidir sobre su trabajo.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, las cifras más recientes revelan que el trabajo digno aún no es una realidad para muchas personas en el mundo. Actualmente, 160 millones de niños (uno de cada diez a nivel global) están sometidos a situaciones de trabajo infantil, mientras que 25 millones de personas se encuentran en condiciones de trabajo forzoso²².

Más allá, cabe destacar que el 64 % de estos casos se dan en sector privado, el 17 % bajo la mano del sector público y un 19 % en situación de explotación sexual forzosa. Ahora bien, más significativo es que el 63 % de todos los casos lo representan mujeres y niñas²³.

Por otro lado, si bien es cierto que entre los años 2000 y 2016 se había reducido significativamente el trabajo infantil, el número de niños afectados ha aumentado nuevamente entre 2016 y 2022²⁴. Esta tendencia puede atribuirse a diversos factores, entre ellos el proceso de globalización, los avances tecnológicos, la crisis climática y el cambio demográfico. Además, la pandemia mundial de COVID-19 ha exacerbado las desigualdades en el mercado laboral, afectando de manera desproporcionada a los grupos más vulnerables, como los jóvenes, los niños, las personas con discapacidad, los ancianos, los trabajadores migrantes y aquellos que operan en la economía informal²⁵.

En este contexto, el 23 de febrero de 2022 la Comisión Europea publicó una Comunicación a través de la cual la UE se compromete a promover el trabajo digno en todos los sectores y áreas de actuación, siendo una prioridad la eliminación del trabajo infantil y forzoso.

Este enfoque integral se apoya en el concepto universal de trabajo digno desarrollado por la (OIT) y reflejado en los Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS) de las Naciones Unidas el cual se sustenta sobre 4 elementos clave:

Empleo productivo

Normas y derechos de trabajo

Protección social

Dialogo social y tripartismo

En consonancia con el enfoque global de la situación, la UE se compromete a abordar la situación de los trabajadores en los mercados nacionales, en países terceros y a lo largo de las cadenas de suministro globales. El objetivo es asegurar condiciones laborales justas

²² Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible”, COM (2022) 66 final. p.1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0066>

²³ Comisión Europea, 2022 *ibidem*, pp. 8-9

²⁴ Comisión Europea 2022, *ibidem*, p. 5

²⁵ Comisión Europea, 2022 *ibidem*, p. 2

y equitativas para todos, enfatizando la necesidad de crear un entorno de trabajo que respete los derechos humanos y la dignidad de cada persona, prestando especial atención a los grupos más desfavorecidos²⁶.

En línea con su compromiso de promover el trabajo digno en las cadenas de suministro, la UE establece normas innovadoras de responsabilidad y transparencia empresarial. Se han creado instrumentos como la *Directiva sobre Diligencia Debida de las Empresas en Materia de Sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859*²⁷, en la que se establecen una serie de obligaciones para los empresarios, entre las que se encuentra el respeto al trabajo digno mediante la prevención, detección de casos de trabajo forzado, mitigación de sus efectos etc.²⁸.

También se están adoptando medidas en materia de finanzas con las que la UE pretende dirigir las inversiones privadas hacia actividades económicas que sean sostenibles, tanto en términos ambientales como sociales, lo que incluiría la promoción del trabajo digno²⁹.

En materia de consumo el Plan de Acción para la Economía Circular de la UE³⁰ contempla acciones relacionadas con el medioambiente y la sociedad, quedando también incluida la erradicación del trabajo forzado. Además, incluirá en sus políticas de protección de consumidores, la información necesaria para lograr un desarrollo sostenible.

Por otro lado, en cuanto a la protección el trabajo digno en sectores específicos, la UE abordará los problemas de los trabajadores del sector alimenticio a través de la Estrategia de la Granja en la Mesa³¹.

Además, dada la concentración de la oferta de materias primas en países con bajos niveles de gobernanza, la UE promoverá prácticas mineras responsables para lograr un abastecimiento más sostenible³².

También es bien conocido que en el sector textil está presente el trabajo forzoso y el trabajo infantil, por ello la UE respalda programas como Better Work, que busca mejorar las condiciones laborales; y el Fondo Visión Cero, que se enfoca en la salud y seguridad de los trabajadores en la industria de la confección³³.

Como se ha indicado, la erradicación del trabajo infantil es uno de los objetivos prioritarios de la UE. Para alcanzar este objetivo, la UE utiliza diversas herramientas entre las que destacan los convenios fundamentales de la OIT sobre trabajo forzoso y trabajo infantil. Estos convenios han sido ratificados por los 27 estados miembros de la UE, lo que demuestra su compromiso con esta causa. En dichos convenios, se establecen obligaciones claras para prevenir y eliminar tanto el trabajo infantil como el trabajo forzoso y se incluyen disposiciones que exigen a los países firmantes proporcionar información a la OIT para garantizar el cumplimiento efectivo de las normas

²⁶ Comisión Europea, 2022 *ibidem*, p. 4.

²⁷ Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 1760 de 5 de julio de 2024, pp 1-58.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81037>

²⁸ Comisión Europea, 2022 *op. cit.*, p. 10.

²⁹ https://finance.ec.europa.eu/sustainable-finance/overview-sustainable-finance_en#action-plan

³⁰ Nuevo Plan de acción para la economía circular, COM (2020) 98 final, de 13.3.2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52020DC0098>

³¹ Comisión Europea, 2022, *Op. cit.* p. 11.

³² Comisión Europea, 2022, *ibidem* p. 12.

³³ Comisión Europea, 2022 *ibidem* p.12.

internacionales. Además, para incentivar el cumplimiento de dichas normas el *Reglamento 978/2012 (UE) sobre el Sistema de Preferencias Generalizadas (SPG)*³⁴, permite que la UE pueda conceder preferencias comerciales unilaterales a los países que estén al día con dichas normas internacionales referidas al trabajo infantil y forzoso.

Esta especial protección también se manifiesta en instrumentos como la *Directiva 2024/1712 (UE) sobre la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*³⁵ con la que se pretende que en todos los países miembros estas conductas y el uso deliberado de tales servicios sean sancionados por ley.

Además, la UE aboga por la contratación pública responsable para garantizar que contratistas y proveedores cumplan las obligaciones que establece la OIT. Para ello cuentan con la Guía de Adquisiciones Sociales, la cual trata de hacer ver a los poderes adjudicadores la importancia de dichas prácticas. Pero no solo esto, sino que también se apuesta por la diligencia debida de las empresas privadas y para ello la Comisión y el Servicio Europeo de Acción Exterior redactaron unas indicaciones para hacer frente al problema del trabajo forzoso. En este sentido, la Comisión también presentó una propuesta de *Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD)*³⁶, donde se recogían ciertas condiciones de información respecto de los derechos laborales.

Si bien es cierto que las medidas anteriores constituyen un amplio grueso para la erradicación del trabajo forzoso es necesario continuar trabajando y por ello se ha aprobado recientemente el *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso y se modifica la Directiva (UE) 2019/1937*³⁷.

Como la UE también se compromete a que se respeten las normas internacionales de trabajo en sus relaciones con terceros estados, ha establecido en sus acuerdos de libre comercio e inversión, disposiciones y prácticas dirigidas a incentivar el trabajo digno³⁸. Una de esas medidas ha sido nombrar al Alto Representante de la Aplicación de la Política Comercial, encargado de velar por el cumplimiento de los compromisos de las empresas, incluidos los relativos al desarrollo sostenible. La UE también se sirve del Plan de acción de quince puntos sobre comercio y desarrollo sostenible³⁹ que recoge mecanismos

³⁴ Reglamento (UE) 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por el que se aplica el sistema de preferencias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) n.º 732/2008 del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 303, 23 de noviembre de 2012, pp. 1-82. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2012-82023>

³⁵ Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 1712, de 24 de junio de 2024, pp. 1-13. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-80945>

³⁶ Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 322, de 16 de diciembre de 2022, pp. 15- 80. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81871>

³⁷ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso y se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. Aprobado el 6 de noviembre de 2024.

³⁸ Comisión Europea, 2022, *Op. Cit* p. 16

³⁹ Comisión Europea, 2022, *ibidem* p. 16

dirigidos a evaluar el cumplimiento de dichas normas e incluye herramientas sancionadoras en el caso de incumplimiento⁴⁰.

Esta actitud protectora y garantista de la UE también se refleja en el Reglamento UE 978/2012⁴¹ sobre preferencias generalizadas para el periodo 2024 a 2034 en el cual se han añadido dos nuevos convenios sobre derechos laborales y se pretende la retirada de la condición de preferente a aquellos Estados que no respeten los convenios y normas que velan por el trabajo digno, tal y como se establece en el artículo 24 del propio reglamento con el fin de desincentivar los países que sigan tolerando el trabajo forzoso

La UE también ha adoptado una política de asociación internacional que se materializa en el programa IVDCI-EG, recogido en el *Reglamento UE 2021/947 por el que se crea el Instrumento de Vecindad, Desarrollo y Cooperación Internacional* ⁴². En él se contienen conductas dirigidas a apoyar a los países miembros del programa para que ratifiquen y cumplan los convenios actualizados (OIT) y conductas dirigidas a promover el comportamiento empresarial responsable en las cadenas de suministro globales, tanto en el ámbito de la economía formal como informal. Esta política de asociación internacional también vela por la protección de niños en situaciones de crisis humanitarias mediante múltiples medidas como la liberación y reintegración de niños asociados a fuerzas armadas, por ejemplo.

La UE además seguirá promoviendo el trabajo digno a través del Instrumento de Ayuda de Preadhesión (IAP), concretamente el referido para el periodo 2021-2027⁴³, que fomentará la implantación de este tipo de normas en materia de política social y empleo en los diferentes estados candidatos a formar parte de la organización⁴⁴. Pero no solo eso, sino que también favorece el dialogo sectorial entre la UE y los países vecinos meridionales a nivel bilateral y regional, mediante la Política Europea de Vecindad⁴⁵.

Más allá, la UE también tendrá en cuenta a la hora de realizar los proyectos de financiación de empresas, que las mismas velen por el cumplimiento de los derechos laborales, y, además, se están adoptando acuerdos estratégicos de cooperación con terceros países para compartir información en materia laboral⁴⁶.

Otro papel importante de la UE es su función como garante del cumplimiento del respeto al trabajo digno en los diferentes foros de los que forma parte.

⁴⁰ Comisión Europea, 2022, *ibidem* p. 16

⁴¹ Reglamento (UE) 978/2012, *Op cit*

⁴² Reglamento (UE) 2021/947 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de junio de 2021 por el que se establece el Instrumento de Vecindad, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Internacional - Europa Global, por el que se modifica y deroga la Decisión nº 466/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan el Reglamento (UE) 2017/1601 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE, Euratom) nº 480/2009 del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 209, de 14 de junio de 2021, pp. 1-78. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-80774>

⁴³ Reglamento (UE) [2021/1529](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32021R1529) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de septiembre de 2021, *por el que se establece el Instrumento de Ayuda Preadhesión (IAP III)*. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. 330, de 20 de septiembre de 2021, pp. 1-26. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32021R1529>

⁴⁴ Comisión Europea, 2022, *ibidem* p. 18

⁴⁵ Comisión Europea, 2022, *ibidem* p. 18

⁴⁶ Comisión Europea, 2022, *ibidem* p. 19

En lo relativo al ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la UE junto con el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos⁴⁷, participará en los debates para la adopción de un instrumento jurídico vinculante para el caso de que se viole algún derecho laboral y promoverá programas de trabajo digno tanto en la Comisión de Desarrollo Social⁴⁸ como en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Además, la UE participa activamente en el seno de la OIT donde tiene como misión promover la adopción de normas de trabajo y velar por su cumplimiento, sobre todo en relación con la Agenda 2030.

La UE también va a favorecer el intercambio de experiencias en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC) con apoyo de la OIT con el fin de mejorar el crecimiento económico y social, incluyendo en el objetivo la erradicación del trabajo forzoso para dicho crecimiento. La comisión tratará además de hacer ver tanto a la OIT como a la OMC la necesidad de que sus políticas se complementen y sean coherentes entre ellas, además de la interdependencia entre las mismas.

También será relevante la participación de la UE en foros como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) para lograr la correcta aplicación de las normas relativas a la diligencia debida empresarial y su colaboración con los socios del G-7 y G-20 para la promoción del trabajo digno en las cadenas de suministro mundiales. En este sentido también colaborará con el Banco mundial, el Fondo Monetario Internacional y con el Consejo de Europa⁴⁹.

La UE promueve asimismo el dialogo social europeo tripartito⁵⁰ y bipartito⁵¹ a nivel intersectorial y sectorial mediante el apoyo a 43 comités de dialogo social sectorial y la interacción con las organizaciones de la sociedad civil facilitando el debate para lograr erradicar el trabajo forzoso.

Por último, tanto la UE como los Estados miembros contribuyen a las alianzas mundiales y multilaterales⁵², y, a través de la política de tolerancia 0 frente al trabajo infantil, la UE pretende conseguir el objetivo 8.7 de los ODS⁵³.

⁴⁷ Grupo de expertos independientes encargado de supervisar o promover el respeto de los derechos humanos por parte de empresas, con representación geográfica equilibrada y experiencia en diversos sectores y regiones.

⁴⁸ Órgano consultivo de la ONU responsable del pilar de desarrollo social del desarrollo mundial.

⁴⁹ Comisión Europea y Consejo de la Unión Europea. (2021). *JOIN (2021) 3 final: Informe conjunto sobre el trabajo digno en el ámbito de la transición justa y la recuperación sostenible*. p. 15.

⁵⁰ Un diálogo tripartito es una negociación interinstitucional informal que reúne a representantes del Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea.

⁵¹ En un dialogo bipartito intervienen interlocutores sociales como las organizaciones de empresas y trabajadores (sindicatos).

⁵² *Loc. cit.* (Comisión Europea, 2022, p. 23)

⁵³ Organización Internacional del Trabajo y Comisión Europea. (2020). *Conclusiones de la 15ª Reunión de Alto Nivel entre la Organización Internacional del Trabajo y la Comisión Europea: Ginebra - Bruselas, 2 de octubre de 2020*
https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@europe/@ro-geneva/@ilo-brussels/documents/meetingdocument/wcms_757939.pdf

III. CONTEXTO NORMATIVO

1. Instrumentos internacionales que regulan el tema

A). Pacto Mundial de Naciones Unidas- Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos

Los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos fueron adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en junio de 2011. Dichos Principios son fruto de seis años de investigación, consulta y reflexiones por parte del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas, el profesor John Ruggie, y desde entonces han venido actuando como norma de conducta a nivel mundial para modelar el comportamiento de todos los Estados en relación con las empresas y los Derechos Humanos. En los principios generales que abren el Pacto Mundial se indica ya que “en ningún caso debe interpretarse que estos Principios Rectores establezcan nuevas obligaciones de derecho internacional ni que restrinjan o reduzcan las obligaciones legales que un Estado haya asumido, o a las que esté sujeto de conformidad con las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos”⁵⁴, pues estos Principios no poseen un carácter jurídicamente vinculante, sino que, como establece la propia Guía Interpretativa, en ellos se “analizan las repercusiones que las normas y prácticas actuales tienen para los Estados y las empresas y se incluyen algunos aspectos que se contemplan de diversas formas en la legislación nacional e internacional.”⁵⁵.

Indaguemos brevemente en los orígenes de estos Principios para entender el contexto en el que se encuadran y así poder acercarnos a los objetivos que persiguen, pues no se nos puede escapar la importancia de identificar correctamente los mismos de cara a su interpretación teleológica.

La concepción de los Principios tuvo por objeto la puesta en práctica del Marco para “respetar, proteger y remediar” que había propuesto el Representante Especial a las Naciones Unidas en 2008. Dicho Marco se apoyaba en tres pilares esenciales:

1. El deber del Estado de proteger los derechos humanos.
2. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos
3. La necesidad de mejorar el acceso a las vías de reparación de las víctimas de abusos relacionados con las empresas

Podemos ver un eco evidente de estos tres pilares en los tres principios generales que sirven de apertura al texto de 2011:

1. Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales.
2. El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos.
3. La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento.

⁵⁴ Pacto Mundial de las Naciones Unidas. (2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. [guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf](#)

⁵⁵ Pacto Mundial de las Naciones Unidas. (2012). *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: Guía para la interpretación*. <https://www.pactomundial.org/biblioteca/la-responsabilidad-de-las-empresas-de-respetar-los-derechos-humanos-guia-para-la-interpretacion/>

Y, a su vez, esta división tripartita consolida los tres bloques que integran el texto: el deber del Estado de proteger los derechos humanos, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y el acceso a mecanismos de reparación. No es necesario señalar la evidente correlación entre los pilares del Marco, los tres principios generales del Pacto Mundial y los tres bloques en los que este se estructura. Además, cada bloque está compuesto por unos principios fundacionales y unos principios operativos (en total 31) que vienen acompañados por comentarios explicativos. Como curiosidad, ya en 1977 podemos observar este carácter tripartito reiterado en la Declaración Tripartita de Principios Sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).⁵⁶

Respecto al proceso de forjamiento de los Principios, este se llevó a cabo mediante amplias consultas con las empresas, los gobiernos, la sociedad civil, personas y comunidades afectadas, juristas, inversores y demás interesados, así como mediante la puesta a prueba de las propuestas. El objetivo de Ruggie era crear "un punto focal sólido alrededor del cual las expectativas de los actores pudieran confluir, un marco que aclarara las responsabilidades y proveyera los fundamentos sobre los cuales el pensamiento y la acción pudieran construirse en el tiempo". Es decir, su objetivo era la creación de un marco conceptual que sirviese de modelo y base para futuros desarrollos normativos que pudiesen llegar a la acción partiendo de un punto común. Él mismo aclara que:

“La contribución normativa de los Principios Rectores no reposa en la creación de una nueva ley internacional de obligaciones sino en la elaboración de las implicancias de los estándares y prácticas existentes para los Estados y las empresas; integrándolas en un modelo único, coherentemente lógico y comprensivo; e identificando dónde el actual régimen se queda corto y cómo puede ser mejorado. Esto se logra bajo cada uno de los tres pilares del Marco: Proteger, Respetar y Remediar”.⁵⁷

También son relevantes las palabras de la entonces Alta Comisionada:

“Estos Principios Rectores aclaran las responsabilidades de las empresas en relación con los derechos humanos. Con ellos se pretende establecer la primera norma mundial para prevenir y hacer frente al riesgo de que las actividades empresariales tengan consecuencias negativas sobre los derechos humanos. Si el Consejo los hace suyos, los Principios Rectores se convertirán en una plataforma normativa autorizada que ofrecerá también orientación acerca de las medidas jurídicas y políticas que los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, pueden poner en práctica para asegurar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas”.⁵⁸

Ambas declaraciones nos ofrecen las claves para entender los objetivos de los Principios y el contexto normativo de donde surge su necesidad. Se desprende que por aquel entonces no existía un marco común que posibilitase el entendimiento a la hora de armonizar distintos conceptos y ordenamientos jurídicos lo que llevaba a la comisión frecuente de violaciones de derechos humanos sin un debido control. A raíz de la globalización y la descentralización empresarial, que conllevó el aumento de las empresas

⁵⁶ Carrión, Jesús; Martí, Júlía. OCDE y OIT. «Diccionario Crítico de Empresas Transnacionales». *Omal*.

⁵⁷ Ruggie, J. (2011, mayo). [Opening Statement to United Nations Human Rights Council](#).

⁵⁸ Pacto Mundial de las Naciones Unidas. (2012). *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: Guía para la interpretación*. Alocución pronunciada ante el Grupo de Empleadores en la Conferencia Internacional del Trabajo, 7 de junio de 2011. <https://www.pactomundial.org/biblioteca/la-responsabilidad-de-las-empresas-de-respetar-los-derechos-humanos-guia-para-la-interpretacion/>

multinacionales, se produjo un desajuste entre la legislación vigente y los fenómenos jurídicos producidos. Dicho desajuste requería de una renovación de las herramientas internacionales para hacer frente a las nuevas realidades que escapaban de las formas de control nacionales. En este sentido, se intentaron varias iniciativas que culminaron en el documento elaborado por el Grupo de Trabajo en el 2003, titulado *Normas sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos (Las Normas)*. Sin embargo, *Las Normas* serían rechazadas tras recibir fuertes críticas de los sectores empresariales y ciertas observaciones negativas desde posiciones sindicales. Fueron elevadas a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, donde serían recibidas con hostilidad por varios países miembros y, finalmente, rechazadas con el argumento de que carecían de "fundamento legal", ordenando de este modo a la Subcomisión no realizar ningún tipo de monitoreo relativo al respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. Y no fue hasta el nombramiento del profesor Ruggie que se llevó adelante tanto el Marco de 2008 como finalmente el Pacto Mundial de 2011.

Como ya hemos referido, su objetivo principal es la creación de un marco de entendimiento que permita una acción común, por ende, su objeto no persigue la creación de una norma jurídicamente vinculante, sino establecer una base conceptual. Veamos qué objetivos específicos se desprenden de los tres pilares del Marco y de los Principios Rectores.

- En primer lugar, se busca proteger los derechos humanos como una obligación de los Estados (norma de conducta). Esto aclara las implicaciones de las obligaciones existentes de los Estados de proteger los derechos humanos de aquellas personas que se encuentran dentro de su territorio o jurisdicción contra el impacto negativo de terceros, incluyendo las empresas. Para ello es necesario que se promulguen y apliquen políticas, leyes, reglamentos y adjudicaciones de forma eficaz.
- En segundo lugar, se busca respetar los derechos humanos como una responsabilidad de las empresas. Esta responsabilidad de las empresas constituye una norma mínima mundial de conducta esperada en cualquier lugar en que operen. Exige que eviten causar o contribuir a la vulneración de los derechos humanos mediante sus propias actividades. Además, las empresas deben buscar prevenir o mitigar los impactos directamente relacionados con sus actividades. Por lo que no es únicamente una conducta pasiva para evitar, sino también una conducta activa para prevenir.
- Por último, se busca remediar los daños causados por las vulneraciones a los derechos humanos, mediante mecanismos eficaces y accesibles, implementados por los Estados y las empresas. Estos mecanismos de reparación no deben discutirse a posteriori, como venía ocurriendo, sino que deben estar ya establecidos para garantizar su eficacia. El Pacto Mundial de las Naciones Unidas insiste en que para garantizar el respeto a los derechos humanos la debida diligencia y la rendición de cuentas deben ir de la mano.

Además, se establece la aplicación no discriminatoria de los Principios “prestando atención especial a los derechos, necesidades y problemas de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones con mayores riesgos de vulnerabilidad o marginación, y teniendo debidamente en cuenta los diversos riesgos que pueden enfrentar mujeres y hombres”⁵⁹, por lo que los Principios han de atenderse con especial intensidad en los colectivos vulnerables, precisamente por mor de su vulnerabilidad que acrecienta la necesidad de su observancia.

⁵⁹ Pacto Mundial de las Naciones Unidas. (2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. [guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf](#)

Para finalizar, veamos brevemente qué tres pasos recomienda la Red Pacto Mundial España o Red Española del Pacto Mundial (REPM de ahora en adelante) para una correcta aplicación de los tres principios⁶⁰. Es importante orientar el marco teórico recogido en el Pacto Mundial de las Naciones Unidas hacia la práctica que es al final lo fundamental y de lo contrario todo quedaría en mera palabrería vacía.

El primer paso consistiría en la aprobación de una política de compromiso con los derechos humanos. En la actualidad, según un informe elaborado por la REPM llamado “[Comunicando el Progreso 2020: una llamada a la acción sostenible y al reporte empresarial](#)”, son ya muchas las empresas del IBEX35 que disponen de una política específica de derechos humanos (71%). Sin embargo, entre las empresas españolas adheridas al Pacto Mundial, este porcentaje cae hasta el 18%.

El segundo paso alude a la identificación y mitigación de los riesgos en DD.HH. a través de un proceso de debida diligencia. La debida diligencia, a la que ya hemos hecho mención con anterioridad, es la forma en la que una empresa identifica sus principales riesgos en materia de derechos humanos y toma las medidas necesarias para prevenir y mitigar esos riesgos. Es decir, que corresponde a la conducta activa de prevención de las empresas de la que hablábamos antes. Para llevar esto a cabo es necesario tener en cuenta los países en los que se opera, los riesgos específicos del sector y analizar toda la cadena de valor de la empresa. Una vez que se han identificado dichos riesgos se ha de establecer un plan de acción dirigido a mitigarlos, el cual deberá contar con indicadores específicos que faciliten el reporte de información. Como informa la REPM, hoy en día algo más de la mitad de las compañías del índice bursátil realizan esta evaluación. Un porcentaje que nuevamente disminuye si hablamos de las empresas españolas adheridas al Pacto Mundial, situándose en un 10% de media entre grandes y pymes.

El tercer y último paso habla de contar con mecanismos de reclamación para “dar voz a aquellas personas que han visto sus derechos impactados por las acciones de la entidad empresarial”. Estos mecanismos posibilitarían recibir quejas y reclamaciones y ofrecerían soluciones a las mismas. Según estudios de la REPM, el 29% de las empresas españolas adheridas al Pacto Mundial disponen de este tipo de herramientas y en el caso de las empresas del IBEX 35 este porcentaje se eleva al 69% de los casos.

De estos informes de la REPM podemos extraer la evidente conclusión de que aún queda en nuestro país mucho trabajo que hacer en relación con la puesta en práctica de los Principios Rectores recogidos en el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, y que de nada sirve que se haya trabajado tanto en la elaboración de un marco común conceptual que permita el acuerdo y el entendimiento mundial, si los actores no asumen su parte y hacen por respetar los derechos humanos adecuadamente en base al Pacto Mundial. Aunque no únicamente en España, como recoge el Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, es reducida la aplicación de estos principios. A principios de 2021, había sólo 25 países con planes de ese tipo, 2 con capítulos sobre las empresas y los derechos humanos dentro de su estrategia más amplia de derechos humanos y 18 en proceso de elaboración de planes específicos. El número relativamente bajo de planes de acción nacionales hasta la fecha

⁶⁰ Red Española del Pacto Mundial. (2021, marzo 25). *Aplica los principios rectores de empresas y derechos humanos en tres sencillos pasos*. <https://www.pactomundial.org/noticia/aplica-los-principios-rectores-de-empresas-y-dd-hh-en-tres-sencillos-pasos/>

demuestra que la mayoría de los Estados todavía tenían que dar prioridad a la aplicación de los Principios Rectores.⁶¹

B) Directrices de la OCDE para empresas multinacionales

Las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico (OCDE) para empresas multinacionales son recomendaciones que dirigen los gobiernos hacia las empresas multinacionales para fomentar las contribuciones positivas de las empresas en los distintos ámbitos económicos, ambientales, sociales, mientras se intenta minimizar los impactos negativos que puedan realizar éstas en sus operaciones. Para ello, estas líneas directrices cubren las distintas áreas relevantes en términos de responsabilidad empresarial, como son los derechos humanos y laborales sobre los que vamos a enfocarnos principalmente⁶².

La adopción de las Líneas Directrices fue en 1976 y su origen se debe a diversos factores entre los que destacan el trabajo de la Organización Internacional del Trabajo a principios del siglo XX, la adopción por parte de las Naciones Unidas, en 1948, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el desarrollo continuo desde aquel momento de estándares relevantes para muchas áreas de conducta empresarial responsable. Desde su adopción han sufrido dos modificaciones. En primer lugar, la reforma de 2011 en la que destaca principalmente la inclusión de un capítulo dedicado a los derechos humanos, ubicado en el capítulo IV, acorde con los principios rectores de las Naciones Unidas. La segunda reforma tuvo lugar en 2023, incluyendo en ella una serie de recomendaciones hacia las empresas multinacionales en áreas como el cambio climático o la biodiversidad entre otras⁶³.

Esta última actualización fue llevada a cabo por los 51 Adherentes a la Declaración de la OCDE sobre inversión internacional y empresas multinacionales y la Unión Europea, que participan en el Grupo de trabajo de la OCDE sobre conducta empresarial responsable y el Comité de inversiones de la OCDE.

En la promulgación de estas directrices, podemos encontrar sus principales objetivos⁶⁴, entre los que podemos destacar: garantizar que las actividades de estas empresas se desarrollen en armonía con las políticas públicas, fortalecer la confianza entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad, contribuir a mejorar el clima para la inversión extranjera y potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible⁶⁵. Pero también hay una serie de motivos expuestos en el mismo texto de los que podemos sustraer las razones que han llevado a la necesidad de la creación de estas directrices, ya que debemos tener en cuenta que la actividad empresarial internacional ha experimentado un gran cambio estructural en los últimos tiempos y las propias Directrices han evolucionado para reflejar estos cambios.

⁶¹ Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. (2021). *Informe sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. Ginebra.

⁶² OECD (2023), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/7abea681-es>

⁶³ Ministerio de Economía, comercio y empresa. (2024) *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*. Recuperado el 15 de noviembre de 2024 de https://comercio.gob.es/es-es/inversiones_exteriores/PNCLD/LineasDirectricesOCDEEmpresas/Paginas/default.aspx

⁶⁴ OECD (2023), *Líneas Directrices de la OCDE* ... op. cit, p. 9

⁶⁵ OECD (2023), *Líneas Directrices de la OCDE* ... op. cit

Cambios entre los que destacan el surgimiento de los sectores de servicios y de las actividades que se basan en el conocimiento y la expansión de la economía por Internet, actividades en los países en desarrollo en los que la inversión extranjera ha registrado un rápido crecimiento, el desarrollo de lazos que unen a distintos países y regiones del mundo a raíz del comercio internacional y un factor que todos estos cambios comparten como es la rapidez con la que se han dado todos ellos. Con estos indicadores, podemos comprender qué motiva el surgimiento y las revisiones de estas líneas directrices.

Habiendo entendido qué son, cuáles son sus objetivos y por qué surgen, vamos a analizar a continuación en profundidad estas directrices.

Las Directrices son recomendaciones dirigidas conjuntamente por los gobiernos a las empresas multinacionales y en ellas se contienen principios y normas de buenas prácticas conformes con las disposiciones legales aplicables y otras normas reconocidas internacionalmente. Respecto a estos principios generales que vienen recogidos, constituyen la primera serie de recomendaciones concretas hacia las empresas y por lo tanto actúan como principios fundamentales comunes para las recomendaciones específicas de los capítulos posteriores.

Estos principios y estándares que proporcionan las directrices son voluntarios, y por ello también tratan sobre temas distintos de los que las empresas están legalmente obligadas a cumplir ya sea por las leyes nacionales o por compromisos internacionales. Haciendo referencia a las leyes nacionales, las Líneas Directrices no sustituyen ninguna legislación o regulación nacional ni deberían considerarse que prevalecen sobre ellas, y tal y como se señala en el propio texto, las empresas siguen teniendo la obligación de cumplir las leyes nacionales, sin embargo; en países donde las regulaciones nacionales entren en conflicto con los principios y estándares de las Líneas Directrices, las empresas deben buscar formas de cumplir dichos principios y estándares en la mayor medida sin infringir las leyes.

Debemos reiterar que el cumplimiento de estas directrices por parte de las empresas es voluntario y no es jurídicamente vinculante. La consecuencia de esto es que en numerosas ocasiones el cumplimiento de las empresas de estas directrices podría no ser el esperado, y por ello, es importante destacar, que a pesar de que no sean vinculantes⁶⁶, los adherentes a las Líneas Directrices sí se comprometen de manera vinculante a promover su eficacia de conformidad con la Decisión del Consejo sobre las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable.

Para ello, estos países se encargan de fomentar el mayor grado de cumplimiento posible de las Directrices de diversas formas, entre las que destaca la creación de los “Puntos Nacionales de Contactos”⁶⁷. Estos puntos son organismos constituidos por los gobiernos de los países adherentes con el fin de promover e implementar las Directrices, y realizan principalmente dos funciones. En primer lugar, promocionan las propias líneas directrices y, en segundo lugar, sirven como mecanismo de reclamación extrajudicial.

Esta segunda función es muy importante⁶⁸, ya que se pueden presentar ante el Punto Nacional de Contacto de un país quejas que aleguen un potencial incumplimiento o mala

⁶⁶ OECD (2023), *Líneas Directrices de la OCDE* ... op, cit, p. 12

⁶⁷ Ministerio de Economía, comercio y empresa. (2024) *Líneas Directrices de la OCDE*, op. cit.

⁶⁸ Ministerio de Economía, comercio y empresa. (2024) *Tramitación de casos específicos en los Puntos Nacionales de Contacto*. Recuperado el 15 de noviembre de 2024 de https://comercio.gob.es/es-es/inversiones_exteriores/PNCLD/Tramitacion_casos_especificos/Paginas/default.aspx

aplicación de las Líneas Directrices por parte de una empresa multinacional. Ante estas quejas, ese punto nacional de contacto actuará mediando extrajudicialmente entre las partes con el objetivo de que logren alcanzar una situación de consenso.

En resumen, aunque el cumplimiento hacia las empresas no sea estrictamente vinculante, el propio texto en el que se materializan las directrices sobre las que estamos tratando intenta que a nivel práctico la norma sea que se respeten por parte de los distintos operadores económicos gracias a la cooperación de los gobiernos adherentes.

Finalmente, si profundizamos en materia de relaciones laborales, éstas se encuentran desarrolladas en el capítulo V de este texto, y específicamente en lo relacionado con el trabajo infantil, podemos encontrar una directriz en la que se indica que las empresas deberían “contribuir a la abolición efectiva del trabajo infantil y adoptar medidas inmediatas y efectivas para garantizar de manera urgente la eliminación de las peores formas de trabajo infantil.

C) Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo

En primer lugar, es fundamental comprender que esta declaración es un instrumento proporcionado por la OIT con el fin de proporcionar orientación directa a las empresas, abordando temas de políticas sociales y prácticas laborales.⁶⁹

Esta declaración fue adoptada el 16 de noviembre de 1977, por el Consejo de Administración de la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, pasando por diferentes modificaciones, siendo su última modificación en 2022.⁷⁰ Esta declaración nace con el fin de dar respuesta a todas aquellas empresas multinacionales que habían aumentado su influencia en la economía nacional y en el impacto del trabajo. El objetivo inicial era establecer un marco global con el propósito de promover un papel positivo de las empresas multinacionales dentro del desarrollo social y económico, minimizando así los conflictos posibles con las políticas nacionales, derechos laborales y equidad económica. Esta declaración se vio impulsada, en un principio, por los debates de la Conferencia Mundial de Empleo y la Reunión Consultiva Tripartita.⁷¹

Cuando nos referimos a esta declaración como tripartita, es debido a que es la única agencia que agrupa a representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores con el fin de elaborar políticas, programas y normas de trabajo. Este concepto tripartito es el resultado del diálogo y la cooperación entre estos agentes nombrados anteriormente.

Con respecto a la política general, es esencial tener en cuenta que se deben cumplir los objetivos establecidos sin vulnerar la Declaración Universal de los Derechos Humanos y

⁶⁹ Organización Internacional del Trabajo, “Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social.” Recuperado de <https://www.ilo.org/empent/areas/mne-declaration/lang--es/index.htm>

⁷⁰ Organización Internacional del Trabajo, “Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social”. Recuperado de <https://www.ilo.org/empent/areas/mne-declaration/lang--es/index.htm>

⁷¹ Organización Internacional del Trabajo, “Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social. Recuperado de <https://www.ilo.org/empent/areas/mne-declaration/lang--es/index.htm>

los pactos internacionales adoptados en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.⁷²

Esta declaración cobró gran importancia en el año 1988 con su adopción de principios y derechos fundamentales. Todas las empresas deben de actuar con buena fe, promoviendo y respetando estos principios en concordancia con los respectivos derechos fundamentales presentes en estos convenios, tales como: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, y e) un entorno de trabajo seguro y saludable.⁷³

Estos principios y derechos forman el propio cuerpo de la declaración, promocionando la igualdad de oportunidades y de trato y la eliminación del trabajo infantil y forzoso, estableciendo unas condiciones de trabajo dignas y justas, y respetando los derechos de los trabajadores, entre otros.⁷⁴

Con respecto a la promoción de empleo, estas empresas deben de seguir lo establecido en esta declaración⁷⁵:

- Antes de realizar cualquier operación en un país en vías de desarrollo, las empresas deben de consultar a las autoridades competentes, para respetar así las políticas nacionales correspondientes. Estas empresas pueden realizar planes de empleo, manteniendo diálogos entre estas y las partes.
- Las empresas, a la hora de realizar dichas operaciones, deben de tener en cuenta la importancia de utilizar ciertas tecnologías que sean capaces de fomentar y crear empleo, sin vulnerar los derechos de las personas que realizarán la correspondiente labor.
- Para promover el empleo deben de tener en cuenta estas empresas multinacionales a las empresas locales, con el objetivo de establecer relaciones a la hora de obtener materias primas locales y poder acceder a ellas.

En lo que concierne a la formación las empresas deben asegurar a los trabajadores la formación adecuada y necesaria para desempeñar su puesto de trabajo, como, por ejemplo, a través de programas provenientes de los Gobiernos.⁷⁶

En relación con las condiciones de trabajo o vida se tendrán en cuenta medidas aplicables a los salarios, las prestaciones, la seguridad y la salud.

Esta declaración establece estos puntos de manera global, sin embargo, también incluye un apartado específico especializado en la eliminación del trabajo forzoso e infantil, donde se implanta el establecimiento por parte de los gobiernos de medidas eficaces para

⁷² Organización Internacional del Trabajo, "Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social. Recuperado de <https://www.ilo.org/empent/areas/mne-declaration/lang--es/index.htm>

⁷³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, "Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos." Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 2011.

⁷⁴ Organización Internacional del Trabajo, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social...*loc. cit.*, pág. 15

⁷⁵ Organización Internacional del Trabajo, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social...*loc.cit.*, pág. 11

⁷⁶ Organización Internacional del Trabajo, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social...*loc.cit.*, pág. 14

la eliminación de este, tales como medidas de indemnización, de readaptación, así como sancionadoras para los responsables de provocar dicho trabajo infantil y forzoso.⁷⁷

Las empresas, a su vez, deben de ser las responsables de crear políticas y planes de acciones, así como proyectos para proporcionar orientación y apoyo a las empresas para detectar dichas situaciones en sus operaciones, dentro de su ámbito de competencia.

Con respecto a la abolición efectiva del trabajo infantil, los gobiernos deben de establecer medidas donde se implanten edades mínimas a la hora de formar parte de un empleo o trabajo, elevando la edad progresivamente de acceso al empleo, así como medidas para detectar y eliminar las peores formas de trabajo infantil, evitando que afecte así al desarrollo del menor. Sobre esta denominación de “peores formas de trabajo infantil” nos referiremos más adelante.

Según la última versión enmendada en 2022, todos los miembros tienen un compromiso con esta declaración, pues perteneciendo a esta organización deben actuar con buena fe, promoviendo y respetando los principios de esta. En esta versión también se tiene en cuenta a aquellos que aún no forman parte de esta, animándolos a que procedan a ratificar los convenios correspondientes a esta declaración.⁷⁸

Esta declaración, como hemos visto anteriormente, está estructurada en diferentes apartados:

- Objetivo y ámbito de aplicación
- Política General
- Empleo
- Formación
- Condiciones de trabajo y de vida
- Relaciones de trabajo

Dentro de esta declaración existen diversos convenios relacionados con el trabajo forzoso, tales como:⁷⁹

- Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) y Protocolo de 2014; y Recomendación sobre la imposición indirecta del trabajo, 1930 (núm. 35)
- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)
- Recomendación sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias), 2014 (núm. 203)

Y con respecto al trabajo infantil:

- Convenio (núm. 138) y Recomendación (núm. 146) sobre la edad mínima, 1973
- Convenio (núm. 182) y Recomendación (núm. 190) sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999

Según este último convenio, en su artículo tercero, la expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarca: “(a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; (b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones

⁷⁷ Organización Internacional del Trabajo, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social...*loc.cit*, pág. 12

⁷⁸ Organización Internacional del Trabajo, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social...*loc.cit*, pág. 24

⁷⁹ Organización Internacional del Trabajo, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social...*loc.cit*, pág. 21

pornográficas; (c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y (d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.”

Todos estos convenios son los que conforman y dan vida a todas las medidas, leyes y políticas presentes en esta declaración, siendo ratificados estos a lo largo del tiempo.

D) En el ámbito específico del sector extractivo, los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos.

Como introducción, debemos decir que el sector extractivo es aquel formado por empresas extractivas encargadas de la extracción y explotación de los recursos naturales del suelo, el subsuelo o el agua como pueden ser el petróleo, el gas, diferentes minerales, peces, etc.

Los gobiernos de Estados Unidos y Reino Unido (países con algunas de las principales empresas del sector) y organizaciones no gubernamentales han comenzado un diálogo sobre seguridad y derechos humanos en el sector extractivo. A través de tal diálogo se desarrollaron una serie de principios voluntarios que sirven de guía para las empresas con el objetivo de mantener la seguridad en las operaciones extractivas respetando siempre los derechos humanos y libertades fundamentales.

Estos principios forman los conocidos como Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos (también conocidos por las siglas en inglés VPSHR). Surgen en el año 2000 con la reunión de los Gobiernos de Estados Unidos, Reino Unido, Países Bajos y Noruega con empresas del sector extractivo y ONGs.

Se considera que los Estados, las empresas y las personas comparten la necesidad de asegurar la seguridad y los derechos fundamentales reconociendo los graves problemas que afrontan las empresas multinacionales en este sentido. Si bien los gobiernos son quienes tienen la obligación fundamental de proteger y promover los derechos fundamentales y las normas del derecho internacional humanitario, los ciudadanos y las empresas no son ajenas a esta obligación y deben colaborar con los Estados.

Los diferentes participantes del diálogo, que derivó en la carta de los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos, expresaron su apoyo a una serie de principios y derechos humanos dentro del sector extractivo y que se podían calificar en tres categorías: análisis de riesgo, relaciones con la seguridad pública y relaciones con la seguridad privada.

1. Análisis de riesgo

La capacidad para analizar los riesgos operativos de las empresas es fundamental para la seguridad de los trabajadores, comunidades locales, el éxito de las operaciones de la empresa y la protección de los derechos humanos. En ocasiones, llevar a cabo estos análisis de riesgos es sencillo pero en un gran número de ocasiones la labor tiene una mayor complejidad pues hay que reunir un gran número de datos e información de diferentes fuentes a la par que es necesario adaptarse a situaciones complejas y cambiantes de origen político, económico, social, militar, etc.

Los análisis de riesgo complicados y su calidad dependen fundamentalmente de que se obtenga la información necesaria de manera regular y veraz a través de los gobiernos

locales y nacionales, empresas de seguridad, organizaciones multilaterales o sociedades civiles concededoras de las condiciones locales.

En base a estos principios generales, los análisis de riesgo, si quieren ser efectivos, deben tener en cuenta una serie de factores:

1) **Identificación de los riesgos de seguridad**: los riesgos de seguridad suelen ser resultado de factores civiles, económicos, políticos y sociales. La identificación de estos riesgos es básica para que la empresa pueda tomar las medidas necesarias con el objetivo de minimizar los riesgos para sus trabajadores y evaluar la posibilidad de que las acciones futuras de la empresa aumenten, o no, los niveles de riesgo.

2) **Potencial de violencia**: la violencia puede estar generalizada en la zona o estar limitada a una región concreta, y, además, pueden suceder con o sin aviso previo. Las evaluaciones de riesgo deben consultar a la sociedad civil, representantes del país y otras fuentes y examinar los patrones de violencia en la zona operativa de la empresa con objetivos predictivos y preventivos.

3) **Historial de derechos humanos**: el análisis de riesgo tiene en cuenta el historial de respeto de los derechos humanos disponible para las fuerzas de seguridad pública, paramilitares, policías y seguridad privada. Esto sirve a las empresas para prevenir la repetición de actuaciones que hayan vulnerado derechos humanos y buscar responsabilidades. También sirve para conocer la capacidad de dichas autoridades para responder ante diferentes situaciones dentro de un marco de respeto y conformidad con los estándares internacionales.

4) **El estado de derecho**: se tiene en cuenta la capacidad de la fiscalía o el poder judicial para exigir responsabilidad a aquellos que violen derechos fundamentales o humanos o el derecho internacional humanitario pero respetando a su vez los derechos del acusado.

5) **Análisis de conflictos**: identificar y comprender las causas que generan conflictos locales y su respeto a los estándares básicos de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario es de gran importancia para las estrategias de relación de las empresas con los gobiernos y las comunidades locales.

6) **Transferencia de equipos**: cuando las empresas suministran equipos, letales o no letales, a la seguridad pública o privada deben tener en cuenta el riesgo que implica dicha transferencia, los requisitos de las licencias de exportación y la viabilidad de las medidas de mitigación de consecuencias negativas previsibles. Además, deben incluirse los controles necesarios para evitar una desviación de los equipos de su fin real que pueda derivar en un abuso de derechos humanos.

2. Interacciones entre las empresas y la seguridad pública

Los gobiernos tienen como labor fundamental mantener y proteger la Ley y el orden, la seguridad y los derechos humanos. Además, a las empresas les interesa que las acciones de los gobiernos, principalmente las relacionadas con la seguridad pública, estén encaminadas a proteger y promover los derechos humanos. Sin embargo, aunque a priori la seguridad pública actúa respetando las leyes locales y nacionales y según los estándares básicos de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en ocasiones pueden producirse abusos por su parte.

Con el objetivo de reducir el riesgo de que se produzcan tales abusos y promover el respeto de los derechos humanos se identificaron una serie de principios voluntarios que sienten los pilares de las relaciones entre las empresas y la seguridad pública. Estos

principios son: acuerdos de seguridad, despliegue y comportamiento, consultas y asesoría y respuesta a abusos de derechos humanos.

En cuanto a los acuerdos de seguridad tenemos varias actuaciones que pueden llevar a cabo las empresas en ese sentido:

- 1) Las empresas deben consultar regularmente a los gobiernos y comunidades locales sobre el impacto de los acuerdos de seguridad en estas comunidades.
- 2) Las empresas deben desarrollar y comunicar sus políticas sobre el comportamiento ético y el respeto de los derechos humanos a los responsables de seguridad pública. Además, deben solicitar que dicha seguridad pública sea ejercida por personas capacitadas y respetando esas políticas.
- 3) Las empresas deben promover que los gobiernos permitan que los acuerdos de seguridad sean transparentes y accesibles para todos los ciudadanos.

En segundo lugar debemos hablar del despliegue y comportamiento. Aquí hay otro grupo de actuaciones:

- 1) La seguridad pública debe tener como objetivo fundamental mantener el estado de derecho, salvaguardar los derechos humanos y evitar agresiones al personal y las instalaciones de la empresa. El despliegue de efectivos de seguridad pública debe ser proporcional a la amenaza y debe estar capacitado y formado para gestionar dicha amenaza.
- 2) La importación y exportación de los equipos debe respetar los requisitos legales. Las empresas, si suministran equipos a la seguridad pública, deben acordar las medidas legales necesarias para evitar consecuencias negativas como la violación de derechos humanos y el derecho internacional humanitario.
- 3) Las empresas deben influenciar en la seguridad pública para promover una serie de principios:
 - Las personas que hayan estado implicadas en abusos de derechos humanos no podrán prestar servicios de seguridad.
 - Solo se podrá acudir al uso de la fuerza cuando sea estrictamente necesario y de manera proporcional a la amenaza.
 - Los derechos de las personas no podrán ser violados mientras ejerzan su derecho a participar en negociaciones colectivas. Tampoco se podrán vulnerar los derechos de los empleados de la empresa reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración ILO sobre Principios Fundamentales y Derechos en el Trabajo.
- 4) Cuando los miembros de la seguridad pública tengan que utilizar la fuerza deberán reportar el incidente a las autoridades competentes y a la empresa. Además, deberán dar asistencia médica a los heridos, incluidos los atacantes.

En tercer lugar tenemos las consultas y asesorías. Dentro de este principio tenemos una serie de actuaciones encaminadas a asegurarlas:

- 1) Las empresas deben reunirse con las fuerzas de seguridad pública regularmente para discutir todos los asuntos relacionados con la seguridad, los derechos humanos y la seguridad en el lugar de desarrollo de los trabajos.
- 2) También deben reunirse con los gobiernos anfitriones para tomar las medidas necesarias para promover la conformidad con los principios internacionales de seguridad pertinentes.

3) Además, las empresas tienen que apoyar los esfuerzos de los gobiernos, la sociedad civil y otras organizaciones en la educación de las fuerzas de seguridad pública.

En cuarto lugar, tenemos el principio de respuesta a los abusos de derechos humanos. Dentro de este principio hay una serie de actos que desarrollan las empresas:

1) Las empresas deberán registrar y reportar a las autoridades competentes las acusaciones que consideren fiables sobre posibles abusos de derechos humanos llevados a cabo por las fuerzas de seguridad pública. Deberán instar a dichas autoridades para que lleven a cabo la investigación y las medidas necesarias.

2) Las empresas deben vigilar las investigaciones que se estén desarrollando y presionar para lograr las soluciones adecuadas.

3) Las empresas deberán vigilar el uso que realicen las fuerzas de seguridad pública de los equipos suministrados e investigar en el caso de que se hayan utilizado de una forma no autorizada.

4) Se debe intentar garantizar, dentro de lo posible, que la información en la que se base una acusación de abuso de derechos es creíble y basada en evidencias fiables. Deberán asegurar la protección de las fuentes de dicha información.

3. Interacciones entre las empresas y la seguridad privada

Las empresas pueden acudir a la contratación de seguridad privada cuando los gobiernos anfitriones no tengan la capacidad para proporcionar una seguridad pública adecuada o no quieran hacerlo. La seguridad privada deberá coordinarse con las autoridades para diferentes cuestiones como el porte de armas o el uso de la fuerza en defensa propia.

La contratación de seguridad privada puede implicar un riesgo extra en el desarrollo de sus actividades por lo que las empresas extractivas, empresas de seguridad privada y gobiernos participantes suscribieron un gran grupo de Principios Voluntarios de Seguridad:

1) La empresa de seguridad privada debe desarrollar su actividad siguiendo las directrices de la empresa contratante respecto al comportamiento ético y los derechos humanos. A mayores, debe respetar las leyes y estándares profesionales vigentes en el Estado en el que vaya a operar.

2) La seguridad privada deberá mantener en plantilla personal con altos niveles de competencia técnica principalmente en lo referido al uso de la fuerza y las armas de fuego.

3) La seguridad privada debe actuar de manera lícita demostrando control y cautela en base a las directrices internacionales sobre el uso de fuerza y armas de fuego.

4) La seguridad privada debe tener políticas relacionadas con la conducta adecuada y el uso local de la fuerza. Además, las empresas contratantes deberán controlar las prácticas cubiertas por estas políticas. Tal investigación deberá centrarse en las acusaciones de abuso o actos ilegales disponiendo las medidas disciplinarias necesarias para la prevención y disuasión de dichos actos y el reporte de dichas conductas a las autoridades competentes.

5) Las acusaciones contra las empresas de seguridad privada por abusos de derechos humanos deberán registrarse e investigarse debidamente si son fiables. Si la acusación se realizó directamente ante las autoridades competentes las empresas contratantes deberán realizar un seguimiento activo de las investigaciones y presionar para que se alcancen las soluciones más adecuadas.

6) Las empresas de seguridad privada deben limitarse a la prestación de servicios de prevención y defensa y no involucrarse en actividades propias de autoridades militares o policiales. Además, las empresas contratantes deben asegurar que los equipos y tecnologías con capacidad ofensiva y defensiva se utilizarán únicamente con fines defensivos.

7) Las empresas de seguridad privada deben: evitar contratar personas implicadas en abusos de derechos humanos, utilizar la fuerza únicamente cuando sea necesario y de manera proporcional a la amenaza y asegurarse de que los derechos de las personas no sean violados en el ejercicio del derecho a participar en negociaciones colectivas ni los derechos de los trabajadores de la empresa contratante.

8) Al igual que en el caso de la seguridad pública, cuando las empresas de seguridad privada hagan uso de la fuerza física estas deberán investigar el incidente y reportarlo a la empresa contratante, la cual remitirá el caso a las autoridades locales y, si es necesario, tomará las medidas disciplinarias. Además, se deberá atender a los heridos, incluidos los atacantes.

Además, se desarrollaron una serie de principios voluntarios adicionales con el objetivo de minimizar el riesgo de que la seguridad privada excede su autoridad y para promover el respeto a los derechos humanos:

1) Cuando sea necesario, la empresa contratante deberá incluir los principios anteriormente descritos como disposiciones contractuales en todos los acuerdos firmados con la empresa de seguridad privada, la cual deberá garantizar que su personal es cualificado para desarrollar su labor en respeto de los derechos de los trabajadores y de la comunidad local. Además, se deberán incluir la exigencia de investigación de los comportamientos ilícitos y las acciones disciplinarias correspondientes. Dichos acuerdos incluirán la posibilidad de la empresa contratista de rescindir la relación contractual cuando haya evidencias fiables de que el personal de seguridad privada ha llevado a cabo comportamientos ilícitos o abusos de derechos.

2) Las empresas contratantes deberán realizar un seguimiento y control de los proveedores de seguridad privada para asegurar el debido cumplimiento de sus labores en respeto a los principios ya mencionados.

3) Las empresas extractoras contratantes deberán comprobar y verificar los historiales de los empleados de la seguridad privada, principalmente en lo relativo al empleo excesivo de fuerza.

4) Las empresas contratantes de los servicios de seguridad privada deberán consultar a otras empresas del sector extractivo, funcionarios de los países de origen y anfitrión y la sociedad civil sobre sus experiencias con la seguridad privada. Además, cuando la Ley lo permita, podrán solicitar y facilitar el intercambio de información acerca de posibles actos ilícitos y abusos de derechos cometidos por dicha empresa de seguridad privada.

En resumen, los tres grupos de Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos en el sector extractivo (análisis de riesgo, relaciones con la seguridad pública y relaciones con la seguridad privada) están orientados a conseguir un desarrollo de las actividades extractivas respetuoso con los derechos humanos y la normativa internacional humanitaria tanto de los trabajadores de las empresas extractivas como de los miembros de las comunidades locales donde desarrollen su actividad extractiva. Colaborando para ello las empresas extractivas, los gobiernos nacionales y locales, la sociedad civil local,

organizaciones no gubernamentales y otras empresas que puedan relacionarse con el sector (empresas de seguridad privada).⁸⁰

2. Otros textos normativos relevantes

En el marco europeo existen otros textos clave que han sido promulgados en los últimos años, lo que refleja el compromiso de las autoridades competentes en esta materia de orientar a las empresas multinacionales en la adopción de prácticas más responsables con los derechos humanos.

Se trata de textos que pretenden potenciar la responsabilidad social de las empresas y, en concreto, incidir en su compromiso con los derechos humanos, pero carecen de carácter vinculante (*soft law*) y, por tanto, se hace depender su cumplimiento de la voluntariedad de las empresas⁸¹.

El primer texto significativo es la **Recomendación cm/rec (2016) sobre derechos humanos y empresas**.

Esta Recomendación fue adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de marzo de 2016 en la 1249ª reunión de los Delegados de los Ministros, y para realizarlo se basaron principalmente en los Principios Rectores de las Naciones Unidas de 2011 sobre las Empresas y los Derechos Humanos con el objetivo de implementarlos en la esfera empresarial⁸².

El objetivo que pretendía el Consejo era el de instar a los Estados miembros a asegurar su responsabilidad en el plano nacional continuando con la línea de actuación de otros organismos internacionales y regionales, pero como ya se ha señalado, descartando un instrumento vinculante y adoptando uno de *soft law*⁸³. La Recomendación está dirigida a empresas tanto multinacionales como nacionales, con independencia de su tamaño, sector, propiedad o estructura, o el carácter estatal o privado⁸⁴ y se centra en el acceso a los recursos judiciales y en las normas jurídicas en la materia, haciendo hincapié en las necesidades adicionales de protección a ciertos colectivos⁸⁵.

Todo lo anterior lo podemos apreciar en su apéndice, que se divide en varios puntos a desarrollar:

⁸⁰ Voluntary Principles on Security and Human Rights. (2024, 11 junio). *The Voluntary Principles on Security and Human Rights*. (Voluntary Principles On Security And Human Rights, 15/11/2024, pp. 1-11). <https://www.voluntaryprinciples.org/>

⁸¹ Durán Ayago A., "Diligencia debida y Derecho Mercantil materialmente orientado hacia la sostenibilidad: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo", en Adroher Biosca S., Campuzano Díaz B. y Palao Moreno G. (2024). *Un derecho internacional privado centrado en los derechos de las personas*, Tirant lo Blanch, En pp. 265-266, en prensa

⁸² Recomendación CM/Rec (2016)3 Comité de Ministros (Consejo de Europa). Sobre los Derechos Humanos y las empresas, adoptado el 2 de marzo de 2016, disponible en <https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/7302-human-rights-and-business-recommendation-cmrec20163-of-the-committee-of-ministers-to-member-states.html>

⁸³ Ushakova, T., (2018). Las Empresas y la Protección de los Derechos Humanos en el Sistema del Consejo de Europa. *Revista Internacional Consinter de Direito*, N° VII, p. 378. DOI: <https://doi.org/10.19135/revista.consinter.0007.21>

⁸⁴ Fundación Abogacía Española (2023). La abogacía española, actor clave en el cumplimiento de la diligencia debida y el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas. Víctor Pascual Planchuelo. P.14. <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2023/12/INFORME-EMPRESAS-Y-DDHH-FINAL.pdf>

⁸⁵ Portal Europeo de e-Justicia, 28 de julio de 2020, Empresa y derechos humanos, accesible en https://e-justice.europa.eu/580/ES/business_and_human_rights, consultado el 8 de noviembre de 2024.

En el primer punto del apéndice, denominado “*Puesta en marcha de los Principios Rectores de las Naciones Unidas relacionados con las empresas y los Derechos Humanos*”, se establecen medidas de carácter general y Planes Nacionales de Actuación que los Estados miembros deberían aplicar en consonancia con las tres bases de los Principios Rectores de las Naciones Unidas. En concreto, se refiere a la protección de los derechos humanos, la responsabilidad de las empresas de respetar los mismos y la necesidad de tener acceso a una vía de recurso; teniendo los Estados que considerar las recomendaciones de los órganos competentes y comunicando a sus empresas el objetivo de cumplimiento de estos principios, incentivando, a su vez a otros países no miembros.

En el segundo apartado, nombrado “*Obligación del Estado de proteger los Derechos Humanos*”, se hace una especial referencia a los instrumentos del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como se interpreta y se aplica por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la Carta Social Revisada, a la luz de las conclusiones y decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales⁸⁶. Para eso, se deben de implementar medidas que aseguren el respeto a los Derechos Humanos por parte de las empresas de los Estados miembros, garantizando el acceso a los mismos y facilitando su comprensión a las personas. Asimismo, deben los Estados actuar contra las violaciones de Derechos Humanos, garantizando la investigación y reparación a las posibles víctimas y la creación de instrumentos para que se lleve a cabo un buen cumplimiento y ejercicio.

El tercer apartado, nombrado “*Actuaciones estatales para potenciar que la responsabilidad corporativa respete a los Derechos Humanos*” indica que las empresas deben demostrar diligencia debida en materia de Derechos Humanos y responsabilidad corporativa mediante una posición de respeto, informando además de manera regular de sus esfuerzos por lograrlo.

El cuarto apartado, denominado “*El acceso a recursos efectivos*”, recoge el acceso a recursos judiciales, con el fin de que las personas tengan acceso a un tribunal o un recurso efectivo ante un organismo nacional; en concreto, entre los recursos están las posibilidades de responsabilidad civil ante los abusos empresariales de los Derechos Humanos, de responsabilidad criminal o equivalente y de medidas administrativas. Recoge, por otra parte, mecanismos no judiciales y medidas generales. Es una vía para que los tribunales nacionales ejerzan su competencia judicial internacional contra empresas matrices domiciliadas en su jurisdicción y contra las filiales domiciliadas en otra jurisdicción cuando las reclamaciones estén estrechamente relacionadas⁸⁷.

Y finalizando con el apéndice, en los últimos 4 apartados se establece la protección adicional de algunos colectivos como los trabajadores, la infancia, las poblaciones indígenas y de los defensores de los derechos humanos.

De la comprensión del texto normativo, a los sujetos legitimados, que son los Estados miembros, en conjunto con sus interlocutores relevantes (representantes de los empresarios, empresas, sindicatos, instituciones nacionales de derechos humanos y ONGs), se les atribuye en un plazo de cinco años la responsabilidad de hacer un seguimiento de estas buenas prácticas⁸⁸.

⁸⁶ Ushakova, T., (2018). Las Empresas y... *loc.cit.* p. 379-380. DOI: <https://doi.org/10.19135/revista.consinter.0007.21>

⁸⁷ Durán Ayago A., “Diligencia debida y Derecho Mercantil materialmente orientado hacia la sostenibilidad...”, *loc. cit.*, pp. 280, en prensa

⁸⁸ Esteve Moltó, J. E. (2018). Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes. Referencia al plan

Con este objetivo de seguir la Recomendación, diversos Estados aprobaron planes de acción, entre los que se encuentra España, que, tratando de implementar los Principios Rectores de la ONU en consonancia con lo dispuesto por la Recomendación del Consejo de Europa de 2016, aprobó en 2017 el Plan de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos⁸⁹.

El segundo texto al que nos vamos a referir y el más relevante es la **Directiva de la Unión Europea sobre sostenibilidad empresarial y diligencia debida**.

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaron el 13 de junio de 2024 la Directiva 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.

Existen, no obstante, varios antecedentes en la Unión Europea referentes a la diligencia debida.– El primero fue el Reglamento 2368/2002, de 20 de diciembre de 2002, por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto. Tras este primer antecedente, surgieron otros procedimientos formales de diligencia debida en sectores concretos como el sector de materias primas y minerales, el sector de productos asociados a la madera, y otros, hasta llegar a la Directiva 2024/1760.

La Directiva tuvo un procedimiento legislativo ordinario que comenzó en 2020, con una Resolución del Parlamento europeo de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad. Siguiendo la línea normativa, y por último, antes de la aprobación de la Directiva en 2024, el 23 de febrero de 2022, fue la Comisión la que llevó a cabo la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad corporativa⁹⁰.

Por diligencia se entiende “*el proceso que, como parte integrante de sus criterios para la toma de decisiones, permite a las empresas identificar, prevenir y atenuar los impactos negativos, reales o potenciales, de sus actividades, así como informar de la manera en que abordan estos impactos*”⁹¹; se entiende también que son las responsabilidades y obligaciones en relación con los Derechos Humanos que engloban a las cadenas de valor mundiales, no centrándose únicamente en una empresa simple y aislada⁹². En este concepto de diligencia debida se tomaron como referencia los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, y las Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos para Empresas Multinacionales,

español. Anuario Español De Derecho Internacional, Vol. 34, 734.

<https://doi.org/10.15581/010.34.729-751>

⁸⁹ Fundación Abogacía Española (2023). La abogacía española... *loc.cit.* Víctor Pascual Planchuelo. p.15. <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2023/12/INFORME-EMPRESAS-Y-DDHH-FINAL.pdf>

⁹⁰ Fernández de Gatta Sánchez, D. (2024) La política de la Unión Europea sobre sostenibilidad de las empresas: de la responsabilidad social a la información ambiental y la diligencia debida. La Revista La Ley Unión Europea, (Nº 129), p. 24-27.

⁹¹ Cfr. S. Besson en Durán Ayago A., “Diligencia debida y Derecho Mercantil materialmente orientado hacia la sostenibilidad...”, *loc. cit.*, pp. 266.

⁹² Monereo Pérez, J.L y Ortega Lozano P.G. (2024). La diligencia debida de las empresas y grupos de sociedades en materia de derechos humanos y medio ambiente: la Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio. La Revista La Ley Unión Europea, (Nº 129), p. 5.

enfocándose en una conducta responsable de conformidad con los derechos humanos y otras preocupaciones de sostenibilidad, así como del medio ambiente⁹³.

La Directiva se aplicará a las empresas con más de 1.000 personas trabajadoras y una facturación superior a los 450 millones de euros y se hará de forma gradual entre 2027 y 2029 (art. 2). También será de aplicación para las empresas establecidas fuera de la Unión Europea que llevan a cabo actividades comerciales en países europeos donde se alcancen los umbrales de facturación señalados⁹⁴; por lo que como vemos, de su ámbito subjetivo se desprende que tiene un alcance extraterritorial y obliga a incorporar la diligencia debida dentro de cada empresa que opere en la Unión Europea, con independencia de conforme a qué legislación se haya constituido⁹⁵.

Por otro lado, aunque las PYMES queden fuera del ámbito de aplicación, si forman parte de la cadena de suministro de las empresas del artículo 2 antes mencionadas, pueden verse afectadas⁹⁶.

El artículo 1 de la Directiva marca que el objeto es establecer la diligencia debida en todas las operaciones de la cadena de actividades o cadena de valor de las empresas⁹⁷, que debe de comprender las actividades de los socios comerciales que:

- Intervienen con anterioridad a la cadena de producción en la producción de bienes o la prestación de la empresa, como el diseño, extracción, abastecimiento, fabricación, transporte, almacenaje y suministro de materias primas, productos. Estos son los llamados procesos previos a la fabricación o *upstream*.
- Intervienen en los eslabones posteriores de la cadena o *downstream* si los socios comerciales llevan a cabo estas tareas para la empresa o en representación de esta en la distribución, transporte y el almacenamiento del producto⁹⁸.

Esto implica que las empresas asumirán la responsabilidad de los efectos negativos de sus socios comerciales y que los procedimientos de diligencia debida deberían estar incluidos especialmente en las políticas corporativas y en los contratos de servicios, incorporando cláusulas que permitan suspender la relación contractual si el socio comercial provocara algún efecto adverso⁹⁹.

Tiene importancia el artículo 5.1, donde se establecen varias acciones que los Estados miembros llevarán a cabo para que las empresas cumplan y actúen conforme a la

⁹³ Iglesia Márquez D., Del Valle Calzada E. y Marullo M.C. (2024). *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*. pp. 64. 1ª ed. Editorial Colex.

⁹⁴ Red Española del Pacto Mundial de Naciones Unidas (2024). Directiva (EU) 2024/ 1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (CSDDD), accesible en <https://www.pactomundial.org/leyes-directivas-normativas-sostenibilidad/propuesta-de-directiva-sobre-diligencia-debida-de-las-empresas-en-materia-de-sostenibilidad/>, consultado el 10 de noviembre de 2024.

⁹⁵ Durán Ayago A., "Diligencia debida y Derecho Mercantil materialmente orientado hacia la sostenibilidad...", *loc. cit.*, pp. 276

⁹⁶ Santana C. (25 abril 2024). Aprobada la Directiva de Diligencia Debida: alcance y obligaciones. Artículo en la página web Canvas Estrategias Sostenibles. <https://www.canvasconsultores.com/radar/que-es-directiva-diligencia-debida/>

⁹⁷ Santana C. (25 abril 2024). Aprobada ... *loc.cit.*,

⁹⁸ Monereo Pérez, J.L y Ortega Lozano P.G. (2024). La diligencia debida de las empresas... *loc.cit.* La Revista La Ley Unión Europea, (Nº 129), p. 8.

⁹⁹ Santana C. (25 abril 2024). Aprobada ... *loc.cit.*,

diligencia debida y que se seguirán desarrollando en los artículos siguientes de la Directiva.

- Integración de la diligencia debida en sus políticas pertinentes y sus sistemas de gestión de riesgos (art.7). Además, previa consulta a los empleados de la empresa y sus representantes, las empresas tienen que contar con una política de diligencia debida basada en el riesgo.
- Detección y evaluación de los efectos adversos reales o potenciales; y cuando sea necesario, priorización de estos (arts. 8 y 9). Para lograr esto, las empresas procederán a inventariar sus operaciones, las de sus filiales y las de sus socios comerciales, para determinar ámbitos generales en los que es más probable que se produzcan efectos adversos y más graves, y posteriormente realizarán una evaluación de sus operaciones en base al inventario¹⁰⁰.

Cuando no sea posible prevenir, mitigar, eliminar o minimizar al mismo tiempo y en toda su extensión todos los efectos adversos detectados, los Estados miembros velarán por que las empresas den prioridad a los efectos adversos detectados en base a la gravedad y la probabilidad de tales efectos. Una vez que se aborden los efectos adversos más graves y probables en un plazo razonable, la empresa abordará los efectos adversos menos graves y probables¹⁰¹.

- Prevención y mitigación de los efectos adversos potenciales, eliminación de los efectos adversos reales y minimización de su alcance (arts. 10 y 11). Para determinar esas medidas, se tendrá en cuenta si los efectos adversos potenciales podrían ser causados únicamente por la empresa o juntamente con una filial o un socio comercial, o únicamente por este último; si esos efectos podrían producirse en las operaciones de una filial, un socio comercial directo o un socio comercial indirecto, y la capacidad de la empresa para influir en el socio comercial que pudiera ser causante, ya sea individual o conjuntamente, del efecto adverso potencial.
- Reparación de los efectos adversos reales que se han detectado o deberían haberse detectado. Cuando el efecto adverso real haya sido causado únicamente por un socio comercial de la empresa, esta podrá repararlo voluntariamente. Asimismo, la empresa podrá recurrir a su capacidad de influir en el socio comercial que esté causando el efecto adverso para repararlo (art.12)
- Desarrollo de una colaboración constructiva con las partes interesadas estableciéndose un sistema solicitud de información y de consultas constructivas entre ambas partes y con expertos (art.13)
- Establecimiento y mantenimiento de un mecanismo de notificación y un procedimiento de reclamación. Se pueden presentar reclamaciones cuando personas y entidades interesadas alberguen inquietudes legítimas en cuanto a efectos adversos, reales o potenciales con respecto a las operaciones de las empresas, de sus filiales o socios comerciales (art.14).

¹⁰⁰ Fernández de Gatta Sánchez, D. (2024) La política de la Unión Europea sobre sostenibilidad... *loc.cit*, La Revista La Ley Unión Europea, (Nº 129), p. 29.

¹⁰¹ Red Española del Pacto Mundial de Naciones Unidas (2024). Directiva (EU) 2024/ 1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (CSDDD), accesible en <https://www.pactomundial.org/leyes-directivas-normativas-sostenibilidad/propuesta-de-directiva-sobre-diligencia-debida-de-las-empresas-en-materia-de-sostenibilidad/> , consultado el 10 de noviembre de 2024.

- Supervisión de la eficacia de su política y sus medidas de diligencia debida mediante evaluaciones periódicas de sus operaciones y medidas de sus filiales, socios comerciales para evaluar su aplicación y supervisar la adecuación y eficacia de las actividades de detección, prevención, mitigación, eliminación y minimización del alcance de los efectos adversos (art 15).
- Comunicación pública sobre diligencia debida mediante la publicación de una declaración anual tal información sea accesible a través del punto de acceso único europeo (art. 16 y 17).

La Directiva sobre diligencia debida establece en los arts. 24 y 25 la obligación de los Estados Miembros de designar a una o varias autoridades encargadas de controlar el cumplimiento de las obligaciones establecidas con competencias para ordenar el cese de las infracciones que se prevén, la abstención de repetición y si procede una reparación a la infracción, también para imponer sanciones, incluidas pecuniarias. El artículo 29 plantea la aplicación de esta como una ley imperativa.

Finaliza la Directiva con un anexo clave donde se incluyen los derechos y prohibiciones que se contienen en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, libertades fundamentales y medioambientales a los que se refieren los preceptos incluidos en el texto¹⁰².

Debe tenerse en cuenta que se trata de una Directiva donde la responsabilidad por incumplimiento de prevención, eliminación y actuación no diligente que se van a contraer son obligaciones de medios y no de resultados, ya que es la empresa quien debe implementar acciones que permitan adoptar medidas adecuadas para lograr los objetivos sobre diligencia debida, abordando de manera eficaz y proporcional los efectos adversos al nivel de gravedad y la probabilidad de efectos adversos¹⁰³.

El tercer texto que tener en consideración por su importancia en cuanto al objetivo de acabar con la explotación laboral de las personas es el **Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo en el que se prohíben en el mercado de la Unión Europea los productos realizados con trabajo forzoso**, aprobado de forma definitiva el 19 de noviembre de 2024, pendiente de publicación en el Diario Oficial.

La Comisión Europea el 14 de septiembre de 2022, propuso al Parlamento Europeo y al Consejo la adopción de este Reglamento para centrarse en la presencia de productos y servicios en el mercado de la Unión Europea derivados del trabajo forzoso, incluido el trabajo infantil, con el objetivo de prohibir su comercialización. La propuesta fue aprobada por el Parlamento Europeo el 24 de abril de 2024, y por el Consejo el 19 de noviembre de 2024¹⁰⁴.

El motivo de este Reglamento se basó en cumplir con el objetivo de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas nº 8.7 sobre la eliminación del trabajo forzado a fecha 2030, ya que su uso está muy extendido y es una de las prioridades de la Unión Europea en el

¹⁰² Fernández de Gatta Sánchez, D. (2024) La política de la Unión Europea sobre sostenibilidad... *loc.cit.*, p. 31-34.

¹⁰³ Monereo Pérez, J.L y Ortega Lozano P.G. (2024). La diligencia debida de las empresas... *loc.cit.*, p. 27.

¹⁰⁴ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo en el que se prohíben en el mercado de la Unión Europea los productos realizados con trabajo forzoso. 14 de septiembre de 2022. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/11/19/products-made-with-forced-labour-council-adopts-ban/>

marco de los derechos humanos¹⁰⁵. Y esto es así, porque en la esfera de las empresas de la Unión Europea, el trabajo forzoso en la cadena de suministros se produce de manera frecuente debido a que se depende del suministro de terceros países en la importación de productos textiles, automovilísticos, cosméticos y tecnológicos, entre otros. En lo relativo a la importación de prendas de vestir, nos indican los datos que el trabajo forzoso es una problemática real al ser más del 70% los productos que provienen de países asiáticos, donde la recogida de muchas de las materias primas involucradas en la fabricación de textiles o ropa están relacionadas con la explotación de personas provenientes de minorías étnicas¹⁰⁶.

Es de relevancia señalar también que este Reglamento no establece responsabilidades para las empresas con el propósito de detectar prácticas consideradas como trabajo forzoso, ya que esto es objeto de la legislación que especifica la diligencia debida; tampoco afecta a la eliminación de los productos que ya se han distribuido a los consumidores finales (art.1.2), sino que realmente lo que hace esta normativa es concretar y desarrollar las investigaciones y las decisiones de las autoridades pertinentes de los Estados miembros para garantizar que no se implemente ni se promueva la comercialización de ningún artículo proveniente del trabajo forzoso¹⁰⁷.

Tras señalar estas cuestiones, el texto del Reglamento se divide en varios capítulos:

El capítulo I define el objeto y el ámbito de aplicación, así como varias definiciones de términos para tener en cuenta a efectos de interpretar el Reglamento. El término más destacado es el de trabajo forzoso, entendido como “*todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*” (Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, artículo 2). En el artículo 3 se menciona expresamente la prohibición expresa de introducción, comercialización y exportación de productos realizados con trabajo forzoso y se designa en el artículo 5 la obligación de los Estados miembros de designación de autoridades competentes que se responsabilicen del cumplimiento del Reglamento.

Además, es importante indicar que, aunque todas las empresas están afectadas por el Reglamento, las PYMES cuentan con herramientas específicas de asistencia para cumplir con lo establecido en el texto y poseen unas características que se tienen que considerar antes de comenzar investigaciones formales como el tamaño, los recursos financieros y la magnitud del trabajo forzoso¹⁰⁸.

El capítulo II se enfoca en la creación de una plataforma de coordinación y cooperación (“La Red”), un sistema de información y comunicación entre la Comisión y las autoridades competentes, y una base de datos de zonas o productos que presenten riesgo

¹⁰⁵ Delegación de la Cámara de Comercio de España ante la Unión Europea. *Propuesta de Reglamento que prohíbe los productos creados por trabajo forzoso*. (08 julio 2024). <https://delegacionue.camara.es/documentos/propuesta-de-reglamento-que-prohíbe-los-productos-creados-por-trabajo-forzoso>

¹⁰⁶ Íñigo Álvarez L. e Iglesias Márquez D. (12 julio 2024). Nuevo reglamento que prohíbe productos realizados con trabajo forzoso en la Unión Europea: ¿En qué consiste y qué añade a los instrumentos legales existentes? Artículo en la página web Agenda Estado de Derecho. <https://agendaestadodederecho.com/nuevo-reglamento-que-prohíbe-productos-realizados-con-trabajo-forzoso-en-la-union-europea/#>

¹⁰⁷ Iglesia Márquez D., Del Valle Calzada E. y Marullo M.C. (2024). *Hacia la diligencia debida ... op.cit.* pp. 279.

¹⁰⁸ ESG Lefebvre. Reglamento que prohíbe en el mercado europeo los productos fabricados con trabajos forzados. (29 Enero 2024). <https://lefebvre.es/esg/social/reglamento-que-prohíbe-en-el-mercado-europeo-los-productos-fabricados-con-trabajos-forzados>

de trabajo forzoso. Tanto personas físicas como jurídicas y asociaciones sin personalidad jurídica podrán remitir información a las autoridades competentes sobre presuntas infracciones y se informará a la Comisión y a otras autoridades de los demás Estados miembros para que estos velen por el cumplimiento de las decisiones adoptadas; esto se considera favorable y necesario porque las vías de obtención de información de las autoridades estatales en muchas ocasiones son limitadas¹⁰⁹.

El capítulo III desarrolla las fases de las investigaciones acerca de la introducción, comercialización y exportación de productos realizados con trabajo forzoso. Se repartirá la dirección de las investigaciones de la siguiente manera: si el presunto trabajo forzoso se produce fuera de la Unión Europea será la Comisión la autoridad competente principal, y en cambio, si el riesgo se produce en un Estado miembro, será la autoridad nacional de este Estado donde se esté produciendo esa presunta infracción¹¹⁰.

El Capítulo IV establece el procedimiento de toma de decisiones relativas a la infracción del artículo 3, que, en caso de haberse determinado con arreglo a las investigaciones realizadas, conllevará la prohibición de introducción, comercialización y exportación de los productos afectados, la retirada de productos ya introducidos o comercializados, y la orden de eliminación de estos a los operadores económicos objeto de investigación. Se determina también la posibilidad de revisión de las decisiones adoptadas por parte de los operadores económicos afectados por la misma.

En el Capítulo V Sección I, se prevén las formas de ejecución de las decisiones en caso de incumplimiento de estas por parte de los operadores económicos afectados en los plazos marcados por el Reglamento. Las consecuencias para las empresas que se considere que llevan a cabo prácticas de trabajo forzado son la retirada de sus productos del mercado único de la UE y la obligación de destruirlos, reciclarlos, donarlos o dejarlos inutilizables si son productos perecederos (art. 25)¹¹¹

En la sección II se determina el control por parte de las autoridades aduaneras, a las que se les proporcionarán datos que faciliten la identificación del producto, como por ejemplo, el fabricante o proveedores del producto, con el propósito de detectar productos que puedan incumplir la prohibición de introducción, comercialización y exportación de productos relacionados con la explotación de personas; estas también tendrán que ser comunicadas de las decisiones que tomen las autoridades competentes. Si las autoridades aduaneras detectasen un producto de estas características tendrán que proceder a la suspensión del despacho a libre práctica o de la exportación de dicho producto, con la correspondiente notificación a las autoridades competentes de su Estado miembro.

Por último, en el Capítulo VI sobre disposiciones finales, lo más destacable es la aplicación de sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” por parte de los Estados

¹⁰⁹ Iglesia Márquez D., Del Valle Calzada E. y Marullo M.C. (2024). *Hacia la diligencia debida ... op.cit.* pp. 282..

¹¹⁰ Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea. (5 de marzo 2024). El Consejo y el Parlamento alcanzan un acuerdo para prohibir los productos hechos con trabajo forzoso. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/03/05/council-and-parliament-strike-a-deal-to-ban-products-made-with-forced-labour/>

¹¹¹ Íñigo Álvarez L. y Iglesias Márquez D. (12 julio 2024). Nuevo reglamento que prohíbe productos realizados con trabajo forzoso en la Unión Europea: ¿En qué consiste y qué añade a los instrumentos legales existentes? Artículo en la página web Agenda Estado de Derecho. <https://agendaestadodederecho.com/nuevo-reglamento-que-prohibe-productos-realizados-con-trabajo-forzoso-en-la-union-europea/#>

miembros a los operadores económicos en caso de incumplir con las obligaciones establecidas en el Reglamento. se prevé que sea de aplicación tres años después de su entrada en vigor.

Para concluir, con los esfuerzos permanentes de regular esta temática presentes en los instrumentos legislativos internacionales, que interactúan entre sí y se complementan, vemos la importancia y la responsabilidad que tienen los operadores económicos a la hora de respetar los derechos humanos y cumplir con la diligencia debida, un proceso que debe de desarrollarse con un compromiso permanente por parte de las empresas y de las autoridades competentes para evaluar riesgos reales y la adopción de medidas que prevengan y/o eliminen todas las formas de no cumplimiento de la normativa sobre derechos humanos, en especial el trabajo forzado.

IV. INTERVENCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN ESTOS CASOS: PROPUESTAS DE FOROS/ DERECHO APLICABLE

A) Criterios de competencia judicial internacional

El DIPr actúa como puente para la resolución de conflictos entre ordenamientos jurídicos en casos transnacionales como los que el trabajo infantil y trabajo forzoso dentro de empresas multinacionales nos plantean. Esto supone retos específicos, que incluyen el establecimiento de la competencia judicial y la determinación de la ley aplicable.

El foro hace referencia a la circunstancia que es considerada para determinar la competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales de un estado. Su finalidad es resolver los problemas de competencia judicial internacional que puedan surgir cuando nos encontramos ante situaciones privadas de carácter internacional.

Es evidente que, de acudir a un órgano jurisdiccional, la respuesta más común será hacerlo donde la empresa matriz tenga su sede, a menudo en Estados miembros de la Unión Europea o en los Estados Unidos. Esto ofrece mayor posibilidad de éxito pues se trata de sistemas judiciales más robustos y con normas más claras y garantistas para la protección de los derechos humanos. La problemática viene determinada porque, a menudo, la empresa matriz tiene una estructura filial compleja que hace de la determinación de la empresa responsable una verdadera odisea.

La determinación del tribunal adecuado es crucial si lo que buscamos es la garantía de que la víctima de estas violaciones pueda obtener justicia.

A nivel europeo, actualmente, la norma que determina la competencia judicial internacional en materia civil o mercantil que lleve aparejada un elemento de extranjería es el Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹¹² (en adelante Reglamento), en vigor desde el 10 de enero de 2015 y con aplicación en el territorio de todos los Estados miembros de la UE (en adelante EM), con excepción de Dinamarca.

¹¹² Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Aprobado el 12 de diciembre de 2012.

La complejidad reside en la determinación del foro que pueda otorgar competencia a un tribunal de un EM para conocer de supuestos de violaciones de derechos humanos cometidas en terceros Estados.

En primer lugar, cabe atender al foro general del art. 4 del Reglamento, foro del domicilio del demandado, que otorga competencia para conocer cuando la empresa demandada se encuentre domiciliada en un EM (de conformidad con el art. 63 del Reglamento). Por medio de este foro los tribunales de un EM en principio solo tendrían competencia cuando la demandada sea la empresa matriz, pues son estas las que a menudo se encuentran domiciliadas en un EM, pero surgirían problemas si lo que se busca es demandar a la empresa matriz y a su filial, esta última normalmente domiciliada en un tercer Estado. Esta dificultad puede salvarse a través de la diligencia debida y el control de dirección.

La diligencia debida hace referencia a las medidas que una empresa debe tomar para tener conocimiento, prevenir y responder de los efectos negativos de sus actuaciones sobre los Derechos humanos, es decir, evitar estimular, perpetuar o contribuir a vulneraciones de estos derechos por medio de relaciones vinculadas a sus actividades. El control de dirección, por su parte, hace referencia al control económico, financiero y administrativo que la empresa matriz suele tener sobre sus filiales. Demostrar el control de dirección de la empresa matriz sobre la filial causante del daño puede suponer un elemento determinante para imputar la responsabilidad directamente a la empresa matriz, con todo lo que ello puede conllevar para hacer realidad el resarcimiento del daño causado¹¹³, dando mayor operatividad al foro del art. 4 del Reglamento.

Los foros especiales son alternativos al del domicilio del demandado y otorgan al demandante la opción de plantear el litigio ante el tribunal de otro Estado distinto al del domicilio del demandado. El artículo 7.2 del Reglamento es un foro especial, en materia de responsabilidad extracontractual, que permite al demandante acudir al tribunal del Estado miembro donde se haya producido el hecho dañoso. En principio parece difícil ya que el daño no se produce normalmente dentro de un EM. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, ha interpretado de manera amplia el concepto de “lugar del daño”, reforzando la posibilidad de que la víctima de violaciones de derechos humanos elija el tribunal que maximice sus posibilidades de reparación (caso eDate Advertising y Bolagsupplysningen)¹¹⁴. Si embargo, debemos tener en cuenta que la alternancia entre el foro del domicilio del demandado y este foro especial perdería relevancia si aplicamos correctamente la diligencia debida y el poder de dirección al art.4, porque este sería mucho más operativo.

Por otro lado, el foro por acumulación de la acción civil y penal en un mismo proceso, recogido en el art. 7.3 del reglamento, ofrece la posibilidad de que aquellas violaciones de derechos humanos cometidas en terceros Estados por las filiales de empresas europeas que se configuren también como delitos, activen la jurisdicción de los Estados miembros de la UE mediante el inicio de un proceso penal. Cabe mencionar que la competencia penal, a diferencia de la civil y mercantil, no se encuentra recogida por ningún reglamento, por lo que corresponde a las normas internas de cada EM determinarla. De esta manera, se otorga una ventaja comparativa para la víctima cuando en un EM se

¹¹³Durán Ayago, A. (2022). Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo a propósito de una Propuesta de Directiva en el aire. *Anuario Español de Derecho internacional privado*. Tomo XXII. pp.21-22

¹¹⁴ **Pigrau Solé, A., Álvarez Torné, M., Cardesa-Salzmann, A., et al.** (2016). *Derechos humanos y empresas europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos*, en pp. 45 y ss.

permita la acumulación de acciones civiles en procesos penales, pues entonces podrá determinarse la competencia en los tribunales del EM por acciones que supusiesen vulneraciones de derechos humanos y que han tenido lugar en un tercer Estado.

En lo relativo al art. 8 del Reglamento, procede tener en cuenta que el Parlamento Europeo presentó en marzo de 2021 una serie de recomendaciones por las que se planteaba la reforma del Reglamento (UE) 1215/2012 y del Reglamento Roma II, y del Reglamento 1215/2012, en concreto, este art. 8. El objetivo era garantizar que a las empresas de la Unión Europea se les pueda exigir responsabilidades por su papel en los casos de vulneración de los Derechos humanos en terceros países, ampliando la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, con esta propuesta de reforma, si el causante directo del daño (filial o proveedor), no estuviera domiciliado en un Estado miembro, no podría por esta vía ser demandado juntamente con la empresa matriz, lo cual sorprende, sobre todo porque en el art. 8 se contemplan supuestos de vinculación procesal. Este matiz es interesante, porque si lo que se pretende realmente es garantizar que la responsable última del daño causado sea la empresa matriz, domiciliada en un Estado miembro del Reglamento, ya dispondríamos del foro del domicilio del demandado (art. 4), por lo que esta adición al art. 8 no aportaría soluciones.¹¹⁵

Cabe traer a colación que la sumisión expresa (art. 25 del Reglamento) sería altamente improbable, pues parece difícil creer que una empresa infractora pactase la adjudicación de la competencia a un Estado cuya legislación sea más garantista en materia de derechos humanos y, por la que, por tanto, tendría mayor probabilidad de ser declarada responsable.¹¹⁶

La sumisión tácita (art. 26 del Reglamento) es también rara en la práctica, pues las empresas que cometen estos actos suelen tener un gran equipo de asesoramiento jurídico detrás, que en rara ocasión aconsejaría la comparecencia si esta no tuviera por objeto impugnar la competencia.¹¹⁷

También es reseñable que las víctimas de trabajo forzado y trabajo infantil no suelen ser el resultado de un contrato laboral formal, por lo que la aplicabilidad de foros recogidos en el reglamento en los artículos 18 y 21, relativos a contratos de trabajo, es sumamente limitada.

Una vez determinada la competencia judicial internacional, debemos analizar cuál será la ley aplicable al caso. Cabe mencionar que el trabajo forzado y el trabajo infantil casi nunca resultarán de una relación contractual, por lo que la aplicabilidad del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) no será posible para lo que nos concierne.

Determinada la competencia de un EM del Reglamento 1215, acudimos al Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)¹¹⁸. En su artículo 2 expresa que, se entenderá por «daños» todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso.

¹¹⁵ Durán Ayago, A. (2022). *Op.cit.* pp.29-31

¹¹⁶ **Pigrau Solé, A., Álvarez Torné, M., Cardesa-Salzmán, A., et al.** (2016). *Op. cit.*, pp. 59-60

¹¹⁷ **Pigrau Solé, A., Álvarez Torné, M., Cardesa-Salzmán, A., et al.** (2016). *Op. cit.*, pp. 60

¹¹⁸ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). Aprobado el 11 de julio de 2007.

Se trata de un reglamento sin precedentes en la UE. El objetivo es unificar la norma de conflicto de todos los estados parte (menos Dinamarca). Acoge la responsabilidad objetiva, se basa en que se responda siempre con independencia de la culpa por el daño causado, la conexión básica es la ley de donde el daño se produce (art. 4.1). De este modo, para el caso de trabajo infantil en una fábrica ubicada en Bangladesh, la ley de aplicación sería la del país donde ocurrió el daño, la ley de Bangladesh.

El art. 4.1 presenta lagunas a la hora de velar por los derechos de las personas sometidas a estas prácticas, pues países como Bangladesh o la India presentan marcos legales débiles, cuyas leyes locales pueden no proteger suficientemente a los trabajadores o permitir prácticas de explotación laboral, por lo que las leyes de policía del foro desempeñarían un papel muy importante (art. 26).

La realidad es que el art. 4.3 nos ofrece una excepción a la regla general más favorable, estableciendo la ley del foro por conexión más estrecha. De este modo, si pudiéramos probar que el caso tiene una relación más estrecha con otro país miembro del Reglamento, la ley del Estado miembro sería de aplicabilidad. La problemática viene en dilucidar cuáles serían las circunstancias que justificasen esta conexión más estrecha, y la respuesta viene incluida en lo que anteriormente analizamos como diligencia debida empresarial.¹¹⁹

Podríamos tomar como referencia, el lugar donde se tomó la decisión empresarial. Si las decisiones clave relacionadas con la gestión, contratación o supervisión del trabajo forzado o infantil se tomaron en la sede de un país miembro, esto podría ser suficiente para establecer un vínculo más estrecho.

Cuando la empresa matriz de la UE ejerce un control significativo sobre las actividades de sus filiales o subcontratistas, el nexa con el país donde tiene su sede estaría también probado, pero precisamos de evidencias, como serían contratos que muestren esas directrices claras, auditorías o informes que evidencien supervisión activa desde la empresa matriz, o pruebas de que las políticas de la matriz permiten o toleran estas prácticas.

Además, si el daño afecta a la reputación de la empresa matriz en el país europeo, (como por ejemplo, campañas de boicot de consumidores alegando estas prácticas), esto puede reforzar la conexión con ese Estado miembro, pero precisa de algo más.

La relación contractual en la UE sería la prueba clave, pues si existe un contrato que vincule la actividad del subcontratista con la matriz en la UE, y este contrato tiene cláusulas relevantes relacionadas con estándares laborales, puede argumentarse una conexión más estrecha con el país europeo. La documentación interna de la empresa, las auditorías o evaluaciones de riesgo, y las declaraciones de cumplimiento ofrecen también pruebas que sirviesen como base para la aplicación de esta regla en contraposición a la regla general del 4.1.

Este es el tema principalmente relevante a la hora de elegir la ley aplicable. De lograrse probar el vínculo más estrecho con el EM, la ley de su foro sería de aplicabilidad, y, como sabemos, las leyes europeas son sumamente garantistas en términos de respeto a los derechos humanos y lucha contra prácticas de explotación laboral.

El ROMA II permite también que las partes, de mutuo acuerdo, escojan la ley aplicable, pero solo antes de que ocurra el daño. En casos de violaciones de este tipo esta cláusula sería inaplicable por la posición de debilidad de la víctima (art.14).

¹¹⁹ Pigrau Solé, A., Álvarez Torné, M., Cardesa-Salzmán, A., et al. (2016). *Op. cit.*, pp.71-74

Gracias a la incorporación y ratificación de convenios y a la cooperación entre los estados para acabar con este tipo de prácticas forzosas y denigrantes, se han conseguido cambios significativos, es preciso que mencionemos algunos de los instrumentos que han provocado un descenso considerable en el número de personas afectadas y víctimas del trabajo infantil y forzoso:

En cuanto a la cuestión del trabajo forzoso, hay que destacar el Convenio número 29 de la organización internacional del trabajador, en su artículo 1 prohíbe este tipo de prácticas a todos aquellos estados miembros de la OIT ¹²⁰. Otro texto legal que cabe resaltar es el protocolo de 2014 relativo al convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, en concreto su artículo 1.1 muestra una especial importancia por ordenar a todos los estados miembros, implementar medidas que garanticen la tutela judicial efectiva, para que todos aquellos que se encuentren sometidos al trabajo forzoso, tengan a su disposición los medios jurídicos que le protejan y aseguren sus derechos fundamentales.

Para el trabajo infantil disponemos del convenio número 182 de la organización internacional del trabajador y el convenio número 138¹²¹. En estos convenios, la OIT obliga a los estados miembros a implementar leyes internas que prohíban cualquier practica que suponga trabajo infantil.

Se ha conseguido una unificación de manera universal por parte de los estados estableciendo una regulación al respecto, gracias al convenio número 182. Por tanto, todos los estados miembros tienen la obligación de prohibir este tipo de conductas por medio de su derecho interno.¹²²

En definitiva, tal y como mencionábamos, ha habido cambios significativos mediante la incorporación y ratificación de este tipo de normativas, aun así, no deja de ser un problema que requiere de especial atención para lograr una tutela judicial efectiva para todos; en la propuesta de Directiva, presentada por el Parlamento Europeo en marzo de 2021, se incorporaba una serie de recomendaciones para modificar el Reglamento (UE) 1215/2012 y el Reglamento ROMA II, dichas recomendaciones no fueron de aplicación y por tanto, sigue siendo un tema que se mantiene presente en los informes encargados por la comisión para la revisión de ambos reglamentos¹²³.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Beck, U. (1998). ¿Qué es la globalización? Paidós

Carrión, Jesús; Martí, Júlia. *OCDE y OIT. «Diccionario Crítico de Empresas Transnacionales»*. *Omal*.

¹²⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, (núm. 182)”, *Organización Internacional del Trabajo*, 1999, accesible en: [Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 | OHCHR](#), consultado el 27 de noviembre de 2024

¹²¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenio sobre la edad mínima, (núm. 138)”, *Organización Internacional del Trabajo*, 1973. Accesible en: [Convenio C138 - Convenio sobre la edad mínima, 1973 \(núm. 138\)](#). Consultado el 27 de noviembre de 2024

¹²² SAVE THE CHILDREN (2023), “Trabajo infantil forzoso”, accesible en: [Trabajo infantil forzoso | Save the Children](#). Consultado el 27 de noviembre de 2024

¹²³ Durán Ayago A., “Diligencia debida y Derecho Mercantil materialmente orientado hacia la sostenibilidad...”, *loc. cit.*, pp. 281.

- Durán Ayago A., “Diligencia debida y Derecho Mercantil materialmente orientado hacia la sostenibilidad: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo”, en Adroher Biosca S., Campuzano Díaz B. y Palao Moreno G. (2024). Un derecho internacional privado centrado en los derechos de las personas, Tirant lo Blanch, En pp. 265-280.
- Durán Ayago, A. (2018). Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países (a propósito de la ley francesa 2017-399, de 27 marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales. Anuario Español de Derecho Internacional Privado.2018
- Durán Ayago, A. (2022). Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo a propósito de una Propuesta de Directiva en el aire. Anuario español de Derecho internacional privado. Tomo XXII.
- ESG Lefebvre. Reglamento que prohíbe en el mercado europeo los productos fabricados con trabajos forzados. (29 Enero 2024). <https://lefebvre.es/esg/social/reglamento-que-prohibe-en-el-mercado-europeo-los-productos-fabricados-con-trabajos-forzados>
- Esteve Moltó, J. E. (2018). Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes. Referencia al plan español. Anuario Español De Derecho Internacional, Vol. 34, 734. <https://doi.org/10.15581/010.34.729-751>
- Fernández de Gatta Sánchez, D. (2024) La política de la Unión Europea sobre sostenibilidad de las empresas: de la responsabilidad social a la información ambiental y la diligencia debida. La Revista La Ley Unión Europea, (Nº 129), p. 24-34.
- Fundación Abogacía Española (2023). La abogacía española, actor clave en el cumplimiento de la diligencia debida y el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas. Víctor Pascual Planchuelo. p.14-15. <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2023/12/INFORME-EMPRESAS-Y-DDHH-FINAL.pdf>
- Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. (2021). *Informe sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. Ginebra.
- Hernández Peribañez, M.A. (2017). Empresas transnacionales y esclavitud moderna en la cadena de sus suministros textil: implementación de la debida diligencia en derechos humanos y sus efectos en el acceso a mecanismos de reparación judicial. [Tesis de Doctorado; Universitat de Valencia].
- Iglesia Márquez D., Del Valle Calzada E. y Marullo M.C. (2024). Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: propuestas regulatorias y lecciones aprendidas. pp. 64-282. 1ª ed. Editorial Colex.
- Íñigo Álvarez L. e Iglesias Márquez D. (12 julio 2024). Nuevo reglamento que prohíbe productos realizados con trabajo forzoso en la Unión Europea: ¿En qué consiste y qué añade a los instrumentos legales existentes? Artículo en la página web Agenda Estado de Derecho. <https://agendaestadodederecho.com/nuevo-reglamento-que-prohibe-productos-realizados-con-trabajo-forzoso-en-la-union-europea/#>
- Merino de Lucas, F., “Externalización Y Cambio de Localización En La Actividad Productiva.,” Revista de Estudios Empresariales, número 1, 2008

Monereo Pérez, J.L y Ortega Lozano P.G. (2024). La diligencia debida de las empresas y grupos de sociedades en materia de derechos humanos y medio ambiente: la Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio. *La Revista La Ley Unión Europea*, (Nº 129), p. 5-27.

Pigrau Solé, A., Álvarez Torné, M., Cardesa-Salzmann, A., et al. (2016). *Derechos humanos y empresas europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos*, en pp. 45 y ss.

Ruggie, J. (2011, mayo). [Opening Statement to United Nations Human Rights Council](#).

Santana C. (25 abril 2024). Aprobada la Directiva de Diligencia Debida: alcance y obligaciones. Artículo en la página web Canvas Estrategias Sostenibles. <https://www.canvasconsultores.com/radar/que-es-directiva-diligencia-debida/>

Ushakova, T., (2018). Las Empresas y la Protección de los Derechos Humanos en el Sistema del Consejo de Europa. *Revista Internacional Consinter de Direito*, Nº VII, p. 379-380. DOI: <https://doi.org/10.19135/revista.consinter.0007.21>

Legislación

Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 322, de 16 de diciembre de 2022, pp.15- 80. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81871>

Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 1712, de 24 de junio de 2024, pp. 1-13. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-80945>

Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 1760, de 5 de julio de 2024, pp. 1-58. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81037>

Instrumento de ratificación de España del Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la edad mínima de admisión al empleo, adoptado el 26 de junio de 1973. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 168, 15 de julio de 1978, Sec. I. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-12274

Instrumento de Ratificación de España del Convenio número 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, hecho en Ginebra el 17 de junio de 1999. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 118, 17 de mayo, 2001, pp. 17451-1745. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2001-9338

OECD (2023), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/7abea681-es>

Organización Internacional del Trabajo (1930). Convenio sobre el trabajo forzoso (núm. 29), adoptado en Ginebra, 14ª reunión CIT el 28 junio 1930. Disponible en

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ilo_code:C029

Organización Internacional del Trabajo y Comisión Europea. (2020). Conclusiones de la 15ª Reunión de Alto Nivel entre la Organización Internacional del Trabajo y la Comisión Europea: Ginebra - Bruselas, 2 de octubre de 2020 https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@europe/@ro-geneva/@ilo-brussels/documents/meetingdocument/wcms_757939.pdf

Organización internacional del trabajo, ¿Qué es la Declaración

Organización internacional del trabajo, “Convenio sobre la edad mínima, (núm. 138)”, *Organización Internacional del Trabajo*, 1973. Accesible en: [Convenio C138 - Convenio sobre la edad mínima, 1973 \(núm. 138\)](#). Consultado el 27 de noviembre de 2024

Organización internacional del trabajo, “Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, (núm. 182)”, *Organización Internacional del Trabajo*, 1999, accesible en: [Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 | OHCHR](#), consultado el 27 de noviembre de 2024

Organización Internacional del Trabajo, “Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social”. Recuperado de <https://www.ilo.org/empent/areas/mne-declaration/lang--es/index.htm>

Organización Internacional del Trabajo. (n.d.). Trabajo infantil. Recuperado el [20 de noviembre de 2024], de <https://www.ilo.org/es/temas-y-sectores/trabajo-infantil>

Pacto Mundial de las Naciones Unidas. (2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. [guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf](#)

Pacto Mundial de las Naciones Unidas. (2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. [guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf](#)

Pacto Mundial de las Naciones Unidas. (2012). *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: Guía para la interpretación*. <https://www.pactomundial.org/biblioteca/la-responsabilidad-de-las-empresas-de-respetar-los-derechos-humanos-guia-para-la-interpretacion/>

Pacto Mundial de las Naciones Unidas. (2012). *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: Guía para la interpretación*. Alocución pronunciada ante el Grupo de Empleadores en la Conferencia Internacional del Trabajo, 7 de junio de 2011. <https://www.pactomundial.org/biblioteca/la-responsabilidad-de-las-empresas-de-respetar-los-derechos-humanos-guia-para-la-interpretacion/>

Portal Europeo de e-Justicia, 28 de julio de 2020, Empresa y derechos humanos, accesible en https://e-justice.europa.eu/580/ES/business_and_human_rights , consultado el 8 de noviembre de 2024.

Recomendación CM/Rec (2016)3 Comité de Ministros (Consejo de Europa). Sobre los Derechos Humanos y las empresas, adoptado el 2 de marzo de 2016, disponible en <https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/7302-human-rights-and-business-recommendation-cmrec20163-of-the-committee-of-ministers-to-member-states.html>

Red Española del Pacto Mundial de Naciones Unidas (2024). Directiva (EU) 2024/ 1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (CSDDD), accesible en <https://www.pactomundial.org/leyes-directivas-normativas-sostenibilidad/propuesta-de->

directiva-sobre-diligencia-debida-de-las-empresas-en-materia-de-sostenibilidad/ ,
consultado el 10 de noviembre de 2024.

Red Española del Pacto Mundial. (2021, marzo 25). *Aplica los principios rectores de empresas y derechos humanos en tres sencillos pasos*. <https://www.pactomundial.org/noticia/aplica-los-principios-rectores-de-empresas-y-dd-hh-en-tres-sencillos-pasos/>

Reglamento (UE) 2021/1529 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de septiembre de 2021, por el que se establece el Instrumento de Ayuda Preadhesión (IAP III). *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 330, de 20 de septiembre de 2021, pp. 1-26. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32021R1529>

Reglamento (UE) 2021/947 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de junio de 2021 por el que se establece el Instrumento de Vecindad, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Internacional - Europa Global, por el que se modifica y deroga la Decisión nº 466/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan el Reglamento (UE) 2017/1601 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE, Euratom) nº 480/2009 del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 209, de 14 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-80774>

Reglamento (UE) 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por el que se aplica el sistema de preferencias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) nº 732/2008 del consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 303, 23 de noviembre de 2012, pp.1-82. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2012-82023>

Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Aprobado el 12 de diciembre de 2012.

Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”). Aprobado el 11 de julio de 2007.

Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo en el que se prohíben en el mercado de la Unión Europea los productos realizados con trabajo forzoso. 14 de septiembre de 2022. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/11/19/products-made-with-forced-labour-council-adopts-ban/>

Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso y se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. Aprobado el 6 de noviembre de 2024.

Otros documentos

Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible”, COM (2022) 66 final. p.1.

Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea. (5 de marzo 2024). El Consejo y el Parlamento alcanzan un acuerdo para prohibir los productos hechos con trabajo forzoso. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/03/05/council-and-parliament-strike-a-deal-to-ban-products-made-with-forced-labour/>

Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, “Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos

- Delegación de la Cámara de Comercio de España ante la Unión Europea. Propuesta de Reglamento que prohíbe los productos creados por trabajo forzoso. (08 julio 2024). <https://delegacionue.camara.es/documentos/propuesta-de-reglamento-que-prohibe-los-productos-creados-por-trabajo-forzoso>
- End child labor (2021)"estos 4 países están actuando para acabar con el trabajo infantil", accesible en: [Estos 4 países están actuando para acabar con el trabajo infantil - International Year for the Elimination of Child Labour](#). Consultado el 26 de noviembre de 2024.
- Epdata (2021) "El trabajo infantil en el mundo, en datos y gráficos", accesible en: [El trabajo infantil en el mundo, en datos y gráficos](#). Consultado el 26 de noviembre de 2024
- Ministerio de Economía, comercio y empresa. (2024) *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*. Recuperado el 15 de noviembre de 2024 de https://comercio.gob.es/es-es/inversiones_exteriores/PNCLD/LineasDirectricesOCDEEmpresas/Paginas/default.aspx
- SAVE THE CHILDREN (2023), "Trabajo infantil forzoso", accesible en: [Trabajo infantil forzoso | Save the Children](#). Consultado el 27 de noviembre de 2024
- UNICEF (2021), "erradicar el trabajo infantil en 2025", accesible en: [Compromiso 2025: erradicar el trabajo infantil - UNICEF](#). Consultado el 27 de noviembre de 2024



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

VIOLENCIA DE GÉNERO Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ¿ES SATISFACTORIO EL ACTUAL MODELO?

Autores:

LAURA FONTES MARCELINO; LUCÍA GARCÍA GUERRAS; ANDREA HERNÁNDEZ VALVERDE;
JESÚS ÁNGEL HOLGADO GARCÍA; LYDIA LÓPEZ DIEGUEZ; NEREA LÓPEZ VERGARA;
MARÍA MAGDALENA MEDINA GARCÍA; BLANCA MOROCHO PÉREZ; LAURA MURIEL
RODRÍGUEZ; LUCÍA DEL CARMEN NUÑO FERNÁNDEZ; ELENA RODRÍGUEZ RAMÍREZ

Coordinadores del Seminario:

JESÚS ÁNGEL HOLGADO GARCÍA / BLANCA MOROCHO PÉREZ

Profesora responsable:

ANTONIA DURÁN AYAGO

**GRADO EN DERECHO – Grupo II
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

Curso 2024/2025

ÍNDICE.

I.	CONCEPTO Y CONTEXTO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	58
1.	INTRODUCCIÓN	58
2.	CAUSAS PRINCIPALES QUE PROVOCAN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	60
II.	INSTRUMENTOS LEGALES PARA COMBATIR LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO	63
1.	CONVENIO DE LA HAYA 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....	64
2.	CONVENIO DE LA HAYA 1966 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.....	65
3.	REGLAMENTO 2019/1111 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.....	68
A.	<i>PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE MENORES SOBRE LA BASE DEL REGLAMENTO</i>	
B.	<i>LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA A LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL</i>	71
C.	<i>EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES POR LAS QUE SE ORDENA LA RESTITUCIÓN DE UN MENOR</i>	72
a)	<i>La ejecución provisional de la orden de restitución en caso de eventual recurso.</i>	73
III.	ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA QUE INTEGRE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	74
1.	INTRODUCCIÓN JURISPRUDENCIA SOBRE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.	74
2.	INTERPRETACIÓN DADA POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES SOBRE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	74
A)	<i>Derecho de custodia y derecho de visita</i>	76
B)	<i>El derecho de custodia y los convenios o acuerdos pactados</i>	77
C)	<i>El derecho de custodia y el derecho a decidir el lugar de residencia del menor</i>	79
D)	<i>La sustracción internacional de menores en España</i>	79
3.	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	80
4.	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	82
5.	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	84
6.	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	86
	<i>Caso Sneersone y Kampanella contra Italia.</i>	86
	<i>Caso Raw contra Francia.</i>	87
	<i>Caso X contra Letonia</i>	89
IV.	PROPUESTAS	90
1.	ANÁLISIS DE LAS DIFICULTADES	91
2.	APROXIMACIÓN POR PARTE DE LA DOCTRINA	92
3.	INICIATIVAS EN PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL.....	94
V.	BIBLIOGRAFÍA	96

I. CONCEPTO Y CONTEXTO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1. INTRODUCCIÓN

Podemos definir la sustracción internacional de menores como una problemática que surge cuando un menor es trasladado o retenido en un país diferente al de su residencia habitual, sin el consentimiento o autorización de quien posee la custodia. Este fenómeno es especialmente común en contextos de conflictos familiares, como separaciones o divorcios internacionales.

Se debe de hacer una diferencia entre la retención y el traslado. Un traslado ilícito, se da cuando, por ejemplo, uno de los progenitores aprovechando un derecho de visita traslada al menor a otro país sin el consentimiento del progenitor que tiene la custodia, en cambio, se produce una retención, cuando sí que existe una autorización por parte del progenitor que posee la custodia para salir a un país distinto de su residencia habitual, pero, cuando termina dicha autorización, el menor no es devuelto al país donde tiene la residencia habitual.

El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980¹²⁴, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de menores, en su artículo 3 regula esta cuestión, estableciendo que;

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

Un concepto clave y fundamental, es la residencia habitual, uno de los aspectos más relevantes abordados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La residencia habitual¹²⁵ se corresponde con el lugar donde el menor tenga una

¹²⁴ Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal de justicia (Sala tercera) de 2 de abril de 2009. Asunto C-523/07)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CA0523>

cierta integración en el entorno social y familiar, deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado.

El alcance de la sustracción internacional de menores va más allá de una simple disputa entre progenitores; pone en tensión conceptos jurídicos clave como la competencia jurisdiccional, el interés superior del menor y el respeto a los derechos fundamentales del menor reconocidos en la Convención sobre los derechos del Niño¹²⁶, donde refuerza la obligación por parte de los Estados de respetar los derechos de los menores, así como garantizar la protección de cualquier tipo de explotación o traslado ilícito.

Debemos hacer un apunte respecto a nuestra legislación penal¹²⁷, donde encontramos tipificado dicho delito en el artículo 225 bis del Código Penal, considerando sustracción al traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda y custodia, así como a la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. Las penas contempladas son de dos a cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, además contemplando una pena en su mitad superior cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución.

El fenómeno de la globalización a finales de los años 50 ha dado lugar a un notable incremento en las uniones entre personas de diferentes orígenes culturales o nacionales, así como al número de casos de sustracción internacional de menores, el cual no ha parado de aumentar a lo largo de los años.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado organiza reuniones de Comisiones especiales adoptando conclusiones y recomendaciones para tener un seguimiento sobre el funcionamiento de sus Convenios.

En la última reunión de la Comisión Especial¹²⁸ sobre el funcionamiento práctico del convenio sobre sustracción de niños de 1980 y el Convenio sobre Protección de niños se ha hecho una comparación directa con el estudio que se realizó en 2015, indicando cómo se ha producido un descenso del 4% en las solicitudes de restitución del menor ante las Autoridades Centrales de los Estados, es decir, han disminuido las peticiones formales realizadas por uno de los progenitores u otra persona con derechos de custodia para que el menor sea devuelto a su país de residencia habitual después de haber sido trasladado ilícitamente en otro país por el otro progenitor, mientras que han aumentado un 1%

¹²⁶ Artículo 5, Convención Sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989

¹²⁷ Artículo 225 bis. Ley Orgánica 10/1995, 23 de noviembre, del Código Penal.

¹²⁸ Estudio estadístico de las solicitudes realizadas en 2011 bajo el Convenio sobre Sustracción Internacional de menores de 1980. <https://assets.hcch.net/docs/bf685eaa-91f2-412a-bb19-e39f80df262a.pdf>

respecto a los datos del 2015¹²⁹ en las solicitudes de acceso, es decir, han aumentado las peticiones formales que buscan garantizar o restablecer los derechos de visita o comunicación. Se debe de hacer un matiz sobre este estudio, ya que las cifras aportadas en el estudio del 2021 parecen haberse visto afectadas por el COVID-19, por lo que no son datos objetivos en comparación con el estudio de 2015 en el cual indicó un aumento del 3% respecto a estudios anteriores.

Podemos observar una clara diferencia entre las madres sustractoras en comparación con los padres, lo que puede ser un gran indicativo de cómo la sustracción de menores está plenamente relacionada con la violencia de género. En 2021 el 75% de los sustractores eran madres, un porcentaje mayor respecto al registrado en 2015 que fueron un 73%, en 2008 un 69% y en 2003 un 68%, es decir, no para aumentar.

Por otro lado, en 2021, 23% el sustractor era el padre y el 2% restante, abuelos, instituciones otros familiares.

Cabe destacar, que el 94% en la que la persona sustractora era la madre era el “cuidador principal” .

Una vez presentados los datos, cabe atender a las principales razones por las que se produce la sustracción de menores, haciendo hincapié en la casuística de violencia de género.

2. CAUSAS PRINCIPALES QUE PROVOCAN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La violencia de género es un motivo principal y preocupante que causa la sustracción internacional de menores, debido a su impacto directo en las dinámicas familiares y en las decisiones unilaterales que toman los progenitores, generalmente en un escenario de protección desesperada.

El estudio que se expone a continuación presenta las principales razones que causan la sustracción internacional de menores, indagando en los factores que provocan la sustracción más habitual.

Los factores culturales y socioeconómicos juegan un papel crucial, ya que las diferencias generan conflictos sobre la crianza y el país de residencia. Esto puede llevar a uno de los progenitores a trasladar al menor para asegurar que crezca bajo valores culturales específicos. Además, los factores económicos pueden impulsar a un progenitor a buscar mejores oportunidades laborales o educativas, justificando el traslado como una medida en el interés del niño.

La ausencia de efectivos acuerdos internacionales puede tener un aspecto negativo dado que la falta de naciones no firmantes del acuerdo restringe las oportunidades de regreso del menor porque estos países no tienen la obligación de acatar las regulaciones de restitución. Asimismo, en los países signatarios, la ejecución puede ser ineficiente o

¹²⁹ La Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de la Haya sobre sustracción de menores del Año 1980 <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>

tardía. Esto genera frustración en los padres y puede conducir a la sustracción como un recurso desesperado ante la sensación de que no serán juzgados.

El nacionalismo y deseo de preservar la identidad cultural del niño es también un factor que motiva la retención o traslado. Esta decisión puede surgir por el miedo a la desaparición de dicha cuestión, particularmente del idioma y la religión.

Los conflictos familiares son un factor clave en los casos de sustracción internacional de menores, especialmente cuando las relaciones entre los progenitores están marcadas por el desacuerdo o la violencia. En este contexto, las disputas sobre la custodia pueden llevar a que uno de los padres intente obtener una ventaja trasladando al menor fuera del país, vulnerando los derechos del otro progenitor.

Un aspecto relevante en este ámbito es el derecho de visita regulado en el artículo 21 del Convenio de la Haya de 1980. Este artículo establece mecanismos para garantizar que el progenitor o familiar cercano pueda mantener contacto significativo con el menor, fijando condiciones claras sobre el tiempo y la duración de las visitas. De esta manera, se busca proteger el derecho del menor a beneficiarse de la compañía de ambos padres, incluso en contextos de conflictos.

Asimismo, existen otros conflictos familiares que vienen acompañados de violencia de género. En este caso la víctima no solo busca proteger su seguridad, sino también la del menor, es decir, es un intento de escapar del agresor buscando un entorno seguro.

En primer lugar, la violencia de género desde una perspectiva integral reconoce que esta violencia no solo afecta directamente a las mujeres sino también a sus hijos y familiares. La *Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*¹³⁰ establece medidas de protección integral que incluyen la prevención, atención y asistencia a las víctimas, garantizando derechos como la protección y el acceso a información sobre recursos disponibles. Además, promueve la coordinación entre diferentes administraciones para asegurar una respuesta efectiva, incluye sanciones específicas para los agresores y aborda la protección de menores que puedan verse afectados. Se enfatiza la importancia de la prevención a través de programas educativos y de sensibilización dirigidos a la sociedad en general. En conjunto, la ley refleja un enfoque integral que reconoce la complejidad de la violencia de género y la necesidad de una respuesta coordinada y efectiva para abordar este grave problema social.

La situación actual en cuanto a la violencia de género es preocupante y complicada. Persiste a pesar de los avances en leyes y concienciación social. Esta violencia refleja la desigualdad y el control masculino sobre las mujeres, afectando a personas de todos los niveles sociales, educativos y culturales.

No hay una solución específica respecto a la sustracción internacional de menores en situaciones de violencia de género, sin embargo, cabe mencionar el artículo 13 b del Convenio de La Haya de 1980¹³¹ que deniega la restitución de un menor si se demuestra que existe un grave riesgo donde se exponga un peligro físico o psíquico, o si se coloca

¹³⁰ LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹³¹ Artículo 13. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

en una situación intolerable. Es por ello que, el único recurso para evitar la restitución es probar que el maltrato experimentado por la progenitora tiene un impacto directo en el hijo.

La protección de las víctimas de violencia de género es esencial en los marcos legales, ya que, sin considerar el contexto, puede generarse una injusticia para los menores. Para evitar la devolución del menor a su país de origen, donde el agresor tendría más acceso, es necesario un enfoque más eficaz. La Comisión ha propuesto modificaciones al Convenio de La Haya de 1980, incluyendo una Guía de buenas prácticas sobre el artículo 13.

Es esencial integrar la perspectiva de género en las regulaciones del Derecho Internacional Privado para impedir que los recursos legales se empleen como medios para prolongar el sufrimiento de la madre y el niño. Es importante recordar que el propósito principal de estos procesos de restitución es proteger el bienestar del menor, y es en torno a este principio que se ha desarrollado la legislación que penaliza la sustracción de menores.

Desde 2013, ha habido un aumento en los casos, lo que genera preocupación por la seguridad de las mujeres. Según el INE¹³², el número de víctimas ha crecido, subrayando la necesidad de continuar con la prevención, protección y apoyo. Para lograr un cambio significativo en la defensa de los derechos de las mujeres, es esencial visibilizar esta problemática e implementar políticas efectivas, educación y sensibilización, elementos clave para erradicar la violencia de género y avanzar hacia una sociedad más justa.

Las estadísticas de violencia doméstica y violencia de género reflejadas en el INE han aumentado un 12,1% en el año 2023, hasta 36.582. La tasa de mujeres víctimas de violencia de género fue de 1,7 por cada 1000 mujeres de 14 y más años. El número de violencia doméstica aumentó un 12%.

Es importante distinguir entre violencia de género y doméstica¹³³, ya que ambos conceptos, aunque relacionados, no son equivalentes. La violencia doméstica se refiere a un conjunto de actos de agresión continuada de diversa índole, ya sea física, psicológica, sexual o económica, que una persona ejerce sobre otra con la que tiene un vínculo cercano, como familiares o parejas, independientemente de si conviven o no.

Por lo que se refiere a violencia de género, se precisa como un conjunto de acciones violentas realizadas por un hombre hacia una mujer con la que sostiene o ha sostenido una relación matrimonial o sentimental sin necesidad de vivir juntos. Además, actos violentos que pueden causar daño físico, intimidaciones, coacciones o ataques a la dignidad y privacidad de una mujer, y se considera una manifestación de la desigualdad, el poder o el control que un hombre ejerce sobre ella.

La violencia de género y la sustracción internacional de menores tienen una gran repercusión social, afectando tanto a las víctimas directas como a sus entornos. Estos

¹³² Estadística INE de violencia de género y violencia doméstica. https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176866&menu=ultiDatos&idp=1254735573206#:~:text=El%20número%20de%20mujeres%20v%C3%ADctimas,aumentó%20un%2012%2C0%25.

¹³³ Diferencias entre violencia doméstica y violencia de género. <https://danieltrujillo.es/blog/diferencia-violencia-genero-y-domestica/>

fenómenos generan desintegración familiar, traumas psicológicos en los menores y aislamiento social para las víctimas. Además, representan un desafío para los sistemas judiciales y legislativos, que deben equilibrar la protección infantil y la seguridad de las víctimas con el cumplimiento del derecho internacional. A nivel económico, también suponen altos costos para los servicios sociales, judiciales y de salud, reflejando la complejidad y el impacto de estos problemas en la sociedad.

Un caso muy conocido en nuestro país es el de Juana Rivas, quien fue condenada a dos años y seis meses de prisión por haber sustraído a sus dos hijos. Además, se le retiró la patria potestad y se le ordenó pagar una indemnización a su esposo, quien ya había sido condenado por violencia de género en 2009. En este caso, el proceso de restitución de los menores se llevó a cabo de manera eficiente, sin embargo, no fue justa ya que se obligó a Juana Rivas a devolver a los niños a su residencia habitual en Italia pues no pudo demostrar adecuadamente la existencia de violencia de género.

La situación de Juana Rivas no es un caso aislado, podemos mencionar el caso de Vanessa Skewes,¹³⁴ mujer chilena, se trasladó a España con sus hijos en 2015 tras denunciar a su exmarido por malos tratos. Aunque existía orden de alejamiento contra el padre en Chile, Vanessa realizó el traslado sin su consentimiento, violando un acuerdo que regulaba la custodia y requería autorización para salir del país con los menores. El padre, basándose en el Convenio de la Haya, exigió la restitución de los niños.

La justicia falló a favor del padre, ordenando el regreso de los menores a Chile al considerar que el traslado fue ilícito. Sin embargo, las denuncias de violencia de género presentadas por Vanessa no fueron resueltas antes de ejecutar la restitución, ignorando posibles riesgos para ella y sus hijos.

Este caso evidencia cómo la aplicación rígida de tratados internacionales puede entrar en conflicto con la evaluación del interés superior del menor y la protección de las víctimas, destacando la necesidad de marcos legales más integradores que consideren estas circunstancias particulares.

II. INSTRUMENTOS LEGALES PARA COMBATIR LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Los instrumentos internacionales que resuelven dicha problemática están encaminados a restablecer la situación quebrantada y los menores, independientemente de los motivos que ocasionaron la fuga del país de la residencia habitual. A ello se le añade que en el plano nacional, este tipo de conducta delictiva no tiene en cuenta la

¹³⁴ Caso Vanessa Skewes https://www.abc.es/sociedad/abci-otros-casos-juana-201707272105_noticia.htm

motivación del hecho delictivo, que puede estar originada por el miedo de la víctima de la violencia de género a ser nuevamente maltratada¹³⁵

Los instrumentos legales que se han elaborado en el plano internacional para combatir la sustracción internacional de menores han sido:

- El Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.
- 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 niños.
- El Reglamento 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 que deroga el Reglamento 2201/2003, también conocido como Reglamento Bruselas II bis.

1. CONVENIO DE LA HAYA 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptado en 1980, surge para enfrentar el creciente problema de menores trasladados o retenidos ilícitamente en otro país en disputas familiares transnacionales. Debido a la movilidad internacional de las familias y la falta de armonización entre los sistemas jurídicos, se necesitaba un marco legal que facilitara la cooperación entre Estados para garantizar la restitución de los menores a su lugar de residencia habitual y proteger los derechos de custodia y visita.¹³⁶ El Convenio establece un sistema de cooperación judicial entre los Estados firmantes, buscando restituir rápidamente al menor, sin abordar la custodia definitiva, salvo en casos excepcionales donde el retorno representa un grave riesgo para el bienestar del menor.

Desde una perspectiva de género, el Convenio impacta significativamente a las mujeres, ya que en la mayoría de los casos ellas son las cuidadoras principales y a menudo enfrentan situaciones de violencia de género. En muchos casos esto lleva a

¹³⁵ Vid. RUIZ SUTIL, C., CAPÍTULO IX “El Convenio de Estambul como marco de derecho antisustraccional (2018) EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES”, op. cit., p. 248. <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/89378/Enfoque%20de%20g%C3%A9nero%20en%20la%20sustracci%C3%B3n%20internacional%20de%20menores.pdf?sequence=1>

¹³⁶ Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980), Artículos 1 y 7. (<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>)
Artículo 1: “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.”
Artículo 7: “Las Autoridades Centrales deberán cooperar entre sí y promover una colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la restitución inmediata de los menores y para lograr los demás objetivos de este Convenio.[...]”

desplazamiento forzado de mujeres a nivel global trasladando a sus hijos a otro país para escapar de abusos, buscando protegerse a sí mismas y a sus hijos.

El artículo 13(b) del Convenio permite negar el retorno del menor si éste enfrenta un "grave riesgo" de daño físico o psicológico, pero no menciona explícitamente la violencia de género hacia la cuidadora como un motivo suficiente¹³⁷. Esta omisión genera interpretaciones que trivializan los riesgos específicos que enfrentan las mujeres en contextos de violencia de género, enfocándose únicamente en pruebas tangibles de violencia física. Esta perspectiva invisibiliza dinámicas de poder y control que sufren las mujeres, dificultando que puedan demostrar el riesgo de manera adecuada.

En definitiva, la neutralidad del Convenio no aborda adecuadamente las circunstancias de la violencia de género. Las mujeres que tratan de protegerse y a sus hijos enfrentan barreras significativas para demostrar el riesgo, perpetuando su vulnerabilidad. El Convenio debería incorporar interpretaciones más amplias que incluyan una comprensión de las desigualdades estructurales de género¹³⁸. Y aunque este convenio ha demostrado ser una herramienta valiosa para la cooperación internacional, su enfoque requiere ajustes cuando se aplica en contextos de violencia de género para garantizar una protección equitativa.¹³⁹

En conclusión, es fundamental que los tribunales interpreten sus disposiciones con mayor sensibilidad hacia las realidades de las mujeres afectadas. La plena efectividad del Convenio dependerá de su capacidad para evolucionar y adaptarse, incorporando una comprensión más profunda de las dinámicas de género y garantizando medidas de protección accesibles para quienes más lo necesitan.

2. CONVENIO DE LA HAYA 1966 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 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 es un tratado internacional de vital importancia que establece un marco jurídico uniforme y eficiente para abordar las cuestiones familiares que surgen en un contexto transfronterizo.¹⁴⁰ Fue

¹³⁷ *Ibíd.*, Artículo 13(b). Establece que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si se demuestra que: "*b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.*"

¹³⁸ ESPINOSA, M. A. (2019). *El enfoque de género en la sustracción internacional de menores: Retos y perspectivas. Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 3, 61-79 <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2019.III.-ESPINOSA.4.pdf>

¹³⁹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Sustracción Internacional de Menores: una visión general" en Y. Gamarra Chopo (coord.) <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf>

¹⁴⁰ Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de

en el año 2002 cuando el Convenio, gestado en 1993, comenzó a tener efectos jurídicos a nivel internacional.

Este tratado internacional busca garantizar que los niños cuyos padres residen en diferentes países estén protegidos y que sus mejores intereses sean siempre la prioridad en cualquier decisión judicial relacionada con ellos.

Entre otras razones, los principales motivos de su importancia están propulsados por la creciente globalización y movilidad, ya que, las familias transnacionales son cada vez más comunes. A su vez, prima la protección del interés superior del niño art. 23, el Convenio coloca el bienestar del niño en el centro de todas las decisiones, asegurando que sus necesidades y derechos sean siempre la prioridad.¹⁴¹ Además, supone una prevención de los secuestros internacionales de menores.

El Convenio establece unos criterios claros para determinar qué tribunal es competente para conocer de un caso determinado, para ello se tiene en cuenta el lugar de residencia habitual del niño y otros factores relevantes. Además, determina qué ley nacional se aplicará para resolver cuestiones relacionadas con la responsabilidad parental (esto proporciona una mayor previsibilidad y coherencia en la aplicación de las leyes, lo que es crucial para proteger los derechos del menor y de los progenitores).

Para que esto pueda ser llevado a cabo existe una cooperación entre Autoridades Centrales, esto quiere decir que cada país designa una Autoridad Central que es la encargada de aplicar el Convenio y de colaborar con Autoridades Centrales de otros países.

Además, existen dos situaciones en las que las autoridades están obligadas a cooperar o comunicarse entre sí:

1. Cuando una autoridad tiene la intención de disponer que un niño sea trasladado a otro país (artículo 33), es necesario notificar a las autoridades del Estado receptor.
2. En caso de que un niño esté en peligro grave y se traslade o se encuentre en otro país, las autoridades deben compartir información relevante (artículo 36) para garantizar su protección.

El Convenio establece criterios claros para determinar qué tribunal es competente para conocer un caso, tomando en cuenta el lugar de residencia habitual del niño y otros factores relevantes. Asimismo, define qué ley nacional se aplicará para resolver las cuestiones relacionadas con la responsabilidad parental. Esto garantiza una mayor previsibilidad y coherencia en la aplicación de las leyes, lo cual es fundamental para proteger los derechos tanto del menor como de los progenitores.

En primer lugar, debemos definir el ámbito que abarca el concepto de responsabilidad parental de forma amplia. No podemos incluir solo la autoridad parental ejercida por padres biológicos, sino también cualquier relación de autoridad análoga como la de tutores o representantes legales cómo son: la custodia, el régimen de visitas,

protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-18510

¹⁴¹ ARROYO ILLÁN, M. (2023). *La restitución del menor y la protección frente a la violencia de género: Análisis del Convenio de La Haya de 1996 y el Reglamento Bruselas II Ter*. Cuadernos de Derecho Transnacional, 15(2), 45-60. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8943/6809>

la decisión sobre la educación, representación legal e incluso aspectos patrimoniales. Todas estas medidas de protección están incluidas en el art. 3 del Convenio.

Es importante destacar que este Convenio, así como otros instrumentos legales deben ser analizados bajo una perspectiva de género para garantizar que las soluciones que ofrecen no perpetúen desigualdades y respondan a necesidades específicas de mujeres y niños.¹⁴² A menudo, las madres son las principales víctimas de estas sustracciones y los instrumentos legales deben ser adaptados para garantizar que sus derechos sean protegidos de manera efectiva.

¿Por qué es importante la perspectiva de género? Esto se debe a desigualdades estructurales, puesto que influyen en las dinámicas familiares y, por ende, en la toma de decisiones relacionadas con los hijos, en muchas ocasiones la sustracción internacional de menores es una forma de ejercer violencia contra la mujer ya sea para castigarla, controlarla o privarla así de sus hijos.

En definitiva, se ha observado un aumento en los casos de sustracción internacional de menores en los que la madre actúa como sustractora, motivada por la necesidad de proteger a su hijo de un entorno marcado por la violencia de género. Este tipo de violencia puede manifestarse de diversas maneras, incluyendo la manipulación, el castigo y el aislamiento, lo que lleva a muchas madres a tomar medidas drásticas para garantizar la seguridad y el bienestar de sus hijos.

La cooperación internacional es un pilar fundamental del Convenio de La Haya de 1996, ya que fomenta la colaboración entre los estados contratantes. Este elemento adquiere una importancia especial en los casos en los que puede haber situaciones de violencia de género, al facilitar una respuesta coordinada y efectiva para proteger a las víctimas y garantizar el respeto de sus derechos¹⁴³. Esto es así, puesto que la cooperación facilitará la restitución de menores en los casos de sustracción internacional asegurando que las decisiones sobre custodia y bienestar se tomen en el país donde el menor tiene su residencia habitual evitando así que el progenitor traslade al menor a otro país para eludir decisiones judiciales previas, las cuales podrían estar relacionadas con las situaciones de violencia de género.

También señalamos el interés superior del menor anteriormente¹⁴⁴, y en lo que respecta a la violencia de género implica que las autoridades deben evaluar cuidadosamente las circunstancias de cada caso, ya que esta violencia puede afectar a la madre o al menor, esto es fundamental para proteger la seguridad de ambos.

La sensibilización sobre las desigualdades de género exige una capacitación más efectiva para los profesionales del derecho y una preparación adecuada de las autoridades

¹⁴² Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2022, sobre la integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo — Informe anual 2020 (2021/2039(INI)) <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/bb134425-3012-11ed-975d-01aa75ed71a1>

¹⁴³ MEIER, G. (2016). La perspectiva de género en la restitución internacional de menores. Revista Internacional de Derecho de Familia <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/89378/Enfoque%20de%20g%C3%A9nero%20en%20la%20sustracci%C3%B3n%20internacional%20de%20menores..pdf?sequence=1>

¹⁴⁴ Convención sobre los Derechos del Niño (1989). <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

encargadas de identificar y gestionar casos relacionados con la violencia de género. En este contexto, el Convenio promueve un enfoque centrado en la protección de los derechos de las víctimas, garantizando que las decisiones sean informadas, sensibles a estas dinámicas y alineadas con la realidad de cada caso. Este enfoque es fundamental para asegurar que las resoluciones no solo cumplan con los principios legales, sino que también protejan de manera efectiva los derechos y la seguridad de las víctimas¹⁴⁵.

Algunas críticas que podemos hacer al convenio desde la perspectiva de género es que perpetúa los roles de género, existe un desconocimiento de las dinámicas de poder e incluso podríamos mencionar la falta de protección para las víctimas violencia de género ya que el enfoque de la restitución inmediata puede dejar a las mujeres víctimas de violencia sin protección y expuestas a nuevas agresiones.

Para abordar estas limitaciones se han propuesto diversas iniciativas como son:

- **La incorporación de perspectiva de género en la formación judicial:** para que así los jueces puedan identificar y evaluar los casos en los que la sustracción internacional está motivada por razones de protección
- Que haya una **evaluación individualizada en cada caso.**
- Que los **jueces tengan la posibilidad de aplicar el convenio de manera flexible** teniendo en cuenta el interés superior del niño y las circunstancias particulares de cada caso.

En resumen, el Convenio de La Haya de 1996 no incorpora directamente la perspectiva de género en su articulado, pero su aplicación en cada Estado miembro puede estar influenciada por otros tratados o normas nacionales que sí la contemplan. Así pues, las decisiones basadas en este Convenio deben alinearse con otros marcos legales, a nivel nacional o regional (como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o el Convenio de Estambul).¹⁴⁶

3. REGLAMENTO 2019/1111 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

Como ya se ha indicado anteriormente, el presente Reglamento 2019/1111 viene a derogar el anterior Reglamento 2201/2003. Este último contenía en su art. 65 el mandato de que la Comisión presentaría al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe basado en la información que proporcionarían los Estados

¹⁴⁵ La violencia machista en el secuestro internacional de menores intracomunitario: su tratamiento en la jurisprudencia española <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/88031/PROYECCEI%20NORMATIVA%20DE%20LA%20VIOLENCIA%20MACHISTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁴⁶ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, 2011). <https://rm.coe.int/1680462543>

Miembros acerca de la aplicación del mismo, acompañada en su caso de propuestas para su adaptación.

En base a dicho precepto, el 17 de abril de 2014 se publicó el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003*¹⁴⁷, el cuál puso de manifiesto las siguientes consideraciones sobre la aplicación práctica del mismo¹⁴⁸:

- Se planteó la posibilidad de acudir a la mediación familiar internacional como medio para solventar el problema de la sustracción internacional de menores, y que permitiría prevenir esas sustracciones y alcanzar soluciones pacíficas que serían cumplidas voluntariamente por las partes.
- Se destacó la necesidad de adopción de normas comunes sobre audiencia del menor para evitar que las diferencias procesales comprometiesen la ejecución de las órdenes de restitución.
- Se puso de manifiesto que el plazo de seis semanas que preveía el Reglamento para emitir una resolución sobre la restitución del menor no siempre se cumplía por parte de los órganos jurisdiccionales.
- Se señaló la necesidad de adoptar normas comunes también para la ejecución ya que en base a sus diferentes legislaciones, algunos Estados miembros reexaminaban el fondo del asunto en lugar de ejecutar directamente las órdenes de restitución.
- Se sugirió la incorporación de la jurisprudencia del TJUE en esta materia.

Desde el punto de vista procesal, las normas relativas a la acción de restitución mejoran las garantías del Reglamento anterior e introducen una serie de novedades:

- Se establece un plazo de seis semanas por cada instancia (tanto en primera instancia como órganos superiores) para pronunciarse acerca de la restitución y de otras seis para la ejecución.
- Se posibilita al Estado requerido dictar medidas provisionales.
- Se da la posibilidad de ejecutar provisionalmente resoluciones por las que se declare la restitución en caso de recurso, si el interés superior del menor lo requiere.
- Se establece la posibilidad real efectiva de que el menor exprese su opinión libremente, aunque esta no debe constituir una obligación absoluta, sino que debe evaluarse teniendo en cuenta su interés superior.
- Se afianza la mediación familiar internacional como vía pacífica para solucionar el conflicto.

¹⁴⁷ INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo 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) n° 1347/2000. COM/2014/0225 final.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0225&qid=1732476043865>

¹⁴⁸ Vid. CALZADO LLAMAS, AJ., “La sustracción internacional de menores: El Reglamento 2019/111 y su interacción con el Convenio de la Haya de 1980 y la LEC”, op. cit., pp 66-67.

PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE MENORES SOBRE LA BASE DEL REGLAMENTO

El art. 22 R. 2019/1111 prevé dos maneras de iniciar el procedimiento de restitución de menores:

- mediante una solicitud de restitución ante las Autoridades Centrales, para que sean estas quienes demanden ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Esta solicitud podrá dirigirse tanto a la Autoridad del Estado requirente, que viene siendo el supuesto más habitual, o a la de cualquier otro Estado miembro del CH 80.
- a través de la presentación de una demanda de restitución ante los tribunales del Estado donde se encuentre el menor con motivo de la sustracción. En el caso de que la autoridad judicial competente tenga conocimiento haya sido trasladado a otro Estado, deberá apartarse del procedimiento. Ej.: en España es competente el JPI de la capital de provincia con competencia en Derecho de familia.

Respecto a la presentación tanto de la solicitud como de la demanda, aunque no se prevé un plazo determinado para hacerlo, sí que es recomendable que se haga lo antes posible, ya que la dilación en el tiempo merma las posibilidades de obtener un pronunciamiento favorable ya que es posible que se produzca la integración del menor en el Estado en que ha sido sustraído.

El art. 24 R. 2019/1111 prevé un procedimiento judicial acelerado de seis semanas por instancia para resolver el procedimiento. Esta celeridad se justifica por tres razones¹⁴⁹:

1. para evitar la perturbación que supone para el menor estar alejado de su residencia habitual,
2. para evitar que el paso del tiempo suponga una ventaja para el progenitor sustractor por medio de la integración del menor en el Estado requerido,
3. porque una respuesta rápida que frustre las intenciones del progenitor sustractor contribuye a disuadir de futuras sustracciones.

El procedimiento acelerado en sentido estricto, se encuentra regulado en el art. 27 R. 2019/1111:

- Se prohíbe la denegación de la restitución del menor, sin que el solicitante haya tenido posibilidad de ser oído.
- En cualquier fase del procedimiento, en el marco de la adopción de medidas cautelares, el juez podrá examinar si ha de garantizar un contacto entre el menor y el solicitante de la restitución, en base al interés superior del primero.
- Si la autoridad judicial considerare denegar la solicitud en base a la *existencia de un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable* (art, 13.1 b) CH 1980), no lo hará si el solicitante demuestra que se ha dispuesto lo necesario para garantizar la protección del menor. Para ello, el órgano jurisdiccional podrá

¹⁴⁹ Vid. CALZADO LLAMAS, AJ., “La sustracción internacional de menores: El Reglamento 2019/111 y su interacción con el Convenio de la Haya de 1980 y la LEC”, op. cit., p 191.

comunicarse con las autoridades competentes del Estado Miembro en el que residiera habitualmente el menor antes de su traslado ilícito.

- Ordenada la restitución del menor, el órgano jurisdiccional podrá dictar medidas provisionales para proteger al menor del riesgo contenido en el art. 13.1 b) CH 1980, siempre que la adopción de las mismas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución.
- Cabe la posibilidad de declarar ejecutiva provisionalmente la resolución por las que se ordena la restitución, sin perjuicio del correspondiente recurso, si el interés superior del menor lo requiere.

LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA A LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL

El presente Reglamento, en su intento de apostar por la autonomía de la voluntad en la gestión de las crisis familiares, consolida la posibilidad de acudir a métodos alternativos de solución de conflictos para dar arreglo a las sustracciones ilegales que ocurren entre Estados Miembros Así se plasma en el art. 25 R. 2019/1111 *Lo antes posible y en cualquier fase del procedimiento, el órgano jurisdiccional invitará a las partes, directamente o, si procede, con la asistencia de las autoridades centrales, a que consideren si están dispuestas a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de litigios (...)*

No es que el R. 2019/2011 introduzca esta forma alternativa a la resolución del conflicto como una novedad, pues el propio CH 80 ya contenía una mención a la mediación de forma implícita en sus arts. 7 y 10; pero sí que impulsa su empleo al hacer referencia expresa a este recurso, al considerarla de forma clara como mejor alternativa al proceso judicial¹⁵⁰. Entre las ventajas que proporciona el recurso a la mediación encontramos¹⁵¹:

- Se consigue evitar las ineficiencias producidas en el proceso judicial debido a la sobrecarga de trabajo de los tribunales o las dilaciones de los trámites procesales.
- Permite contar con profesionales formados y especializados en un conflicto que trasciende del plano jurídico, y que requiere de sensibilidad en el plano cultural y social.
- Es un mecanismo flexible, tanto en relación con el objeto como con el procedimiento, al permitir abarcar aspectos conflictivos más allá de la restitución.
- Facilita una solución basada en el acuerdo entre las partes, lo que es más conveniente tratándose de una relación de familia, lo que garantizará mejor su cumplimiento futuro.

¹⁵⁰ Vid. HERRANZ BALLESTEROS, M., “El Reglamento (UE) 2019/1111 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): principales novedades”, op. cit., p. 259. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8146294.pdf>

¹⁵¹ Vid. CALZADO LLAMAS, AJ., “La sustracción internacional de menores: El Reglamento 2019/111 y su interacción con el Convenio de la Haya de 1980 y la LEC”, op. cit., p 216.

- Se trata de un medio mucho más eficiente y de menor complejidad, sobre todo cuando involucra a Estados que no sean parte en ningún instrumento de cooperación internacional en la materia.

No obstante, el propio Reglamento prevé una serie de límites a la posibilidad de acudir a esta resolución extrajudicial de conflictos. El art. 25 in fine limita cuando *“ello sea contrario al interés superior del menor, no sea adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento”*. Es importante poner de manifiesto que no se prevé como límite al recurso de la mediación los casos de violencia sobre la mujer, incluso aunque haya muchas ocasiones en las que el interés superior del menor puede encontrarse muy ligado a episodios de violencia de género que haya observado en el hogar. Simplemente, esta circunstancia de violencia de género se presenta como una advertencia en el Considerando 43¹⁵².

Es la normativa interna de los Estados Miembros la que, en función de su perspectiva de género, tendrá en cuenta dicha circunstancia a la hora de restringir la posibilidad de acudir a soluciones extrajudiciales. En el caso de la legislación española, la LO 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*¹⁵³ en su art. 87 ter, relativo a las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, concluye en su apartado 5 diciendo *“En todos estos casos está vedada la mediación”*. Esta prohibición es evidente ya que la violencia de género genera una relación de poder y sumisión entre maltratador y víctima que deja sin efecto los principios básicos de la mediación como son la voluntariedad, la disponibilidad y la igualdad de partes.

EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES POR LAS QUE SE ORDENA LA RESTITUCIÓN DE UN MENOR

Una vez que el órgano jurisdiccional de un Estado Miembro ordena la restitución de un menor, es necesario ejecutar dicha decisión, que se materializa en la devolución del menor a su Estado de residencia habitual.

Las actuaciones ejecutivas de la orden de restitución no están exentas del deber de urgencia que se desprende de la tramitación del procedimiento, ya que cuanto más se dilate en el tiempo, menos conveniente será la restitución para el interés superior del menor.

Esto ha sido reflejado acertadamente por el legislador europeo en el art. 28 R. 2019/1111 indicando en su apartado primero que *“las autoridades competentes para la ejecución a las que se haya solicitado la ejecución de una resolución por la que se ordena la restitución de un menor a otro Estado miembro actuarán con urgencia en la tramitación de la solicitud”*. En su apartado segundo reafirma este deber de urgencia fijando que *“en caso de que transcurridas seis semanas desde el inicio de los trámites para la ejecución, la resolución a que se refiere el apartado 1 no se haya ejecutado, la parte que solicitó la ejecución o la autoridad central del Estado miembro de ejecución tendrán derecho a pedir a la autoridad competente para la ejecución una exposición de los motivos del retraso”*. Este plazo de seis semanas debe ser puesto en relación con los

¹⁵² [...] *“Por otra parte, la mediación puede no resultar siempre apropiada, en especial en los casos de violencia sobre la mujer”* [...]

¹⁵³ «BOE» núm. 157, de 02 de julio de 1985

plazos que el propio Reglamento establece en su art. 24 para la tramitación de los procedimientos tanto en primera como en segunda instancia.

No obstante, de la redacción del art. 28 se intuye que dicho plazo de seis semanas no tiene carácter imperativo en sentido estricto, ya que el precepto se redacta partiendo de la base de que es posible que la resolución no llegue a ejecutarse o se encuentre con dilaciones en su proceso. De ahí el mandato del legislador a la autoridad competente de dar una exposición razonada de los motivos del retraso.

a) La ejecución provisional de la orden de restitución en caso de eventual recurso.

Uno de los temores una vez finalizado el procedimiento de restitución es que el progenitor sustractor que se vea perjudicado por la decisión, recurra la resolución a sabiendas de que puede suponer un mecanismo dilatorio que contribuya a legitimar la sustracción por el transcurso del tiempo.

Una primera solución a este eventual escenario que se ha adoptado en el marco del R. 2019/1111 ha sido la recomendación, que no imposición, a los EM de limitar únicamente a uno el número de recursos posibles contra la orden de restitución.¹⁵⁴ Junto a esta limitación en los recursos, el legislador ha previsto de manera audaz la ya anteriormente expuesta posibilidad de ejecutar provisionalmente la orden de restitución (Considerando 47 y art. 27.6 R. 2019/1111). Dicha decisión obedece a dos motivos:

- El ya expuesto interés superior del menor, para evitar que se prolongue en el tiempo el perjuicio que le supone estar alejado del Estado en el que reside habitualmente.
- La necesidad de actuar con urgencia en el proceso de restitución. De hecho, el Considerando 66 R. 2019/1111 promueve que aquellos EM cuyas resoluciones no son ejecutivas hasta que no adquieran firmeza, puedan declarar ejecutivas dichas resoluciones aun siendo susceptibles de recurso, haciendo especial hincapié en las órdenes de restitución.

Otro de los escenarios que puede plantearse es la existencia de un grave riesgo de peligro físico o psíquico para el menor en su Estado de residencia habitual (art. 13.1 b) CH 80). En esos casos, si las autoridades del Estado de sustracción deciden ordenar la restitución, deberán dictar una serie de medidas cautelares en aplicación del art. 27.5 R. 2019/1111 para garantizar la seguridad del menor. La adopción y ejecución de dichas medidas es una condición *sine qua non* para acceder a la restitución, ya que de lo contrario, se procedería a la denegación de la misma (Considerando 46 R. 2019/1111). De hecho, el art. 53.3 del Reglamento impide que se ejecute en el Estado requerido una orden de restitución de menores que no vaya acompañada de la adopción de medidas contra el grave riesgo. Por lo tanto, la única solución para no proceder a la restitución es conseguir demostrar que la violencia sufrida por la progenitora afecta de manera directa también al descendiente.

¹⁵⁴ Considerando 42 *in fine* R. 2019/1111 [...] *Los Estados miembros deben también considerar la posibilidad de disponer que solo pueda presentarse un único recurso contra una resolución por la que se conceda o deniegue la restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980.*

III. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA QUE INTEGRE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1. INTRODUCCIÓN JURISPRUDENCIA SOBRE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

La evolución jurisprudencial en materia de sustracción internacional de menores se fundamenta principalmente en los principales instrumentos jurídicos internacionales, especialmente el Convenio de La Haya de 1980. Este marco normativo establece mecanismos de cooperación internacional entre Estados para la restitución de menores trasladados o retenidos ilícitamente fuera de su lugar de residencia habitual. No obstante, la práctica judicial reciente ha hecho evidente que el marco tradicional de estos instrumentos resulta insuficiente en los casos que involucran violencia de género.

En respuesta a estos desafíos, algunos tribunales, especialmente en España, han comenzado a integrar la perspectiva de género en sus decisiones, reconociendo que la violencia de género no solo afecta a las mujeres, sino también a los menores involucrados. Como evidencian los recientes estudios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, existe una clara relación entre la sustracción internacional de menores y la violencia de género, siendo significativo el aumento progresivo de solicitudes de restitución presentadas por madres en los últimos años.¹⁵⁵

Este análisis aborda cómo los tribunales han adaptado estos marcos normativos para hacer frente a esta problemática. Los tribunales españoles, han interpretado de manera evolutiva las excepciones del artículo 13 b) del Convenio de La Haya desarrollando criterios específicos para evaluar situaciones de riesgo. Las resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se analizarán reflejan esta tendencia hacia una mayor consideración de los contextos de violencia de género en los procedimientos de sustracción internacional.

2. INTERPRETACIÓN DADA POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES SOBRE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

El Reglamento 2201/2003 introdujo un marco jurídico fundamental que abordó la necesidad de una respuesta rápida en los casos de sustracción de menores estableciendo dos pilares fundamentales: la cooperación de tribunales y la definición de jurisdicciones

¹⁵⁵ Véase el análisis detallado de los estudios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de 2015 y 2023 en el apartado sobre "Concepto y contexto de la sustracción internacional de menores".

claras. Específicamente, el artículo 11 del Reglamento estableció los procedimientos para la restitución de menores, con dos garantías fundamentales: un plazo de seis semanas para la actuación de los tribunales y el derecho del menor a expresar su opinión.¹⁵⁶

Conforme a la jurisprudencia española, el Reglamento 2201/2003 o Bruselas II bis, se ha aplicado en casos de sustracción internacional con el objetivo de equilibrar los derechos de los progenitores y proteger el interés superior del menor. No obstante, su aplicación práctica ha revelado dificultades interpretativas significativas, especialmente en dos ámbitos: la cooperación entre autoridades y la definición del concepto de “residencia habitual”, cuya ambigüedad ha afectado gravemente a la determinación de la jurisdicción competente. Estas problemáticas evidenciaron la necesidad de una versión refundida que incorporara cambios legales y sociológicos para armonizar el régimen aplicable en la Unión Europea con los Convenios de La Haya de 1980 y 1996.¹⁵⁷

A pesar de los avances logrados con el Reglamento 2201/2003, Bruselas II bis presentó limitaciones que generaron conflictos jurisdiccionales que no siempre protegían adecuadamente el interés superior del menor, lo que evidenció la necesidad de su modificación. Entre las principales mejoras introducidas por el nuevo Reglamento 2019/1111 se encuentran:

- El fortalecimiento de la interpretación del concepto de “residencia habitual”. Aunque no se ha establecido una definición normativa, Bruselas II ter busca reducir los conflictos interpretativos mediante directrices más claras y la cooperación reforzada entre tribunales y autoridades nacionales.¹⁵⁸
- El refuerzo del derecho del menor a ser escuchado: Bruselas II ter implementa mecanismos para garantizar la participación del menor en los procedimientos relacionados con su custodia o retorno.
- Concentración en un solo tribunal de todas las cuestiones relacionadas con la custodia y el retorno del menor. Bruselas II bis permitía la bifurcación de procesos judiciales entre distintos Estados miembros, generando demoras y conflictos en la ejecución de sentencias.
- Mejora de la cooperación entre Estados debido a la falta de coordinación efectiva entre autoridades centrales, Bruselas II ter implementa una estructura de cooperación facilitando la comunicación e intercambio de información entre Estados miembros.

La jurisprudencia española ha reflejado estos desafíos interpretativos a través de sentencias clave como:

¹⁵⁶ Artículo 11 del Reglamento (CE) N.º 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.

¹⁵⁷ HANS VAN LOON, “The Brussels IIa Regulation: Towards a review?” pp 184-204.

¹⁵⁸ Policy Department for Citizen’s Right and Constitutional Affairs, Cross Border parental child abduction in the European Union (IPOL_BRI(2016)571366_EN), European Parliament, 2016. Disponible en:

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571366/IPOL_BRI\(2016\)571366_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571366/IPOL_BRI(2016)571366_EN.pdf)

La Sentencia del Tribunal Supremo 168/2019, de 20 de marzo¹⁵⁹, que abordó un caso de sustracción internacional donde la madre alegaba violencia de género. El Tribunal valoró el riesgo de restituir al menor a un entorno potencialmente perjudicial, aplicando la excepción del artículo 13.b) del Convenio de La Haya de 1980. Esta sentencia resalta la necesidad de cooperación efectiva entre tribunales para evaluar integralmente la situación familiar.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre¹⁶⁰ resolvió un recurso de amparo en un caso donde el menor fue trasladado a España en un contexto de violencia psicológica. El Tribunal estableció criterios fundamentales para valorar tanto la situación legal de la custodia como el entorno familiar y psicológico del menor.

El Reglamento 2019/1111 ha introducido cambios significativos que facilitan a los tribunales españoles una aplicación más uniforme y efectiva de las normas sobre sustracción de menores. Aunque los conceptos de derecho de custodia y derecho de visita permanecen inalterados, Bruselas II ter refuerza su aplicación práctica mediante mejoras como las mencionadas anteriormente. A continuación, se analizarán estos derechos y su aplicación en casos de sustracción internacional de menores.

A) Derecho de custodia y derecho de visita

El Convenio de La Haya de 1980 establece una clara distinción entre el derecho de custodia y el derecho de visita. El artículo 5 define el derecho de custodia como aquel que comprende "*el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia*".

El Reglamento 2019/1111 refuerza este marco normativo, estableciendo en su artículo 2.9 definiendo el derecho de custodia como "*los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia*". Por su parte, el derecho de visita se define en el artículo 2.10 como "*el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado*".

Un caso ejemplificativo es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) 257/2018, de 23 de marzo.

Madre uruguaya traslada a su hija desde Italia a España sin consentimiento paterno, alegando violencia de género probada mediante denuncias e informes médicos.

Progenitora con custodia exclusiva y progenitor con régimen de visitas establecido por tribunal español. La madre traslada a los menores a Reino Unido. El padre alega sustracción internacional basándose en que su derecho de visitas incluía la necesidad de consentimiento para cambios de residencia.¹⁶¹

¹⁵⁹ Tribunal Supremo, Sentencia 168/2019, de 20 de marzo de 2019, Caso de sustracción internacional de menores. ECLI:ES:TS:2019:1023

¹⁶⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012, Recurso de amparo 2937-2015. ECLI:ES:TC:2012:185

¹⁶¹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), Sentencia 257/2018, de 23 de marzo de 2018, *Caso de sustracción internacional de menores*. ECLI:ES:APM:2018:257

El tribunal realizó un minucioso análisis de los elementos constitutivos del traslado ilícito según el artículo 3 del Convenio de La Haya. El primer paso fue verificar que Italia era efectivamente la residencia habitual de la menor antes del traslado, examinando su integración y arraigo en dicho país. Seguidamente, analizó el alcance del derecho de custodia exclusiva otorgado a la madre y los derechos de visita concedidos al padre, determinando que estos últimos no incluían expresamente el poder de decisión sobre la residencia de la menor. Finalmente, aunque constata la ausencia de consentimiento paterno para el traslado, evaluó si dicha ausencia resultaba jurídicamente relevante dado el régimen de custodia existente.

El tribunal determinó que no existía sustracción ilícita porque el derecho de visita del padre no incluía expresamente el derecho a decidir sobre la residencia, por tanto, la custodia exclusiva de la madre incluía la capacidad de decisión sobre el lugar de residencia. La existencia de violencia de género refuerza la necesidad de interpretar restrictivamente las limitaciones al derecho de custodia.

B) El derecho de custodia y los convenios o acuerdos pactados.

El derecho de custodia, en el contexto de la sustracción internacional de menores, comprende un conjunto de facultades legales que otorgan el poder de decisión sobre aspectos fundamentales de la vida del menor, incluyendo la determinación de su lugar de residencia. Este derecho se encuentra regulado en España tanto en el Código Civil como en el Convenio de La Haya de 1980, que considera ilícito cualquier traslado o retención del menor realizado sin el consentimiento del progenitor titular del derecho de custodia, especialmente cuando contraviene acuerdos judiciales o pactos previos entre las partes.¹⁶²

Por su parte, el derecho de visita, definido en el artículo 5 b) del Convenio de La Haya de 1980, comprende "*el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual*".¹⁶³ Este derecho resulta fundamental, pues garantiza el mantenimiento de relaciones personales regulares y contacto directo con ambos progenitores, constituyendo un derecho tanto del progenitor no custodio como del propio menor.¹⁶⁴

Respecto a la regulación de estos derechos, los acuerdos entre progenitores que establecen regímenes de custodia compartida o exclusiva requieren homologación judicial para su validez. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que estos convenios, aun estando homologados, pueden ser modificados cuando se produzcan cambios sustanciales que afecten al interés superior del menor.¹⁶⁵

¹⁶² Artículos 154 y siguientes del Código Civil español y artículos 3 y 5 del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

¹⁶³ Artículo 5 b) del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980. Recuperado de: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>

¹⁶⁴ Convenio de La Haya de 1980, artículo 5.b) Recuperado de: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>

¹⁶⁵ Vid. STS 685/2018, de 12 de diciembre, ECLI: ES:TS:2018:4459 y STS 641/2018, de 20 de noviembre, ECLI: ES:TS:2018:4059.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) 104/2020, de 11 de febrero.

Una madre traslada a sus dos hijos menores desde México a España, incumpliendo un convenio regulador homologado judicialmente que establecía custodia compartida. La madre alega que, a pesar del acuerdo, sufría violencia de género que la obligó a huir, presentando denuncias y órdenes de protección en México que no fueron atendidas efectivamente.

El tribunal realiza un análisis profundo que trasciende la mera aplicación neutral del artículo 3 del Convenio de La Haya, que establece que el traslado de un menor se considera ilícito cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido conjunta o exclusivamente a una persona, institución o cualquier otro organismo; cuando este derecho se ejercía de forma efectiva en el momento del traslado o de la retención; y cuando el derecho de custodia ha sido atribuido por el Estado en que el menor tenía su residencia habitual.¹⁶⁶

En este caso, se confirma la ilicitud inicial del traslado al verificarse que existía un convenio regulador homologado que establecía la custodia compartida, siendo este derecho ejercido efectivamente por ambos progenitores y manteniendo que el traslado se realizó sin el consentimiento del padre.

Sin embargo, en su fundamentación, reconoce explícitamente la diferencia entre violencia doméstica y violencia de género, entendiendo esta última como una manifestación de desigualdad estructural que afecta específicamente a las mujeres. Este reconocimiento resulta crucial para comprender el contexto en el que se firmó el convenio de custodia compartida, considerando las dinámicas de poder y control que pudieran viciar el consentimiento de la madre.

En la interpretación del artículo 13 b) del Convenio, la Audiencia Provincial de Barcelona no se limitó a pruebas de violencia física, sino que consideró los patrones de control y violencia psicológica como elementos constitutivos de grave riesgo. La sentencia abordó también la situación de especial vulnerabilidad de la madre como mujer migrante, reconociendo las barreras para acceder a la justicia en su país de origen. Todo ello llevó al tribunal a considerar que estas circunstancias, junto con la falta de respuesta efectiva a sus denuncias previas, justifican que la interpretación del Convenio que priorice la protección de las víctimas de violencia de género sobre la aplicación mecánica de los acuerdos de custodia.

El tribunal estableció en su resolución un principio fundamental. La protección frente a la violencia de género trasciende la mera seguridad individual de la madre para convertirse en un elemento central en la determinación del interés superior del menor. De esta forma demuestra cómo la violencia contra las mujeres impacta en todo el entorno familiar, modificando los acuerdos de custodia previos en un contexto de violencia.

¹⁶⁶ Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, artículo 3. Disponible en: <https://hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>

C) El derecho de custodia y el derecho a decidir el lugar de residencia del menor.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 25 de octubre de 2017, en el caso “OL contra PQ.” (C-111/17)¹⁶⁷, aborda la intersección entre el derecho de custodia, el derecho a decidir sobre la residencia del menor y la violencia de género en el contexto de la sustracción internacional de menores.

Los hechos del caso se centran en una madre, de nacionalidad española, que, teniendo la custodia compartida con el padre, de nacionalidad italiana, decide trasladar a su hija menor desde España a Italia. La madre fundamentó su decisión en el hecho de haber sufrido violencia de género continua, alegando que su traslado era necesario a fin de escapar de la situación de riesgo en la que se encontraban ambas. El padre solicitó la restitución de la menor alegando que el traslado era ilícito conforme al Convenio de la Haya debido a la falta de su consentimiento para validar el cambio de residencia.

El tribunal de Justicia examinó la excepción del art. 13 del convenio de la Haya sobre la sustracción internacional de menores, destacando que el derecho a decidir sobre la residencia del menor puede estar influenciado por factores, como era el caso, de violencia de género. El tribunal consideró que, en situaciones de violencia, el interés superior del menor justificaba la no restitución si se demostraba que el retorno de la menor comprendía una puesta en riesgo de su bienestar. Así, se profundizó en cómo las situaciones de violencia de género pueden afectar a la capacidad de los progenitores para tomar decisiones legítimas sobre la residencia de los menores sin llegar a constituir una violación del derecho de custodia del otro progenitor.

El análisis judicial se centró en la importancia de la protección del bienestar de la menor y en cómo el contexto de violencia de género influía el ejercicio del derecho de custodia y el derecho a decidir la residencia del menor. El TJUE enfatizó que, aunque los derechos de custodia deben ser respetados, el interés superior del menor prevalece, especialmente cuando son la seguridad y bienestar los factores que están en riesgo.

En su resolución final, el tribunal determinó que el traslado no debía considerarse una violación del derecho de custodia del padre, sino un ejercicio legítimo del derecho de la madre de protección ante violencia de género. Esta interpretación se alinea con la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en la STC 16/2016, de 1 de febrero, que se analizará en detalle en el apartado dedicado a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que destaca la importancia de considerar las situaciones de violencia de género en la evaluación de casos de traslado de menores.¹⁶⁸

D) La sustracción internacional de menores en España

La sustracción internacional de menores está tipificada en el artículo 225 bis del Código Penal español, modificado por la LO 9/2002 para adaptarse a los compromisos internacionales. Este delito se configura cuando un progenitor traslada a un menor de su

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 25 de octubre de 2017, Caso C-111/17. ECLI: ES:EU:2017:30

¹⁶⁸ STC 16/2016, de 1 de febrero. Recurso de amparo 2937-2015. Recuperado de: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-2333.

lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

En este contexto, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 489/2023, de 24 de mayo, que examina la intersección entre la tipificación penal de la sustracción de menores y el contexto de violencia de género.

El caso se centra en una madre que trasladó a sus dos hijos menores de España a Francia sin informar al padre, quien ostentaba la custodia compartida. La madre justificó su actuación alegando violencia de género continuada, respaldada por denuncias previas y una orden de protección en vigor.¹⁶⁹ A pesar de ello, el Ministerio Fiscal la acusó inicialmente del delito de sustracción de menores, tipificado en el artículo 225 bis del Código Penal, argumentando que el traslado vulneraba el derecho de custodia compartida atribuido al padre.

El Tribunal Supremo examinó si concurrían los elementos del artículo 3 del Convenio de La Haya: el traslado sin consentimiento y la infracción del derecho de custodia efectivamente ejercido. De esta forma constató que el traslado podría constituir inicialmente un supuesto de sustracción internacional conforme al artículo 225 bis CP. Sin embargo, lo relevante de la sentencia es su interpretación del tipo penal en el contexto de la violencia de género.

La sentencia establece un principio fundamental: la tipificación penal de la sustracción de menores no puede interpretarse de forma aislada, sino que debe considerarse en el contexto de la legislación sobre violencia de género y los compromisos internacionales. Siguiendo esta línea, el tribunal determinó que, ante una situación acreditada de violencia de género, es necesario analizar el elemento subjetivo del tipo penal (el dolo) teniendo en cuenta las circunstancias de violencia que pueden haber motivado el traslado.

El reconocimiento por parte del tribunal de la posible existencia de un estado de necesidad justificante, regulado en el artículo 20.5 del Código Penal, hizo que se reestructura el caso, estableciendo que cuando una madre traslada a sus hijos para protegerlos de una situación de violencia de género, esta conducta podría quedar amparada por dicha causa de justificación, siempre que se acredite tanto la situación de violencia como el riesgo para los menores.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La jurisprudencia del TJUE acerca de la sustracción internacional de menores en relación con la violencia de género ha abordado diversas cuestiones relacionadas con el retorno de menores sustraídos y el impacto de la violencia de género en estos casos.

Recientemente, el TJUE ha reconocido de manera más explícita la violencia de género como un factor relevante en los casos de sustracción de menores, especialmente en el contexto del regreso a un entorno donde uno de los progenitores ha sido víctima de

¹⁶⁹ Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

violencia, profundizando en el impacto psicológico y emocional que además de este, también puede sufrir el menor.

Como jurisprudencia podemos destacar el asunto C-491/10 PPU “Aguirre Zárrega”¹⁷⁰ de diciembre de 2010, el cual realiza una interpretación del artículo 42 del Reglamento 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.

En primer lugar, para poner en contexto sobre el asunto, expondremos los hechos del caso brevemente:

El Sr. Aguirre Zárrega y la Sra. Pelz se casaron en 1998 en España, y su hija Andrea nació en 2000. Los padres se separaron en 2007, y ambos solicitaron la custodia de Andrea.

En mayo de 2008, un juzgado en Bilbao otorgó provisionalmente la custodia al padre, y Andrea se trasladó a vivir con él. Sin embargo, en agosto de 2008, tras una visita a su madre en Alemania, la madre retuvo a Andrea en su domicilio en ese país, desobedeciendo la orden judicial española que prohibía su salida de España.

El padre solicitó la restitución de Andrea a España bajo el Convenio de La Haya de 1980. Sin embargo, en julio de 2009, una corte alemana rechazó la restitución, ya que Andrea expresó una fuerte oposición a regresar a España, siendo su opinión considerada relevante debido a su madurez.

A pesar de la retención de Andrea en Alemania, el juzgado en Bilbao continuó el proceso de custodia, solicitando una audiencia presencial y un examen de Andrea en España, a los cuales ni la madre ni Andrea asistieron. La solicitud de la madre para una videoconferencia fue denegada.

En diciembre de 2009, el juzgado en Bilbao otorgó la custodia exclusiva al padre. La madre apeló, pidiendo que Andrea fuera oída, pero la Audiencia Provincial de Vizcaya rechazó esta petición.

El Amtsgericht Celle rechazó ejecutar la sentencia española de custodia, argumentando que el tribunal español no había escuchado a Andrea antes de emitir su fallo, lo cual vulneraba el derecho de la menor a ser oída, y el tribunal alemán de apelación (Oberlandesgericht Celle) planteó dudas al TJUE sobre si el Reglamento Bruselas II bis permitía rechazar la ejecución de la sentencia española por no haber escuchado a Andrea, lo cual podría violar la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

El fallo declara que en situaciones como las del caso en cuestión, el tribunal competente en el Estado miembro encargado de ejecutar una resolución certificada que ordena el retorno de un menor retenido ilegalmente no puede rechazar la ejecución de dicha resolución argumentando que el tribunal del Estado miembro que emitió la orden ha infringido el artículo 42 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo (del 27 de noviembre de 2003), en relación con el derecho a ser oído del menor según el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y que la apreciación de la existencia

¹⁷⁰ Sentencia Supranacional N° C-491/10, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 07 de diciembre de 2010.

de esa vulneración compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen.

A modo de conclusión, la jurisprudencia del TJUE en la materia refleja una interpretación protectora del interés del menor en casos de sustracción, con una especial atención a las circunstancias de violencia de género. Esto permite equilibrar la cooperación judicial europea y la protección de derechos humanos, especialmente en situaciones sensibles que involucran violencia y menores.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo en España ha abordado casos de sustracción de menores en el contexto de violencia de género, especialmente cuando el secuestro es realizado por la madre en un intento de protegerse a sí misma y a sus hijos del presunto maltrato. En varias sentencias, el Supremo ha mantenido las condenas por sustracción, pero ha introducido matices que sugieren la necesidad de aplicar una perspectiva de género en estos casos.

El Pleno de la Sala 2ª del TS dictó en fecha de 23 abril de 2021 dos importantes sentencias sobre el delito de sustracción de menores 225 bis CP a partir del Convenio de La Haya de 1980.

La primera se refiere al mediático caso de Juana Rivas¹⁷¹.

En este caso, Juana trasladó a sus hijos a España sin el consentimiento de su pareja para escapar de presuntos abusos, el Supremo confirmó su condena por sustracción pero rebajó la pena considerando que, aunque implicaba a dos menores, era un único acto delictivo.

Juana Rivas fue condenada por llevarse a sus dos hijos desde Italia a España en 2016 sin el consentimiento de su pareja, quien contaba con la custodia provisional. Esta alegó que actuaba para proteger a sus hijos de presuntos abusos por parte de su pareja, pero el Tribunal Supremo confirmó su condena por sustracción de menores, aunque aplicó ciertas modificaciones a la pena inicial.

Como aspectos más relevantes de este caso, cabe destacar algunos puntos clave de la sentencia 339/2021 del Tribunal Supremo¹⁷²:

El Tribunal Supremo mantuvo la condena por sustracción de menores bajo el artículo 225 bis del Código Penal, que penaliza la retención o traslado de un menor sin consentimiento del progenitor que tiene la custodia. La Sala de lo Penal consideró que, aunque Juana Rivas actuó bajo el argumento de proteger a sus hijos, incumplió la legalidad al llevarse a los menores sin autorización y retenerlos en España.

Inicialmente, la condena impuesta por la Audiencia Provincial de Granada era de cinco años de prisión (dos años y medio por cada menor). Sin embargo, el Supremo la redujo a dos años y medio, argumentando que se trataba de un solo delito, tipificado en el artículo 225 del Código Penal.

¹⁷¹ Caso Juana Rivas: sustracción de menores — Diario La Ley, Nº 9903, Sección Comentarios de jurisprudencia, 1 de septiembre de 2021.

¹⁷² Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 339/2021 de 23 Abr. 2021, Rec. 1665/2019

Además de la pena de prisión, el Supremo confirmó la suspensión de la patria potestad de Rivas sobre sus hijos durante seis años, pero estableció que esta medida debería ser revisada si la situación cambiaba o si era en beneficio de los menores.

Aunque la sentencia confirmó la condena, el caso impulsó el debate sobre la aplicación de una perspectiva de género en delitos de sustracción de menores cuando están motivados por una situación de violencia de género.¹⁷³ La Fiscalía General del Estado y diversas asociaciones propusieron que se consideren circunstancias atenuantes para madres que, en una situación de riesgo, retiran a sus hijos del entorno del presunto maltratador, en línea con las exenciones que permite el Convenio de La Haya para casos en los que el retorno de los menores pueda suponer un peligro.

A la vez, el Convenio de La Haya sobre sustracción internacional permite excepciones cuando la restitución del menor podría exponerlo a un "grave peligro físico o psíquico", lo cual se considera en algunos casos en que la violencia de género está demostrada.

El de María Salmerón es otro ejemplo de caso mediático que ha generado debate sobre la aplicación de las leyes de violencia de género y el cumplimiento de las sentencias en casos de sustracción de menores. María Salmerón fue condenada por desobediencia reiterada al negarse a cumplir una orden judicial que le exigía entregar a su hija a su expareja, quien había sido condenado previamente por maltrato. Su negativa a cumplir con el régimen de visitas impuesto por el tribunal resultó en varias condenas, lo que llevó a Salmerón a solicitar clemencia y ser indultada¹⁷⁴ parcialmente en varias ocasiones.

En primer lugar, es importante conocer los antecedentes del caso:

María argumentó que su expareja, condenado por violencia de género, era un peligro para su hija. En 2008, el hombre fue sentenciado a 21 meses de cárcel por maltrato hacia ella, pero quedó en libertad condicional. María, temiendo por la seguridad de su hija, decidió incumplir el régimen de visitas impuesto por el tribunal.

A lo largo de los años, Salmerón fue condenada en varias ocasiones por el delito de desobediencia debido a su incumplimiento de las órdenes de visitas. En 2016, fue condenada a una pena de prisión de 6 meses por estas desobediencias, lo cual generó un fuerte movimiento de apoyo a su favor. La defensa de Salmerón argumentó que se encontraba en una posición vulnerable y actuaba para proteger a su hija.

Debido a la situación, Salmerón solicitó y obtuvo varios indultos parciales¹⁷⁵. Sin embargo, el Tribunal Supremo revocó uno de estos indultos¹⁷⁶, lo cual abrió la posibilidad de que María Salmerón volviera a enfrentarse a la pena de prisión. La negativa del Supremo a mantener el indulto parcial aumentó el debate público, y figuras políticas y movimientos feministas se pronunciaron en su apoyo, argumentando que el sistema judicial no consideraba adecuadamente el contexto de violencia en el caso.

¹⁷³ ¿Debe la Justicia castigar a las madres que raptan a sus hijos por miedo al maltratador? – El Periódico de España.

¹⁷⁴ Real Decreto 1062/2012, de 6 de julio, por el que se indulta a doña María Salmerón Parrilla.

¹⁷⁵ Real Decreto 305/2016, de 22 de julio, por el que se indulta a doña María Salmerón Parrilla.

¹⁷⁶ El Tribunal Supremo anula un indulto del Gobierno a María Salmerón por incumplir el régimen visitas - 20 minutos

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Respecto al Tribunal Constitucional no ha tratado gran cantidad de jurisprudencia en relación con la sustracción internacional de menores.

Acerca de la investigación de este tribunal hay una sentencia que suscita gran interés; en concreto la sentencia 16/2016 del 1 de febrero recurso nº 2937/2015, ya que es una de las sentencias más significativas y novedosas del TC en esta materia, donde admitió el recurso de amparo y se centró en el derecho de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, además anuló el acto de la Audiencia Provincial de Madrid por el cual se ordenaba la restitución inmediata del menor a su residencia habitual junto a su padre en Suiza.¹⁷⁷

A continuación, comenzaremos analizando la sentencia, con todas sus partes, tanto los antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho y haciendo inciso de las situaciones familiares que comprometen el interés superior del menor de modo de que en todo momento veremos que las medidas que deben tomarse deben ser adecuadas y ventajosas que no perjudiquen en tanto al menor.

En cuanto a los antecedentes de hecho, comienzan cuando la madre lleva consigo a la menor la cual es su hija a España en fecha de agosto de 2013 separando a la niña del seno paterno cuyo domicilio se encontraba en Suiza. La madre decidió no volver a Suiza, quedando ella y la niña en España.

El 7 de noviembre del año 2013 el padre solicitó la restitución de la menor a Suiza promoviendo un expediente de sustracción internacional de menores.

De las denuncias presentadas por la madre el Juzgado valoró que esta había sido víctima de violencia de género, por tanto, no veían razonable desvincular a la menor de su actual estancia hasta entonces junto a su madre en España, ya que había razones muy justificadas y fundadas que llevaron a la mujer a tomar esta decisión.

Dado el auto del 14 de abril de 2014 el padre pedía la nulidad de este, además interpuso recurso de apelación contra el auto, con el fin de que la menor regresara al domicilio paterno en Suiza, ya que no se produjo la restitución de la menor después de transcurridos tres meses.

El auto de la Audiencia rechazó de manera motivada la solicitud de nulidad. La resolución se centró en varios puntos para fundar la decisión:

En primer lugar, el auto del Juzgado lleva a cabo un examen de la solicitud de restitución de la menor en relación con el Convenio de la Haya 1980 poniéndolo además en relación con los artículos 1,3,4 y 5 de dicho Convenio, todo ello para explicar los motivos que se deben llevar a cabo para la restitución de un menor.

Por un lado, se pone en relación el artículo 12 con el artículo 3 del Convenio de la Haya que expone que cuando un menor ha sido trasladado de manera ilícita deberá ser restituido de manera inmediata si ha transcurrido un año después de producirse este hecho. Por tanto, se consideró por este auto motivado que la residencia habitual de la menor en este caso era Suiza y por tanto se establece según el artículo 3 del Convenio de

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª) de 7 de marzo de 2016, nº2937/2015.

la Haya de 1980 que se trata de un traslado ilícito. En contraposición el juzgado de primera instancia determinó que no debía llevarse a cabo la restitución de la menor al domicilio paterno de Suiza, todo ello fundamentado a partir del artículo 13 cuyo contenido establece que caben excepciones a la restitución considerando que en este caso el Estado requerido no está obligado a la restitución de la menor cuando supone para ésta un grave peligro ya sea del tipo físico o psíquico, por lo que en relación con las denuncias puestas por la madre por malos tratos el juzgado decide decantarse por esta excepción y finalmente acogerla.

En segundo lugar, tras todo lo expuesto el auto tras revisar y examinar toda la documentación de la que disponía consideró, que no había fundamentos suficientes que presenten un peligro grave para la menor por tanto terminó excluyendo esta excepción de la que trata el artículo 13 del Convenio en su apartado b).

La audiencia finalmente terminó ordenando la restitución de la menor a su domicilio habitual en Suiza junto al seno paterno, dejando sin efectos el auto del juzgado de Violencia sobre la mujer número 11, considerando que lo mejor para la menor era volver a su residencia habitual.

Las denuncias presentadas por la madre fueron varias; en una de ellas se llevó a cabo una agresión bajo amenazas por parte del padre hacia la denunciante ya que este no quería entregar el pasaporte de la menor, todo esto emitido por un parte médico en el aeropuerto Madrid-Barajas, además se llevó un examen en uno de los hospitales madrileños en concreto en Gregorio Marañón en el que se retrata que no existían indicios forenses sino que solo lo relatado por la mujer cuyo relato presentaba un situación de alerta y peligro. Otra de las denuncias fue otra agresión física cuyo relato el agresor confirma. Pero todo esto no resultó ser suficiente para considerarlo una excepción a la restitución de la menor a su residencia habitual.

La madre de la menor ante todo lo ocurrido expuesto con anterioridad decidió interponer el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones alegando que se trataba de una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, recogida en el artículo 24.1 de la CE, pero terminó siendo inadmitido por la Audiencia Provincial en fecha del 21 de mayo del 2015.

Tras todo lo ocurrido, la madre de la menor interpuso recurso de amparo ante el TC por considerar que se estaba vulnerando como ya hemos dicho el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva sin indefensión, además denunciando ante este que no se tuvieron en cuenta debidamente las denuncias formuladas sobre la violencia doméstica sufrida.

El TC finalmente admitió el recurso de amparo, ya que presentaba una trascendencia constitucional relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, el tribunal consideró que el auto de la Audiencia de Madrid no aplica el principio de ponderación de forma adecuada y considera que el tiempo transcurrido casi veinte meses con además denuncias por violencia de género habrían sido suficientes para su adaptación en el nuevo entorno junto al seno materno (artículo 12 CH 1980) poniendo en relación en todo momento el interés superior de la menor, por tanto el TC consideró que el auto carecía de motivación suficiente y que constituye como ya hemos dicho una vulneración en toda la regla del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

6. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha desarrollado una importante jurisprudencia sobre la sustracción internacional de menores. Esta jurisprudencia, ha sido fundamental en la aplicación y en la interpretación de convenios internacionales sobre sustracción de menores, siempre teniendo en cuenta el respeto a los derechos humanos y el interés superior del niño.

El TEDH cuya sede se encuentra en Estrasburgo, es un tribunal internacional que interpreta y aplica el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Algunas sentencias relevantes del TEDH en materia de sustracción internacional de menores son las siguientes:

Caso Sneersone y Kampanella contra Italia.

En primer lugar, comenzaremos exponiendo los antecedentes de hecho del caso, seguidamente los fundamentos de derecho en los que se basa la sentencia y por último el fallo del TEDH.¹⁷⁸

Marko es un niño menor de edad, fruto de una pareja que había llevado a cabo una ruptura. Su madre de origen Italiano se lleva consigo al niño tras la separación del matrimonio. El tribunal italiano otorgó a la madre la custodia del menor otorgándole al padre por su parte los derechos de visita. Debemos destacar que ambos vivían en la ciudad italiana y el padre no prestaba mucha atención al menor, no se hacía cargo de los gastos de alimentación tal y como se había estipulado en el convenio regulador.

Más tarde, la madre se trasladó junto al menor a Letonia, ya que padece de dificultades económicas en Italia para poder mantener a su hijo al no recibir la pensión alimentaria por parte del padre. Ante esto el padre decide demandar en Italia a la madre exigiendo la custodia y restitución del menor al domicilio habitual. Aunque aparentemente la madre actuó de forma ilícita al trasladar a su hijo sin el consentimiento de su padre, tanto los tribunales italianos como las autoridades judiciales letonas tras analizar todas las causas y el estado actual del menor determinaron que Marko ya estaba establecido y arraigado a Letonia. Los datos médicos resaltaron que su restitución a la que era su residencia habitual en Italia podría causarle al menor un gran daño psicológico, por lo que los tribunales se acogieron a la excepción del artículo 13 apartado b) del Convenio de la Haya de 1980 terminando por no ordenar la restitución del menor a Italia.

Sin embargo, a pesar de todo ello, los tribunales italianos a instancia del padre exigieron la restitución del menor, tras la sustracción ilegal de la madre por parte de la madre. Estos tribunales ordenaron la inmediata restitución del menor junto al seno paterno, pero la madre recurrió alegando que no se había tenido en cuenta la palabra del menor y no había sido escuchado adecuadamente; es por ello, que demandaron al gobierno Italiano ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Caso Sneersone y Kampanella contra Italia. 12 de julio de 2011. Application no. 14737/09. (disponible en HUDOC Case-Law Search <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-436>). Última consulta: 01/03/2017.

El comité del TEDH, examinó el caso y destacó que los tribunales de Letonia hayan llevado a cabo el correcto examen y la correcta aplicación del artículo 13 del Convenio de la Haya, debido a que estos tribunales habrían tenido en cuenta en todo caso el interés superior del menor, mientras que los italianos no habían considerado adecuadamente las posibles consecuencias psicológicas de su restitución.

El tribunal italiano volvió a examinar las razones por las cuales el menor debía o no quedarse en Letonia y finalmente estos determinaron que no había razones de peso para determinar que la vida de Marko junto a su padre le causaría daños físicos o psicológicos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce la competencia de las autoridades nacionales ya que tienen la responsabilidad de evaluar y determinar los intereses del menor; pero se reserva el derecho de revisar sus decisiones. En este caso particular, se presentó evidencia psicológica que indicaba que el menor sufría estrés y ansiedad debido a la posibilidad de ser restituido a Italia ya que su bienestar en ese momento se encontraba en Letonia según recalcaron los informes médicos. El TEDH, al analizar esta situación, concluyó que incluso sin haberse efectuado la restitución, la mera posibilidad ya representaba un obstáculo significativo para el bienestar del niño.

Finalmente, el TEDH dictaminó que se habían violado los derechos a la vida familiar de la madre y el hijo, y condenó al Estado italiano a pagar una indemnización a ambos.

En última instancia, el respeto por la vida familiar y el bienestar del niño debe ser lo principal a tener en cuenta por cualquier tribunal que se enfrente a casos de sustracción internacional de menores. El caso de Marko es un claro ejemplo de cómo, en ocasiones, la aplicación estricta de las normas legales puede chocar con la necesidad de proteger al menor, y destaca la importancia de que el derecho se aplique de manera que también considere las realidades y necesidades de las personas sobre todo en estos casos que abordan este tipo de problemática.

Pasaremos a analizar un caso que pone en relación la segunda excepción del artículo 13 del Convenio de la Haya, para ello vamos a analizar un caso que ha abordado esta cuestión; es el caso Raw contra Francia.

Caso Raw contra Francia.¹⁷⁹

Este caso, comienza con el divorcio de una pareja en el año 2001, la mujer de origen británico y el hombre de origen francés, fruto de esta relación tuvieron dos hijos; tras la separación de los padres, los menores pasaron a estar bajo la custodia de su madre en Inglaterra, teniendo del régimen de visitas el padre.

Se acordó una visita en la que los niños pasarían unos días junto al padre en Francia. Transcurridos los días para la visita, el padre decide no devolverlos; como consecuencia, el tribunal francés le otorgó una custodia provisional de los menores.

Ante la preocupación de la madre, los tribunales británicos determinaron que se había llevado a cabo una sustracción ilegal de los menores, por lo que la madre optó por

¹⁷⁹ INCADAT. “Búsqueda de decisiones: Raw et Autres c. France. Referencia HC/E/1271”. (disponible en <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1271&lng=3&sl=2>).

iniciar un proceso judicial basándose en el Convenio de La Haya contra los tribunales franceses.

Tras el estudio del caso los tribunales franceses fallaron a favor de la madre, ordenando que se llevase a cabo la restitución, el padre no resultando conforme con la decisión del tribunal decidió formular apelación ante el tribunal superior de justicia de Francia. El Tribunal superior de Justicia de Francia no admitió la apelación, por lo que se tendría que llevar a cabo la restitución de los menores; para ello se organizó un encuentro en un pueblo de Francia para que la madre pudiese llevarse consigo de vuelta a los menores a Inglaterra.

La respuesta de los menores a este encuentro fue muy desafortunada, uno de los menores en concreto el mayor de los hijos agredió a su madre físicamente, mientras que el hijo menor se negó a verla generando a este gran ansiedad y angustia la situación.

Por todo lo ocurrido, el tribunal francés llegó a la conclusión de que la restitución no era ni lo mejor ni algo viable para los menores ya que podía conllevar a graves problemas físicos y psicológicos para estos.

En definitiva, este caso plantea una cuestión clave en lo referido a los casos que describimos de sustracción y restitución de los menores. Es importante el derecho del niño a ser oído como se establece en la Convención sobre los Derechos del Niño y en normativas internacionales como el Reglamento Bruselas II Bis. Este caso da visibilidad a las tensiones entre la aplicación de las normas legales y la protección del bienestar emocional y psicológico de los menores.

Tal y como establece el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, pone de relieve la importancia de escuchar al menor sobre todo en las situaciones que afectan al interés de este. Se ha señalado en varios casos notándose que debe estar presente la escucha del menor en todos los procedimientos judiciales en los que estén involucrados menores, sobre todo en estos casos que estamos analizando que es la restitución del menor. Pero esto presenta ciertas limitaciones ya que para reconocer la capacidad de los menores para tomar este tipo de decisiones se deberán tener en cuenta tanto la madurez como la edad, cosa que los tribunales tendrán en cuenta.

El Reglamento Bruselas II Bis establece también estos términos y limitaciones a la escucha del menor.

Los tribunales franceses demuestran de manera evidente su prioridad por el bienestar del menor en situaciones como esta. En resumen, se trata de un claro ejemplo de la relevancia de garantizar el derecho del niño a ser escuchado, especialmente en procesos de restitución internacional de menores

Por último vamos a hacer referencia a uno de los casos más mediáticos hasta día de hoy del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en concreto es el caso X contra Letonia.

Caso X contra Letonia.¹⁸⁰

La sentencia de este caso se dictó por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en noviembre del año 2013. En este caso, fue de aplicación el Convenio de La Haya de 1980 en consonancia con los principios del Convenio Europeo de Derechos Humanos al igual que las otras sentencias que hemos analizado en casos anteriores.

En cuanto a los antecedentes de hecho comienzan con una señora X de origen Letona residente en Australia. Tiene origen con una relación no matrimonial, cuyo fruto de esta relación nace una niña, pero la paternidad es una incógnita ya que el supuesto padre no se hace cargo de esta paternidad y tampoco hay prueba fehaciente de ello.

La relación entre la pareja de la Señora X se va desgastando por circunstancias personales y decide marcharse junto a la menor a Letonia.

Posteriormente la pareja de la señora X decide demandar alegando ser el padre de la niña hija de ésta ante los Juzgados de Australia.

Los juzgados australianos ante este caso deciden inhibirse debido a que consideran que los juzgados letones son los que tienen que determinar si se trata de una vulneración del Convenio de la Haya y por ello tiene que determinar si la sustracción se ha realizado de forma lícita o ilícita.

Por todo ello, el procedimiento comienza entonces ante los juzgados de Letonia. La señora X comparece alegando y defendiendo que su expareja la cual ha impugnado la maternidad junto a una sustracción no es el padre de la menor ya que sostenía haber mantenido relaciones con el que era su marido con el que estaba llevando a cabo un divorcio por lo que afirmaba que la niña era de este.

Los tribunales letones finalmente determinan que se lleve a cabo la restitución a Australia de la menor, aunque el representante de esta considera que no es oportuno ya que la niña ya tenía arraigo en Letonia.

La señora X recurre la sentencia dada por este tribunal apelando que esta restitución causaría un riesgo para la menor lo que se ampara en el artículo 13 apartado b) del Convenio de la Haya de 1980 pero no se encontró ningún motivo para aceptar este recurso.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos es el mejor instrumento de aplicación del Convenio de la Haya de 1980.

En este caso, el TEDH determinó que si se llevaba a cabo la restitución del menor podría vulnerar el artículo 8 del CEDH por no tenerse en cuenta el interés superior del menor.

Finalmente, teniendo en cuenta todos los datos que detalla la sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, determinó que los tribunales letones llevaron a cabo una vulneración del artículo 8 del CEDH y que deberán hacerse cargo del pago de una indemnización, ya que había varios indicios de que la menor estaba sufriendo y había

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso X contra Letonia. 13 de diciembre de 2012. Demanda n.º 27853/09. (disponible en HUDOC Case-Law Search <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107888>). Última consulta: 01/03/2017.

sufrido daños psicológicos debido a la restitución ya que suponía una carga para la niña, pero hay que tener en cuenta estos intereses de la menor y lo que conlleva para los menores este tipo de restituciones aun cuando como en este caso, se haya incumplido o se puedan incumplir los derechos de custodia del demandante que en este caso era el padre.

Analizada esta jurisprudencia de todas las sentencias mencionadas, llegamos a la conclusión de que en los casos de sustracción internacional de menores, lo que prima es el interés superior del menor, por ello se han analizado las limitaciones y el alcance del artículo 13 del Convenio de la Haya . Hay que estar siempre atentos a los riesgos que suponen las restituciones a los niños, si crean graves riesgos para su salud mental o física y más hoy en día que se está dando cada vez más visibilidad a estos temas sobre todo por el TEDH.

IV. PROPUESTAS

En este punto del trabajo vamos a realizar un análisis de las deficiencias y dificultades que enfrentan las metodologías actuales en lo relativo a esta problemática. Además, podemos observar cómo estos problemas persisten más cuando la sustracción del menor se da en un contexto de violencia de género.

Los casos de sustracción de menores son muy diversos entre sí, y cada uno responde a unas causas concretas, lo que requiere fortalecer las actuaciones de investigación y el tratamiento de la situación, promoviendo a su vez la cooperación entre los diferentes estados implicados. Aquí, resulta imprescindible que se garanticen las distintas medidas de protección para realizar un retorno seguro del menor.

Tal y como expone Carmen Ruiz en su libro, la regulación internacional en el ámbito de la sustracción de menores y violencia de género necesita de soluciones específicas y concretas debido a su elevada casuística, teniendo siempre en cuenta el riesgo de crear situaciones injustas para el menor si no se atiende a las características concretas de su realidad.¹⁸¹

Todo ello, con el objetivo de reestablecer una seguridad del menor suficiente y apropiada a su situación. Aunque se debe reseñar que resulta igualmente importante la protección de las mujeres afectadas en este contexto.

Algunos de los problemas que expondremos en el siguiente apartado son la interpretación limitada del interés superior del niño, la falta de eficacia y coordinación, o la insensibilidad presente en algunos momentos del proceso, entre otros.

Acompañaremos este análisis con propuestas de numerosos investigadores que se encuentran especializados en este ámbito. Por ejemplo, es crucial el factor tiempo, en la resolución del conflicto y en la toma de actuaciones.

¹⁸¹ Vid, RUIZ SUTIL, C. “Las violencias de género en entornos transfronterizos: interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado”. 1. ed. Madrid: Dykinson, 2023.

Además, las respuestas y medios que se utilicen para resolver los casos de sustracciones de menores, deberán de estar en sintonía y ser compatibles con instrumentos internacionales en materia de violencia de género.¹⁸² Es decir, que han de complementarse y respaldarse entre sí, para no dejar de lado a ninguna víctima parte del proceso.

1. ANÁLISIS DE LAS DIFICULTADES

Como hemos visto, la sustracción de menores y la violencia de género tienen numerosas vinculaciones, y las deficiencias presentes en uno de los ámbitos repercuten en el otro.

Para comenzar, lo más destacable sería la insuficiente perspectiva de género en relación con los instrumentos internacionales. Destacamos el artículo 13 b) del Convenio de La Haya de 1980, según el cual, es condición para evitar la restitución del menor si existe un grave riesgo para este, si se expusiese a un peligro grave físico o psíquico, o si se le coloca en una situación intolerable.¹⁸³ Sin embargo, entre estos supuestos, no se contempla la excepción a la obligatoriedad de la restitución en casos de violencia de género. Es decir, no se valora la posibilidad de que la sustracción se haya producido a consecuencia de una situación de violencia contra la madre.¹⁸⁴

Además, íntimamente relacionado con esto, las mujeres víctimas sufren una desventaja económica y procesal, mayoritariamente en su huida, cuando sufren la falta de recursos suficientes para acceder a los diferentes servicios legales. Lo que contribuye, a su vez, en un déficit notable de su defensa en los procedimientos internacionales.

Siguiendo otra línea de investigación, se puede observar una interpretación limitada y restringida del interés superior del menor. Por ejemplo, está presente en la restitución inmediata y en un rápido retorno a su país, primando incluso sobre su seguridad y su bienestar en muchas ocasiones. Si bien el proceso requiere de agilidad, no pueden desatenderse las necesidades concretas que tenga el menor. Se debe optar siempre por la solución más conveniente para él.

En este sentido, la respuesta jurídica mayoritaria consiste en la devolución del menor a su país de origen, sin embargo, en los casos de sustracción motivada por una huida por violencia de género o doméstica, es probable que dicho país también sea la residencia del maltratador.¹⁸⁵ En estos casos, se debe abogar más por no restituir a fin de evitar los riesgos que se podrían materializar con su regreso, tanto para los menores, como para las mujeres.¹⁸⁶

¹⁸² Vid, RUIZ SUTIL, C. “Las violencias de género..., op.cit.

¹⁸³ Artículo 13.b) del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

¹⁸⁴ Vid, PERIS REMÓN, P. (2019). “Sustracción internacional de menores como respuesta de huida ante la violencia de género.” ReCRIM: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV, op.cit, p. 50.

¹⁸⁵ Vid, RUIZ SUTIL, C. “Las violencias de género..., op.cit.

¹⁸⁶ Vid, SANTOS, L. (2019). “Impacto de la sustracción internacional de menores sobre las familias.” Asociación Salud y Familia. Programa Maternidades Vulnerables.

Respecto a la falta de sensibilidad, se deduce una escasa consideración en este contexto, donde incluso, se les llega a tratar como delincuentes (en el ámbito penal), sin tomar atención a las circunstancias que rodean al caso, ni las distintas motivaciones que impulsaron esas acciones. A esto se suma, la sensación de desprotección y desconfianza por parte de menores y mujeres hacia el sistema, y una importante victimización secundaria a consecuencia de los procesos judiciales. Todo ello derivará en consecuencias legales y psicosociales, entre las cuales podríamos destacar la inadaptación a un nuevo entorno, o la posibilidad de regresar a un hogar familiar violento.¹⁸⁷

Y, por último, una de las deficiencias clave que vamos a mencionar es la falta de coordinación y eficacia a nivel internacional. Estos procedimientos de por sí suelen ser muy lentos, pero lo son aún más cuando los estados no colaboran entre sí. Como se ha explicado anteriormente, los estados cuentan con un plazo de 6 semanas para llevar a cabo el pronunciamiento y la ejecución, en casos de restitución. Sin embargo, este plazo no goza de carácter imperativo, por lo que en se suele alargar el proceso sin necesidad ante la incapacidad de colaborar unos estados con otros. Aquí podríamos encuadrar la problemática de la colisión de culturas, tanto jurídicas como sociales, que chocan con sistemas patriarcales que discriminan -en numerosas ocasiones- a las madres.¹⁸⁸ Este choque provoca, en cierta manera, más dificultades a la hora de cooperar.

En definitiva, son numerosos los problemas a los que se enfrenta la sustracción de menores en contextos de violencia de género, siendo crucial complementar los instrumentos internacionales de ambos sectores. Por ello, se debe asegurar ante todo el bienestar del menor, y que el retorno a su país sea seguro, tomando en consideración el conjunto de características que conforman su realidad familiar. Se podrán utilizar, a tal efecto, las necesarias medidas cautelares y de protección.¹⁸⁹

2. APROXIMACIÓN POR PARTE DE LA DOCTRINA

Visto lo anterior, ya ha sido objeto de debate dentro de la doctrina de manera distendida la temática que nos ocupa. Es así, que el examen de las características que el modelo propone de forma general se ha realizado con eficacia en múltiples ocasiones. Sin embargo, el estudio de las problemáticas relativas a la sustracción internacional de menores en concurrencia con la violencia de género mediante el análisis de los instrumentos internacionales reguladores, jurisprudencia, entre otros, no ha sido tan habitual.

Por otro lado, la variedad de investigaciones o estudios recientes que plantean soluciones concretas para la resolución de las fallas del presente sistema son escasas. Para ello, echaremos un breve vistazo al libro *Las violencias de género en entornos transfronterizos: interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y el derecho*

¹⁸⁷ Vid, PERIS REMÓN, P. (2019). “Sustracción internacional de menores como respuesta de huida ante la violencia de género.” ReCRIM: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV, op.cit, p. 51.

¹⁸⁸ Vid, AZCÁRRAGA MONZÓN, C. (2015). “Sustracción internacional de menores: Vías de actuación en el marco jurídico vigente.” Rev. boliv de derecho, N° 20.

¹⁸⁹ Vid, GONZÁLEZ MARIMÓN, M (2022). La regulación de la sustracción internacional de menores en el reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 14, N° 1.

internacional privado, de la profesora Carmen Ruiz Sutil. En esta obra se entra en profundidad a un estudio exhaustivo del tema en cuestión, así tanto de forma explícita como implícita se observan posibles proposiciones para la mejora.

En primer lugar, como ya hemos relatado con anterioridad, la configuración dentro de la sustracción de menores busca la restitución más rápida (y a poder ser eficiente) al lugar de origen de residencia habitual. Siendo así, que mediante la aplicación del art. 13.1 CLH 1980 el Estado requerido podría negarse a efectuar dicha devolución. Concretamente, la violencia de género, hasta el momento actual, ha tenido encaje en el apartado b) con todas las vicisitudes que ello conlleva. Pero, esto no se produce automáticamente¹⁹⁰.

Es por ello, que debería ser obligatorio que la violencia de género se considere expresamente motivo de excepción a nivel legal, considerándose que no debería depender de la aplicación judicial al caso concreto¹⁹¹.

Además, otra cuestión es el establecimiento de unas medidas cautelares adecuadas en la aplicación del CLH 1996. Así pues, con respecto a la competencia judicial internacional, sabemos que el Estado requerido, en un contexto donde medie violencia de género tendrá que determinar las medidas pertinentes que procuren la seguridad del menor. Esto, sin embargo, puede suponer un problema si se sospecha que el progenitor, que se presume maltratador, no acatará los mandatos del tribunal. Pues podría producirse una “*revictimización*” (tal y como indica la autora) en los menores sustraídos.

Ahí, radica la importancia de que las medidas cautelares propuestas por las autoridades sean ciertamente adecuadas al caso del que se trate¹⁹².

En adición, como ocurre con los instrumentos ya mencionados, CLH 1980 y CLH 1996, en el Reglamento 2019/1111 tampoco se permite que las autoridades del Estado requerido se pronuncien sobre el fondo del asunto. Así pues, se encargan de dictar sentencia en ese aspecto los tribunales del Estado de residencia habitual del menor, cosa que podría “*no ser lo más idóneo*” (RUIZ SUTIL, C, 2023, p. 122).

Por ello, ofrece como propuesta que declinen la competencia a favor del estado requerido (siguiendo el art. 12) o que el propio estado requerido solicite la transferencia de competencia (en virtud del art. 13), ante un caso de violencia de género¹⁹³.

Seguidamente, cabe pronunciarse acerca de la mediación (y otras formas análogas de resolución extrajudicial). Aunque es un mecanismo útil en la resolución de conflictos (por eso, se ha incentivado desde el seno de la Unión su utilización¹⁹⁴). La mediación en situaciones de esta naturaleza (violencia de género) no es recomendable (como se refleja

¹⁹⁰ En la Guía para las buenas prácticas del CLH 1980 se expresa que no se da automaticidad en la aplicación del art. 13.1 b), pues no toda violencia encaja en un grave riesgo. Vid, HERRANZ, M. y FEBLES, N. (2023). *Protección de menores y discapacitados*. Editorial Colex, 2023, p. 47.

¹⁹¹ Vid, RUIZ SUTIL, C. “Las violencias de género...”, op.cit., p. 119.

¹⁹² Vid, RUIZ SUTIL, C. “Las violencias de género...”, op.cit., p. 121.

¹⁹³ Vid, RUIZ SUTIL, C. “Las violencias de género...”, op.cit., pp. 122-123.

¹⁹⁴ Vid, ESPLUGUES MOTA, C. (2021). El fomento de la mediación y de otros medios alternativos de justicia (también) en relación con la sustracción internacional de menores en Europa. *Revista Boliviana de Derecho*, N°32, p. 504.

en el Considerando 43). Llegando incluso a estar expresamente prohibida en el derecho español (art. 87 ter. 5. LOPJ).

No tanto porque entrañe un peligro físico real para las víctimas, si no por lo perjudicial que pueda llegar a ser a nivel psíquico y en todo lo relacionado con los procesos de victimización. Aunque hay voces disidentes a esta postura¹⁹⁵.

Por otra parte, sabemos que el menor tiene derecho a ser escuchado, en virtud del art. 26 Reglamento 2019/1111, así bien, se propone que debe hacerlo “*ante un equipo experto en violencia de género*” (RUIZ SUTIL, C, 2023, p. 130). Esta consideración podría marcar una diferencia a la hora de discernir por parte de los tribunales ante situaciones de violencia de género.

Esto es atendiendo a propuestas concretas que puedan llegar a materializarse. No obstante, en cuanto al marco general se refiere es relevante incidir en que deben solventarse las dificultades, lo que irá desarrollándose a medida que se avance más la resolución de los casos concretos.

3. INICIATIVAS EN PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Ya hemos analizado cómo la pronta restitución, acompañada de condiciones de seguridad adecuadas y un seguimiento multidisciplinario de la situación específica del menor, requiere fortalecer las iniciativas de investigación, de sistematización y de cooperación entre Estados para la prevención y el abordaje efectivo de cada caso particular.

Por ello, resulta pertinente destacar algunas iniciativas significativas en el plano internacional, que ya se encuentran en funcionamiento y que pueden ser reconocidas como referentes en este ámbito. Éstas desempeñan un papel crucial en la prevención y resolución de la sustracción internacional de menores, así como en el abordaje de la violencia de género que a menudo subyace en estos casos, entre otras causas. Cabe subrayarlas por su impacto y relevancia en la materia.

Una de las iniciativas clave a destacar en el ámbito internacional es el *Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores*. El principal objetivo de este programa es fortalecer la cooperación entre los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) con el fin de prevenir y reparar los casos de sustracción internacional de menores. Es precisamente de una de sus Reuniones de Expertos de donde surge, en adición al *Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores en las Américas*, que, tras identificar las principales dificultades jurídicas y operativas en la restitución de menores, destaca la necesidad de mejorar la cooperación entre los Estados y la implementación de políticas eficaces. Cabe mencionar que, de manera particularmente relevante, el informe subraya también la importancia de asegurar el interés superior del

¹⁹⁵ Vid, RUIZ SUTIL, C. “Las violencias de género...”, op.cit., p. 123.

niño y propone la ratificación de convenios internacionales como una herramienta clave para fortalecer la cooperación regional.

Entonces, el programa busca no sólo garantizar una respuesta rápida y eficaz ante la sustracción de menores, sino también abordar los factores estructurales que facilitan su comisión. Se enfoca en la promoción de la ratificación de convenios internacionales, como el ya mencionado Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, con el fin de consolidar un marco legal común que facilite la restitución de los menores y proteja los derechos de los progenitores y demás actores involucrados.

Asimismo, promueve la implementación de políticas nacionales de prevención, tales como medidas preventivas en puntos fronterizos y acciones de sensibilización social sobre las consecuencias legales y psicológicas de la sustracción de menores.

Un componente clave del programa es la capacitación continua de las autoridades centrales de los Estados miembros, garantizando que los responsables de gestionar los casos de sustracción de menores cuenten con la formación jurídica y psicológica necesaria para actuar conforme a los estándares internacionales. Además, se implementan programas de cooperación técnica y asistencia legal, facilitando el intercambio de buenas prácticas, la resolución de disputas y la ejecución efectiva de resoluciones judiciales, lo cual contribuye a una restitución ágil y sin dilaciones. El programa también impulsó la creación de una *Ley Modelo procesal*, fundamentada en los principios de celeridad establecidos en las convenciones Interamericana y de La Haya. Esta ley, elaborada por expertos internacionales, establece principios procesales clave como la inmediatez, la concentración de actuaciones, y la participación del Ministerio Público, además de garantizar el derecho del niño a ser oído. Introduce, además, la figura del juez de enlace, cuyo objetivo es facilitar la cooperación judicial internacional y garantizar la operatividad de la Convención.

A pesar de los avances sustanciales logrados en la promoción de la cooperación regional y el fortalecimiento de las capacidades nacionales para abordar la sustracción internacional de menores, persisten desafíos, particularmente en la implementación efectiva de las medidas de restitución y la integración de nuevas soluciones tecnológicas y jurídicas que se adapten a las complejidades del contexto internacional.

Otra iniciativa de relevancia que merece ser destacada es la *Global Missing Children's Network* (GMCN). Esta red internacional, establecida en 1998, tiene como objetivo principal mejorar la respuesta ante los casos de niños desaparecidos y secuestrados, promoviendo la colaboración entre países y actores clave en la protección infantil. Con la participación de 29 países de cinco continentes, el GMCN facilita la cooperación entre agencias de la ley y organizaciones no gubernamentales (ONGs), fomentando el intercambio de mejores prácticas, investigaciones y herramientas específicas para abordar la desaparición infantil. La misión fundamental de esta red es unir y movilizar a la comunidad global en la búsqueda de menores desaparecidos, estableciendo un canal de apoyo mutuo para la recuperación de estos niños.

Los miembros del GMCN disponen de una plataforma multilingüe que les permite cargar información y fotografías de los menores desaparecidos, asegurando una distribución ágil y eficiente de estos datos a nivel internacional. La plataforma, que incorpora tecnología avanzada, como inteligencia artificial, facilita la generación de pistas sobre el paradero de los niños, optimizando los esfuerzos para su localización y recuperación. Asimismo, los miembros de la red contribuyen activamente a la creación

de sistemas de alerta de emergencia, tales como el sistema AMBER Alert, y participan en la sensibilización pública respecto a los riesgos de secuestro y desaparición infantil.

Uno de los aspectos más relevantes del GMCN es la organización de su conferencia anual, en la cual los miembros tienen la oportunidad de compartir experiencias, debatir sobre las mejores prácticas y actualizarse sobre políticas, tendencias y soluciones innovadoras para afrontar estos desafíos a nivel global. Adicionalmente, la red proporciona capacitación continua a las autoridades competentes, ofreciendo herramientas para la personalización de plataformas nacionales y mejorando así la visibilidad y difusión de los casos de menores desaparecidos tanto a nivel local como internacional.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO ILLÁN, M. (2023). “La restitución del menor y la protección frente a la violencia de género: Análisis del Convenio de La Haya de 1996 y el Reglamento Bruselas II Ter”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(2), 45-60 <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8943/6809>

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (2015). “Sustracción internacional de menores: Vías de actuación en el marco jurídico vigente”. *Rev. boliv de derecho*, N° 20. Pp. 192-213. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5114944>

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Sustracción Internacional de Menores: una visión general” en *Y. Gamarra Chopo (coord.)* <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf>

CALZADO LLAMAS, A. J. (2023), “La sustracción internacional de menores: El Reglamento 2019/111 y su interacción con el Convenio de la Haya de 1980 y la LEC”

CALZADO LLAMAS, A. J. (2021), “Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores: análisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexión con el ordenamiento jurídico español”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), pp. 87-109. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5953>

CAMPUZANO DÍAZ, B. (2020), “El Nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: Análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(1), pp. 97-117. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5182>

ESPINOSA, M. A. (2019). “El enfoque de género en la sustracción internacional de menores: Retos y perspectivas”. *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 3, 61-79 <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2019.III.-ESPINOSA.4.pdf>

ESPLUGUES MOTA, C. (2021). “El fomento de la mediación y de otros medios alternativos de justicia (también) en relación con la sustracción internacional de menores en Europa”. *Revista Boliviana de Derecho*, N°32, pp. 482-525. <https://dialnet-unirioja.es.ezproxy.usal.es/servlet/articulo?codigo=8055229>

GONZÁLEZ MARIMÓN, M (2022). “La regulación de la sustracción internacional de menores en el reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 14, N° 1, pp. 286-312. <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6686>

HERRANZ BALLESTEROS, M. (2021), “El Reglamento (UE) 2019/1111 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): principales novedades”, pp. 230-260 <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/8146294.pdf>

HERRANZ, M. y FEBLES, N. (2023). “Protección de menores y discapacitados”. *Editorial Colex*, 2023. <https://d2eb79appvasri.cloudfront.net/erp-colex/openaccess/libros/6664.pdf>

MEIER, G. (2016). “La perspectiva de género en la restitución internacional de menores”. *Revista Internacional de Derecho de Familia* <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/89378/Enfoque%20de%20g%C3%A9nero%20en%20la%20sustracci%C3%B3n%20internacional%20de%20menores..pdf?sequence=1>

PERIS REMÓN, P. (2019). “Sustracción internacional de menores como respuesta de huida ante la violencia de género”. *ReCRIM: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, pp. 50-51. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5114944>

RUIZ SUTIL, C. “Las violencias de género en entornos transfronterizos: interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado”. 1. ed. Madrid: Dykinson, 2023. 165 p. Disponible en: <https://elibro-net.usal.idm.oclc.org/es/ereader/bibliotecasusal/246355?page=1>.

RUIZ SUTIL, C., CAPÍTULO IX “El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubdiscriminatorio (2018) EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES”, pp 247-278. <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/89378/Enfoque%20de%20g%C3%A9nero%20en%20la%20sustracci%C3%B3n%20internacional%20de%20menores..pdf?sequence=1>

SABIDO RODRÍGUEZ, M. (2021), “La restitución de menores retenidos ilícitamente en España y la excepción de grave riesgo a la luz de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de octubre de 2020”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), pp. 498-517. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6269>

SANTOS, L. (2019). “Impacto de la sustracción internacional de menores sobre las familias”. *Asociación Salud y Familia*. Programa Maternidades Vulnerables. Pp. 1-47. <https://saludyfamilia.es/es/publicacions/estudis?page=1>

Recursos Legales

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. *Diario oficial de la Unión Europea* nº 178, de 2 de julio de 2019 . <https://www.boe.es/doue/2019/178/L00001-00115.pdf>

España. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. «BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2004 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961. Ratificado por España el 21 de octubre de 1976. «BOE» núm. 229, de 25 de septiembre de 1978. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-24413>

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 08 de enero de 2000 <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>

España. 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. «BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1996. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 02 de julio de 1985. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf>

España. Real Decreto 1062/2012, de 6 de julio, por el que se indulta a doña María Salmerón Parrilla. «BOE» núm. 178, de 26 de julio de 2012. <https://www.boe.es/boe/dias/2012/07/26/pdfs/BOE-A-2012-10025.pdf>

España. Real Decreto 305/2016, de 22 de julio, por el que se indulta a doña María Salmerón Parrilla. «BOE» núm. 178, de 25 de julio de 2016 <https://www.boe.es/boe/dias/2016/07/25/pdfs/BOE-A-2016-7177.pdf>

Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. Ratificado por España el 16 de junio de 1987. «BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987 . <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>

España. Código Civil, de 24 de julio de 1889. «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763>

Unión Europea (2021). *Informe sobre la integración de la perspectiva de género en el Derecho Internacional Privado*. Publicación del Parlamento Europeo. <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/bb134425-3012-11ed-975d-01aa75ed71a1>

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Ratificado por España el 10 de abril de 2014. «BOE» núm. 137, de 6 de junio de 2014. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España el 6 de diciembre de 1990. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

Sentencia 16/2016, de 1 de febrero de 2016. *Recurso de amparo 2937-2015*.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-2333

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 25 de octubre de 2017, Caso C-111/17. *M. contra M., sobre sustracción internacional de menores y la excepción del artículo 13 del Convenio de La Haya en casos de violencia de género*.
ECLI: ECLI:EU:C:2017:800. Disponible en:
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190732&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12578387>

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). *Caso X contra Letonia*. 13 de diciembre de 2012. Demanda n.º 27853/09.
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-162187&filename=CASE%20OF%20X%20v.%20LATVIA%20-%20%5BSpanish%20Translation%5D%20by%20the%20Spanish%20Centro%20de%20Documentaci%C3%B3n%20Judicial%20CENDOJ%20-%20Consejo%20General%20del%20Poder%20Judicial.pdf&logEvent=False>

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). *Caso Sneersone y Kampanella contra Italia*. 12 de julio de 2011. Application no. 14737/09 .

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Caso Raw et Áutres v. France*. 7 de marzo de 2013. Referencia HC/E/127.
<https://hudoc.echr.coe.int/spa>

Sentencia del Tribunal Supremo 168/2019: Tribunal Supremo. (2019). *Sentencia 168/2019, de 20 de marzo de 2019, Caso de sustracción internacional de menores (Recurso de casación)*. Recuperado de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-168-2019-tribunal-supremo-20-marzo-2019>

Sentencia del Tribunal Supremo, 685/2018, de 12 de diciembre de 2018. *Caso sobre modificación de convenio regulador de custodia*. Recuperado de: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-685-2018-tribunal-supremo-12-diciembre-2018>.

Sentencia del Tribunal Supremo, 641/2018, de 20 de noviembre de 2018. *Caso sobre modificación de convenios de custodia*. Recuperado de: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-641-2018-tribunal-supremo-20-noviembre-2018>.

Sentencia del Tribunal Supremo, 489/2023, (Sala de lo Penal), de 24 de mayo de 2023. *Caso de sustracción internacional de menores y violencia de género*. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument>.

Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012: Tribunal Constitucional. (2012). *Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012, Recurso de amparo 2937-2015*. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-13472.

Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2021, de 17 de octubre de 2012, Recurso de amparo 2937-2015. ECLI:ES:TC:2012:185. Recuperado de: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23092>.

Sentencia 257/2018, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), de 23 de marzo de 2018, *Caso de sustracción internacional de menores*. Recuperado de: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-257-2018-audiencia-provincial-madrid-seccion-22-23-marzo-2018>.

Sentencia 104/2020, Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), de 11 de febrero de 2020. *Caso de sustracción internacional de menores: Traslado de los hijos desde México a España, incumpliendo convenio regulador homologado judicialmente*. Recuperado de: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-104-2020-audiencia-provincial-barcelona-seccion-18-11-febrero-2020>.

Sentencia 156/2022, Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 15 de marzo de 2022. *Caso de custodia compartida y traslado de residencia en contexto de violencia de género*. Recuperado de: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-156-2022-audiencia-provincial-valencia-seccion-10-15-marzo-2022>

Otros documentos bibliográficos

Diferencias entre violencia doméstica y violencia de género. <https://danieltrujillo.es/blog/diferencia-violencia-genero-y-domestica/>

Una víctima de violencia tiene 5 días para presentar los billetes para que sus hijos viajen a Chile con su padre. <https://confilegal.com/20170206-una-victima-de-violencia-tiene-5-dias-para-presentar-los-billetes-para-que-sus-hijos-viajen-a-chile-con-su-padre/>

Caso Vanessa Skewes https://www.abc.es/sociedad/abci-otros-casos-juana-201707272105_noticia.htm

La Séptima Reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Año 1980. Convenio de La Haya sobre sustracción de menores y Convenio de La Haya sobre protección de menores de 1996 – octubre 2017. <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>

Estudio estadístico de solicitudes realizadas en 2021 bajo el Convenio sobre sustracción de menores de 1980. <https://assets.hcch.net/docs/bf685eaa-91f2-412a-bb19-e39f80df262a.pdf>

Estadística INE de violencia de género y violencia doméstica. https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176866&menu=ultiDatos&idp=1254735573206#:~:text=E1%20número%20de%20mujeres%20v%C3%ADctimas,aumentó%20un%2012%2C0%25.

Nuevo reglamento europeo para conflictos familiares internacionales: entrada en vigor y puntos de interés <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/14188-nuevo-reglamento-europeo-para-conflictos-familiares-internacionales:-entrada-en-vigor-y-puntos-de-interes/>

Dossier legislativo del 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 <https://app.vlex.com/search/jurisdiction:ES/REGLAMENTO+2019%2F1111+DEL+CONSEJO+de+25+de+junio+de+2019+relativo+a+la+competencia%2C+el+reconocimiento+y+la+ejecuci%C3%B3n+de+resoluciones+en+materia+matrimonial+y+de+responsabilidad+parental%2C+y+sobre+la+sustracci%C3%B3n+internacional+de+menores/vid/799288977>

¿Debe la Justicia castigar a las madres que raptan a sus hijos por miedo al maltratador? – El Periódico de España. <https://www.epe.es/es/igualdad/20220126/juanas-rivas-madres-protectoras-sustraccion-menores-violencia-genero-justicia-13147677>

El Tribunal Supremo anula un indulto del Gobierno a María Salmerón por incumplir el régimen de visitas. <https://www.20minutos.es/noticia/3295333/0/supremo-anula-indulto-maria-salmeron/>

El reto la necesaria incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Internacional Privado <https://www.legaltoday.com/actualidad-juridica/mujeres-por-derecho/el-reto-la-necesaria-incorporacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-el-derecho-internacional-privado-2023-08-02/>

APLICACIÓN PRÁCTICA DEL CONVENIO DE LA HAYA Y EL REGLAMENTO 2201/2003. EL PAPEL DE LA AUTORIDAD CENTRAL
https://www5.poderjudicial.es/cvsm/ponencia_6_es.pdf

Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs. (2016). *Cross-border parental child abduction in the European Union* (IPOL_BRI(2016)571366_EN). European Parliament. Recuperado de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571366/IPOL_BRI\(2016\)571366_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571366/IPOL_BRI(2016)571366_EN.pdf).

VAN LOON, H. (2015). *The Brussels IIa Regulation: Towards a Review*. En *Cross-Border Activities in the EU – Making Life Easier for Citizens* (pp. 177-207). European Parliament, DG for Internal Policies. Recuperado de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf).

Instituto Interamericano del Niño (2018). *Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores en las Américas*. Recuperado de https://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Informe_situacion_sustraccion_internacional_de_menores.pdf.

Instituto Interamericano del Niño (s.f.). *Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores*. Recuperado de <https://www.iin.oea.org/sim/pdf/programa.pdf>.

Instituto Interamericano del Niño (s.f.). *Presentación del Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores*. Recuperado de <https://www.iin.oea.org/sim/presentacion.shtml>.

Innovators Network (s.f.). *Global Missing Children's Network (GMCN)*. Recuperado de <https://inhr.gesi.org/technology-solutions/global-missing-childrens-network-gmcn-82>.

La violencia machista en el secuestro internacional de menores intracomunitario: su tratamiento en la jurisprudencia española
<https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/88031/PROYECCI%c3%93N%20NORMATIVA%20DE%20LA%20VIOLENCIA%20MACHISTA.pdf?sequence=1&isAllowed>

PÉREZ DE LA OSSA, A. V. ¿Por qué no es posible la mediación familiar en supuestos de violencia de género, doméstica o familiar?
<https://blog.sepin.es/2019/05/mediacion-familiar-violencia-genero>



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TEDH Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: PROPUESTAS, DESAFÍOS Y TENDENCIAS

Autores:

ÁNGELA HERNÁNDEZ POZO, PABLO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, ELVIRA LÓPEZ GARCÍA,
ÁLVARO LÓPEZ PÉREZ, PAULA MACUA MARTÍNEZ, ÁNGEL MARTÍN GONZÁLEZ, EMMA
MIGUEL PÉREZ, AMPARO MORALES BENITO, DANIEL SÁNCHEZ MUÑOZ, ÁLVARO
SÁNCHEZ OLLERO, ROBERTO SANTIAGO BARRIOS

Coordinadores del Seminario:

AMPARO MORALES BENITO / ÁLVARO LÓPEZ PÉREZ / ROBERTO SANTIAGO BARRIOS

Profesora responsable:

ANTONIA DURÁN AYAGO

**GRADO EN DERECHO – Grupo II
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

Curso 2024/2025

ÍNDICE:

I. Introducción sobre la problemática de la gestación por sustitución	3
1. Concepto	3
2. Regulación jurídica: España y Europa	4
3. Problemática generada para el reconocimiento de la filiación	6
II. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	8
1. Aproximación.	8
2. Jurisprudencia del TEDH	9
A) Sentencia Mennesson contra Francia	9
B) Sentencia Labassee contra Francia.	10
C) Sentencia D. y otros contra Bélgica	12
D) Sentencia Foulon y Bouvet contra Francia.	14
E) Sentencia Laborie contra Francia.	15
F) Sentencia Paradiso y Campanelli contra Italia.	16
G) Dictamen en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente	18
H) Sentencia C. y E. contra Francia.	20
I) Sentencia D. contra Francia.	21
J) Sentencia Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia.	22
K) Sentencia S.H. contra Polonia.	24
L) Sentencia A.M. contra Noruega.	26
M) Sentencia A.L. contra Francia.	28
N) Sentencia D.B. y otros contra Suiza.	30
Ñ) Sentencia K.K. y otros contra Dinamarca.	33
O) Sentencia C contra Italia.	36
III. Propuestas, desafíos y tendencias.	37
1. Qué tendencias se pueden extraer de la jurisprudencia	37
2. Cuáles son los desafíos planteados	39
3. ¿Qué propuestas es posible hacer en el actual escenario?	42
IV. Conclusiones	46
V. Bibliografía	48
1. Doctrina	48
2. Legislación	49
3. Jurisprudencia	50
4. Otros documentos	51

I. Introducción sobre la problemática de la gestación por sustitución

Hasta el momento actual, la única manera de concebir un hijo era de forma natural. Sin embargo, en estos últimos años, el auge de los avances clínicos han revolucionado el campo de la reproducción asistida.

En este documento se analizará el concepto de gestación por sustitución, y su creciente importancia gracias a algunas voces que reclaman una regulación jurídica con el fin de dar respuesta a la situación de aquellos que han querido tener hijos y no han podido hacerlo de forma natural.

Se profundizará en la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, mediante una serie de sentencias que, a lo largo de los años, han ido resolviendo la problemática que existe alrededor de la gestación por sustitución.

Finalmente, se expondrá cuál es la tendencia relativa a la jurisprudencia, extrayendo los principales desafíos a los que nos enfrentamos actualmente para poder ofrecer una serie de propuestas al respecto.

1. Concepto

La Real Academia Española de la Lengua define la gestación por sustitución como «Embarazo mediando un contrato en virtud del cual la madre gestante renuncia a la declaración de maternidad del hijo en favor del reconocimiento de la filiación biológica de otras personas (padres comitentes ço intencionales)¹⁹⁶».

También debemos referirnos al artículo 10.1 de la Ley 14/2016 para definir el concepto de gestación por sustitución, que expresa que *“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.”*

Tal y como señala la Audiencia Provincial de Valencia en la sentencia de 23 de noviembre de 2011¹⁹⁷: «Consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos».

Existen dos tipos de gestación por sustitución¹⁹⁸. Cada uno tiene sus propias implicaciones éticas y legales, y la elección entre uno u otro depende de las circunstancias y necesidades de los futuros padres:

- Gestación subrogada tradicional o parcial: En este tipo, la gestante aporta su propio óvulo, por lo que tiene un vínculo genético con el bebé. Generalmente, se realiza mediante inseminación artificial con el material del futuro padre.

¹⁹⁶ Real Academia Española, (s.f). Diccionario panhispánico del español jurídico. Recuperado el 14 de noviembre de 2024, de <https://dpej.rae.es/lema/gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n>

¹⁹⁷ Tribunal Supremo (2022). Sentencia 1153/2022 de 31 de marzo de 2022. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/>

¹⁹⁸ Trolice, MP (27 de agosto de 2019). *¿Qué es la gestación subrogada? - Definición, tipos e indicaciones*. Reproducción Asistida ORG, de <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>

- Gestación subrogada gestacional o completa: En este caso, la gestante no aporta su material genético. Los óvulos y espermatozoides provienen de los futuros padres o de donantes. La gestante solo lleva el embarazo y da a luz al bebé

2. Regulación jurídica: España y Europa

En el ordenamiento jurídico español, se encuentra la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹⁹⁹ (en adelante, LTRHA) que deroga la normativa anterior, la Ley 35/1988, de 22 noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida²⁰⁰. La LTRHA contiene el actual régimen jurídico en materia de reproducción asistida, entendiéndose como tal, tanto la inseminación artificial como la fecundación *in vitro* y sus diversas técnicas. No obstante, la LTRHA también ha sido objeto de algunas reformas, como por la Ley 3/2007, de 5 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas²⁰¹ y 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 Civil²⁰².

En la LTRHA, los artículos 7, 8, 9 y 10 regulan la filiación de los nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida. No obstante, nos centraremos en adelante en el análisis del artículo 10 que es donde se refiere la gestación por sustitución y que establece lo siguiente:

«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».

Pese a la nulidad legal, en España está permitido el reconocimiento en casos de gestación por sustitución llevada a cabo en países extranjeros. Conforme a lo dispuesto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución²⁰³, la cual permite desarrollar un proceso de determinación de la filiación e inscripción en el Registro Civil.

Sobre la base de nuestra normativa es preciso obtener una resolución judicial para su inscripción, aunque ya se hubiera celebrado en países donde la filiación no se determina

¹⁹⁹ Boletín Oficial del Estado. (2006). Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE-A-2006-9292. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

²⁰⁰ Boletín Oficial del Estado (1998). Ley 35/1998, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE-A-1998-27108. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-27108>

²⁰¹ Boletín Oficial del Estado (2007). Ley Orgánica 3/2007, de 5 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE-A-2007-6115. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

²⁰² Boletín Oficial del Estado (2015). Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. BOE-A-2015-7851. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7851

²⁰³ Boletín Oficial del Estado (2010). Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE-A-2010-15317. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317

por sentencia judicial, sino que se debe de recurrir al proceso judicial en España para determinarla.

Hemos de tener en cuenta a su vez la regulación y protección de los diversos tipos de familias que se consagra en el artículo 39 CE²⁰⁴ que recoge lo siguiente:

«1º. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2º. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la 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. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3º. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4º. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

El Tribunal Constitucional, como órgano de garantías con capacidad de crear jurisprudencia mediante su doctrina, ha amparado recientemente la adopción e inscripción de niños nacidos fuera de España mediante la gestación por sustitución, con un objetivo claro, el interés superior del menor afectado y la vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado del conjunto de miembros del grupo familiar del artículo 14 de la Constitución Española:

«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2024, de 27 de febrero de 2024²⁰⁵, el Tribunal da respuesta a un recurso de apelación presentado contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que rechaza la inscripción de un menor nacido por gestación subrogada en Ucrania²⁰⁶. El Tribunal Constitucional considera que la resolución por la que se deniega la adopción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto no se ciñe al objeto del proceso, sino que, pone en duda la filiación paterna que consta inscrita en el Registro Civil español sobre la base de meras presunciones. Así mismo, señala la sentencia que, en cuanto al interés del menor, la Audiencia no ha tenido en cuenta la inseguridad jurídica que provocaba el no reconocimiento en la relación maternofilial, ni el impacto de tal decisión en la construcción de la identidad del menor.

Por otro lado, por contextualizar en el plano jurídico europeo e internacional la situación de la gestación por sustitución es muy variada.

Podemos citar los siguientes casos sobre gestación por sustitución a nivel europeo:

²⁰⁴ Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978)

²⁰⁵ Tribunal Constitucional. (2024). Sentencia 28/2024 de 27 de febrero de 2024. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/>

²⁰⁶ Tribunal Supremo, Sala Primera (2014). Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/>

- Francia, en la que la Ley 94-653 de 29 julio de 1994, relativa al respeto del cuerpo humano²⁰⁷, que prohíbe este tipo de técnicas de reproducción asistida, así como también lo prohíbe su Código Civil, en su artículo 16.7²⁰⁸.

- En Italia, cabe destacar la reciente y polémica Ley Varchi²⁰⁹, que es una normativa que tipifica la gestación subrogada como un "delito universal". Esto significa que cualquier ciudadano italiano que recurra a esta práctica, incluso en países donde es legal, puede ser procesado en Italia. Ésta ley modifica la normativa italiana en este campo, que hasta ahora había estado regulada por la Ley n°40 del 19 de febrero de 2004²¹⁰. Las multas con la Ley Varchi alcanzan los 2 años de cárcel, así como multas que pueden alcanzar el millón de euros.

Analizando la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), destaca que, en la última década, se han producido varias variaciones o cambios jurisprudenciales en el reconocimiento y protección de la gestación subrogada.

Los casos relativos a la gestación subrogada plantean cuestiones en torno al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²¹¹ (en adelante CEDH), sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, establece lo siguiente:

«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 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 los demás».

Para poder determinar la intromisión de las autoridades en la vida familiar y privada, el TEDH examina las injerencias y si estas fueron conforme a derecho; es decir, si está perseguía un fin que fuera legítimo y su proporción.

Sobre la base de este artículo, el Tribunal determina si ha existido una vulneración de los derechos recogidos en el mismo como consecuencia de actuaciones gubernamentales de países miembros del CEDH. El tribunal busca con ello proteger a los ciudadanos sobre posibles injerencias gubernamentales en esta materia, recordemos que son 46 países los que integran este Convenio.

²⁰⁷ Ley n. 94-653, de 29 de julio de 1994, relativa a la Protección del Cuerpo Humano, Francia. N° WIPO Lex FR067. <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/1615>

²⁰⁸ Art. 16.7: «Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle». Posible traducción: «Es nulo de pleno derecho cualquier acuerdo relativo a la procreación o gestación por cuenta de otra persona».

²⁰⁹ Cámara de Diputados de Italia. (2023, 27 de julio). *Ley Varchi sobre la gestación subrogada como delito universal*.

²¹⁰ Ley n. 40, de 19 de febrero de 2004, de fecundación asistida. *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*. Italia.

²¹¹ Boletín Oficial del Estado. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. BOE-A-1979-243 https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa

3. Problemática generada para el reconocimiento de la filiación

El punto de partida para analizar esta cuestión, en España, es que el artículo 10 LTRHA considera como nulo de pleno derecho todo contrato de gestación por sustitución. Esto incluye de facto a España dentro de ese grupo de países que no permite la gestación por sustitución.

La problemática fundamental de la gestación por sustitución descansa en una cuestión ética²¹². Muchos profesionales de la medicina especializados en la materia de reproducción tienen diferentes puntos de vista, tanto a favor como en contra de esta técnica.

A favor de la gestación por sustitución se hace valer que lo que se busca con la ejecución de esta técnica es una consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad del paciente y de la mujer que subroga su útero.

En contra, se sostiene el argumento que para la ejecución de esta práctica se debería hacer un análisis bioético y social que fuera favorable, lo cual, en este ámbito no se da. También se hacen constar los problemas que pueden surgir, como la posible muerte de la gestante que ofrece su útero para llevar a cabo el embarazo o que se produjera un litigio sobre la filiación del hijo entre la gestante y los padres genéticos, para los que en la actualidad no se ha conseguido dar una respuesta ético-jurídica satisfactoria. Además, algunos estudios médicos y psicológicos han mostrado la importancia de los vínculos que se crean en el propio embarazo entre la gestante y el niño, y sobre la importancia sobre el futuro desarrollo de este. Algunos sectores apuntan que, en estos casos, el niño es tratado como una mercancía conseguida a través de un acuerdo legal en un país extranjero, ya que en España no se permiten estas prácticas, para que los comitentes puedan ser padres²¹³.

No obstante, también están aquellos que se posicionan de una forma intermedia. Lo que significa que aceptan la gestación por sustitución sólo en casos en que la mujer comitente tuviera problemas biológicos relacionados con su fertilidad.

Por lo tanto, a pesar de las posturas adoptadas y los diferentes argumentos a favor y en contra, no hay una respuesta única lo que genera cierto margen de razonamiento tanto a favor de una postura como de otra. Surgen así muchas dudas como las que siguen: ¿Cómo se podría garantizar que la gestante no está siendo sometida a ningún tipo de presión, amenaza o coacción?

de que no existiera ningún tipo de presión, amenaza o coacción, ejercida sobre la gestante? ¿Dónde debería establecerse el límite entre la comercialización y la compensación recibida por el acto de gestar a ese niño? ¿Cómo se podría asegurar que los futuros padres están plenamente capacitados para poder asumir las responsabilidades que conlleva el cuidado del niño?

Todas estas preguntas, y otras más que pudieran formularse sobre los posibles problemas que pueden surgir son esenciales en su resolución ante la posibilidad de que se dé la instrumentalización y deshumanización de la propia función reproductora.

²¹² NUÑEZ CALONGE, R. (2019). "Aspectos éticos de la gestación subrogada", *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*.

²¹³ GEORGE, R. P. & ELSHTAIN, J. B. (2006). "The meaning of marriage: family, state, market, & morals". New York.

Desde el punto de vista social, esto va a generar una frustración para aquellas personas que tengan deseos de ser padres, pero no puedan. Dentro de este grupo podemos encontrar tanto parejas heterosexuales, que biológicamente sean incapaces, especialmente en el caso de las mujeres, como parejas del colectivo LGTBIQ+ y parejas infértiles. Por tanto, el Estado les fuerza a tener que acudir a otros países, tales como Rusia, India, etc., cada uno con sus respectivas normativas.

Desde el punto de vista jurídico, se plantean problemas tanto en el ámbito familiar como en atención al interés superior del menor.

En el ámbito familiar se plantean dos cuestiones. En primer lugar, lo referido a los apartados segundo y tercero del artículo 10 LTRHA, el cual establece que la filiación de la madre se determina por el parto y recoge la posibilidad de que el padre biológico pueda ejercer las acciones para reclamar la filiación, lo que deja en una clara situación de inseguridad a la madre comitente que solo podrá reclamar la filiación mediante la adopción con los problemas que la regulación interna pueda establecer. En segundo lugar, fuerza a los interesados a tener que acudir a un tercer Estado incluyendo así un elemento de internacionalidad que *a priori* no sería necesario, ya que en muchas ocasiones estas parejas van a tener la misma nacionalidad y domicilio. De esta manera el hijo va a nacer en un tercer país donde además va a tener una relación jurídica con la madre gestante que no va a ejercer en la práctica como tal. Este segundo problema va a afectar sobre todo a la nacionalidad del menor que en algunas ocasiones va a dificultar poder atribuirle la nacionalidad de los padres comitentes, siempre atendiendo a la respectiva normativa de cada Estado.

Por su parte, atendiendo al hecho que en algunas ocasiones no va a reconocerse la filiación de los padres comitentes sobre el menor, va a dejar a este en una situación de inseguridad jurídica. Esto se puede apreciar como ya hemos visto en materia de nacionalidad, cuando rige el *ius sanguinis*, así como en materia de derechos sucesorios, patria potestad, etc.

De todos modos, este problema de inseguridad jurídica respecto al interés superior del menor se ha intentado solventar a raíz del Dictamen de 2019 del TEDH (véase infra) mediante la necesidad de establecer algún sistema que reconozca la filiación entre el progenitor comitente no gestante y el menor, dígase la adopción u otros mecanismos análogos.

Hay que señalar que también existe cierta problemática por una gran diversidad normativa entre los Estados. Hay Estados, como España, en los que se declara nula esta práctica, otros Estados sí que la admiten (pero con ciertos límites), otros las declaran prácticas ilegales e incluso delito, y otros Estados únicamente carecen de legislación sobre la materia²¹⁴. Dentro de los ordenamientos-plurilegislativos hay una gran variedad de efectos jurídicos, como en Estados Unidos, donde no se da una solución totalmente uniforme en todos sus Estados.

²¹⁴ DURÁN AYAGO. A. (2012). “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”. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*.

II. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. Aproximación.

La jurisprudencia del TEDH sobre la gestación por sustitución tiene su epicentro en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que consagra el respeto a la vida privada y familiar. A la hora de valorar la existencia o no de una injerencia sobre este derecho por parte de los Estados, el Tribunal atiende a tres aspectos fundamentales: a) si la injerencia está prevista en la ley; b) si la injerencia persigue una finalidad legítima, y c) si la injerencia es necesaria y proporcional respecto a la finalidad perseguida²¹⁵.

En la actualidad, hay una gran diversidad normativa entre los Estados en torno a esta cuestión. Encontramos países que prohíben expresamente la gestación por sustitución como, por ejemplo, Islandia o Italia. En cambio, en otros en los que tampoco está permitida, sí que es posible obtener el reconocimiento de los vínculos filiales por exequátur extranjero, por transcripción directa de la sentencia o acta de nacimiento extranjera a los registros civiles o por adopción como es el caso de España. Asimismo, se puede reconocer la filiación si el padre de intención es el padre biológico, como ocurre en Suecia. De igual manera, hay otros Estados que no cuentan con una regulación específica, pero que toleran esta práctica, sería el caso de Bélgica o Polonia.

Pese a que el TEDH desempeña una labor de interpretación en sus resoluciones que carecen de fuerza ejecutiva, lo cierto es que traza el camino a seguir por los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos acerca de la regulación de la gestación por sustitución. El Tribunal trata de poner de relieve la imprescindible ponderación entre la mayor posibilidad de las autoridades nacionales en cuanto a alegar el orden público internacional como vía para impedir su reconocimiento y el límite del legítimo interés superior del menor junto con su derecho a la identidad personal que, en ocasiones, se ve afectado.

2. Jurisprudencia del TEDH

A) Sentencia Mennesson contra Francia

Esta sentencia surgió a raíz de un acuerdo de gestación subrogada firmado en California entre la pareja Mennesson y una mujer californiana que no recibió remuneración alguna²¹⁶. Se trataba de un embarazo gemelar: Valentina y Fiorella Mennesson (tercera y cuarta demandantes). El 14 de julio de 2000 en la Sentencia del Tribunal Supremo de California determinó que, en el certificado de nacimiento de las gemelas debían constar como progenitores el señor y la señora Mennesson.

El 25 de octubre nacieron las gemelas y el primer demandante solicitó ante el consulado francés en Los Ángeles la inscripción de los certificados de nacimiento y pasaportes para retornar a Francia. Como se sospechaba que podía tratar de un supuesto de gestación por sustitución, se remitió el expediente a la Fiscalía de Nantes y se abrió un procedimiento para determinar las responsabilidades que se pudieran derivar. Sin embargo, el juez de instrucción acabó sobreseyéndolo pues, dictaminó que, al no ser

²¹⁵ DURÁN AYAGO, A. (2022). “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y gestación por sustitución: ¿crónica de un relato interminable?”, pp. 182-184.

²¹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2014). Sentencia 65192/11 de 26 de junio de 2014, *Mennesson c. Francia*.

punibles en territorio americano, tampoco serían constitutivos de delito en el territorio nacional.

Paralelamente, se estaba llevando a cabo un procedimiento ante los tribunales civiles. Se estableció en el Tribunal Regional de Créteil que el acuerdo de gestación subrogada es contrario a la concepción francesa del orden público internacional. Posteriormente, cuando los demandantes presentaron recurso ante el Tribunal de Apelación de París, éste también aseveró que «el fallo del Tribunal Supremo de California, en cuanto ha validado indirectamente un convenio de gestación por sustitución está en contradicción con la concepción francesa del orden público internacional»²¹⁷. Además, se expuso que el reconocimiento de una resolución se tiene que circunscribir a tres requisitos: la competencia indirecta del tribunal extranjero, el respeto del orden público internacional y la ausencia de fraude de ley.

Finalmente, los demandantes recurrieron en casación apelando al interés superior del menor. El abogado de las partes alegó que el orden público se disipa «para permitir a las familias llevar una vida conforme a las condiciones de derecho en que se han constituido y a las condiciones de hecho en que viven actualmente»²¹⁸, además de señalar que el interés superior del menor constituye un componente del respeto de la vida familiar. Toda esta exposición la fundamenta en virtud de lo dispuesto en la sentencia sobre el asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*.²¹⁹

El Tribunal de Casación desestimó el recurso, aduciendo que la sentencia americana dictada el 14 de julio de 2000 «era contraria a la concepción francesa del orden público internacional» y que esa anulación de la transcripción en los registros de estado civil franceses «no priva a los hijos de la filiación materna y paterna que les reconoce el derecho californiano ni les impide vivir con la pareja Mennesson»²²⁰. Se alude al principio de la indisponibilidad del cuerpo humano que se vería contravenido por ese acuerdo de gestación subrogada.

Se hace un análisis a lo largo de la Sentencia sobre cómo se regula el fenómeno de la gestación subrogada en otros países. En algunos se ignora y no se menciona en ninguna norma como es el caso de Bélgica y en otros, como en Dinamarca, sí se regula en diferentes disposiciones. Asimismo, se pone de manifiesto un aspecto fundamental como es que no se pueden celebrar acuerdos de gestación por sustitución a título oneroso.

El TEDH, tras analizar las posturas de las partes, determina que había habido una injerencia en la vida privada de la tercera y la cuarta demandante (las gemelas). Considera que, aunque la denegación del reconocimiento es legal y puede servir como obstáculo para impedir la gestación por sustitución, podría suponer un menoscabo para el interés superior del menor que debe gozar siempre de una protección especial. Como consecuencia de esa denegación, se generarían graves perjuicios para las menores como la indeterminación de la identidad, y por consiguiente, la privación de la nacionalidad. El Tribunal sentencia que esto choca frontalmente con el interés superior del menor y supone

²¹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2014). Sentencia 65192/11 de 26 de junio de 2014, *Mennesson c. Francia*, p. 4

²¹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2014). Sentencia 65192/11 de 26 de junio de 2014, *Mennesson c. Francia*, p. 5

²¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2007). Sentencia 76240/01 de 28 de junio de 2007, *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*

²²⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2014). Sentencia 65192/11 de 26 de junio de 2014, *Mennesson c. Francia*, p. 6

un ataque al derecho de las menores al respeto a su vida privada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio.

Sin embargo, no concluye lo mismo en lo que respecta a la vida familiar, al afirmar que los demandantes habían cuidado de las menores desde su nacimiento y esa situación se podía asimilar al concepto de vida familiar, pues, de facto esto era así. Por lo tanto, el Tribunal falla que no ha tenido lugar una violación del derecho al respeto de la vida familiar en virtud del artículo 8 del Convenio.

B) Sentencia Labassee contra Francia.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Labassee contra Francia*²²¹ surge a raíz de un contrato de gestación por sustitución celebrado por Francis y Monique Labassee, un matrimonio francés que, ante la infertilidad de ella, deciden viajar a Estados Unidos para convertirse en padres. En el proceso, se usó el material genético del padre y los gametos de una tercera mujer anónima.

Conforme a la ley estadounidense, el Tribunal de Minnesota atribuyó la paternidad al padre biológico (Francis) y determinó a Monique como madre de la menor llamada Juliette. En Francia, los tres desarrollaron una vida familiar de facto, pero, el Tribunal francés de Primera Instancia de Nantes se negó a inscribir en el Registro Civil francés el acta de nacimiento por considerarlo contrario al orden público. Se fue recurriendo dicha resolución sucesivamente hasta llegar al Tribunal de Casación que ratificó la primera resolución fundamentando que, conforme al derecho interno francés, la gestación por sustitución está prohibida y, por tanto, está penada por ley.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determina que sí existe una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar derivada del no reconocimiento del certificado de nacimiento al considerar que altera la realidad familiar. Fundamenta que, para que pueda darse una injerencia legalmente, el artículo 8 de la Convención establece tres requisitos: que esté previsto por la ley, que tenga un objetivo legítimo y que sea necesario desde la perspectiva de una sociedad democrática. Así pues, nadie duda del carácter legal de la injerencia que regula el artículo 16.7 del Código Civil francés.

En segundo lugar, el Tribunal concibe como legítima la finalidad última de las autoridades francesas en aras de la defensa de sus valores sociales y de la prevención del fraude de ley yendo a otros países a realizar lo que en su Estado está prohibido. La problemática reside en el tercer requisito que exige que la injerencia debe ser necesaria desde la concepción democrática. En este sentido, el Estado tiene un mayor margen de apreciación cuando se trate de cuestiones éticas, que se verá restringido notablemente cuando dicha decisión vaya a afectar a la identidad de los individuos. Un principio fundamental en esta materia para atender a esta última condición va a ser el del interés superior del menor, que comprende dos dimensiones: el respeto de la vida familiar y el respeto de la vida privada.

En cuanto a la primera cuestión, el matrimonio Labassee entiende que se está vulnerando su derecho a la vida familiar, puesto que la falta de inscripción del acta de nacimiento en el Registro Civil francés lleva a que, legalmente no tengan vínculo jurídico alguno con Juliette. Esto supone un grave perjuicio a su vida familiar, ya que, a título ejemplificativo, la hija no podría obtener la nacionalidad francesa ni por consiguiente, el respectivo pasaporte, además de no figurar en el libro de familia correspondiente. Por su

²²¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2014). Sentencia 65941/11 de 26 de junio de 2014, *Labassee c. Francia*

parte, el Gobierno expone que no ha habido vulneración alguna puesto que, conforme al artículo 18 CC francés, la menor contaba con la posibilidad de lograr la nacionalidad cuando algún progenitor la tenga, como es este caso, alegando el acta de nacimiento estadounidense.

Ahora bien, el Tribunal duda de la posibilidad de aplicar este artículo, por una parte, porque, a efectos del no reconocimiento del certificado de nacimiento, ni Francis ni Monique son los padres de Juliette legalmente. Por otra parte, recela de la aplicación del artículo 47 del Código Civil francés, ya que éste hace referencia al reconocimiento de actas de estado civil extranjeras salvo que sean falsas o irregulares. Por tanto, surge la incógnita de si encajaría en el precepto el supuesto de que dichas actas fueran contrarias al orden público. De igual manera, el Tribunal no entiende que se haya producido una vulneración del derecho a la vida familiar porque de facto se ha permitido que desarrollen una vida familiar equiparable a una familia legalmente constituida. Si bien es cierto que al no reconocer el acta de nacimiento conlleva dificultades para con la administración, la Corte entiende que dichas dificultades no son insuperables. Se pondera así, los intereses de la familia con los del Gobierno francés.

Respecto del derecho a la vida privada, se entiende comprendido el ámbito de la identidad donde desempeña un papel fundamental la filiación. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, sabemos que legalmente no existe vínculo jurídico entre Francis y Monique con Juliette. Ahora bien, si partimos de otro factor clave en la identidad de una persona como es la nacionalidad, surgen dudas acerca de que la hija pueda convertirse en ciudadana francesa, y, en consecuencia, su situación jurídica se vería afectada por lo que respecta, por ejemplo, de sus derechos sucesorios. Así pues, no se puede privar al menor de sus derechos, especialmente de su relación con el que es su padre biológico, como ocurre en el supuesto al no reconocer las autoridades nacionales el acta de nacimiento. Al darse una situación de gran incertidumbre para la menor, el TEDH fundamenta que sí se está vulnerando gravemente el derecho a la vida privada de la menor.

Por todo ello, se condena a Francia al pago de 5.000 euros por daños morales, en vez de los 30.000 que se pedían, además del pago de costas que alcanzan un total 4.000 euros ya que solo se incluyen las relativas al proceso francés, excluyendo las del proceso americano del acta de nacimiento. Consecuentemente, se reconoce la vulneración del derecho de la vida privada, no así para la vida familiar.

En conclusión, es preciso poner de relieve que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en ningún momento quiere intervenir en la normativa francesa²²², sino que les reconoce ese ámbito de mayor margen de apreciación de los Estados sobre las cuestiones morales. No obstante, pondera este derecho con el interés superior del menor como un principio rector del ordenamiento de esta materia y estima que, la prohibición de la gestación por sustitución, en ningún caso, da motivos para poder dejar en situación de desamparo a los hijos.

Tanto la sentencia *Mennesson* como la sentencia *Labassee* sentaron un precedente fundamental en materia de gestación por sustitución, y donde en sucesivas sentencias, se ha ido desarrollando más profundamente todo lo que se expone estas dos resoluciones pioneras.

²²²DURÁN AYAGO, A. (2014). “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson c. France* (nº 65192/11) y el caso *Labassee c France* (nº 65941/11) de 26 de junio de 2014” *Ars Iuris Salmanticensis*, vol 2., págs. 277-282

C) Sentencia D. y otros contra Bélgica

En este caso, un matrimonio belga recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una supuesta vulneración de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cometida por las autoridades nacionales de Bélgica²²³.

Los demandantes viajaron a Ucrania para el nacimiento de su hijo por medio de gestación por sustitución, y tiempo después, acudieron a la embajada belga para solicitar la expedición de un pasaporte para el menor a efectos de poder regresar de nuevo a su país de origen. Sin embargo, las autoridades belgas denegaron el documento porque el matrimonio no presentó los documentos necesarios que acreditaran la filiación.

Pese a la negativa, el abogado de las partes interpuso una demanda fundamentada en el artículo 27 del Código de Derecho Internacional Privado belga sobre el reconocimiento de la validez del acto de nacimiento ucraniano del niño. Sin embargo, el Tribunal de primera instancia de Bruselas en vía de urgencia la desestimó dado que, conforme al derecho belga, la maternidad surge del parto y no se reconoce un nexo de filiación entre la madre y el menor; y en cuanto a la paternidad no se aportó el contrato de gestación ni tampoco una prueba certificada de ADN. Una vez que expiró el derecho de residencia de los progenitores, éstos regresaron a Bruselas viéndose obligados a dejar al niño en Ucrania.

Ahora bien, la Corte de Apelación Belga declaró que el recurso interpuesto por las partes era fundado ya que el contrato de gestación era conforme a derecho ucraniano. Añadió que el vínculo de filiación no infringía el orden público belga y atendiendo a una ponderación de intereses, era preciso tomar en consideración el derecho a una vida familiar con el menor de edad. Por ende, se ordenó a las autoridades belgas que expidieran el documento.

En cuanto a los fundamentos de derecho, en primer lugar, los demandantes alegan una vulneración de su derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH dada la separación temporal entre ellos y el menor de edad.

La postura del Estado Belga se constituye en que no hubo una separación efectiva y, que el certificado de nacimiento no era válido al no existir un convenio entre Bélgica y Ucrania sobre el reconocimiento de certificados extranjeros, justificando la denegación del documento en virtud de los artículos 27 y 62 de su Código de Derecho Internacional Privado. Asimismo, afirma que la negativa del juez de primera instancia a expedir el pasaporte fue razonada en base a la omisión de documentos que probaran la relación biológica con el menor por parte de los demandantes y que conocían o debían haber conocido la normativa aplicable.

Por su parte, los demandantes declaran que la separación fue contraria al interés superior del menor, además de considerar que la negativa constituía una injerencia desproporcionada en el derecho al respeto de la vida familiar entre padres e hijos, el cual debe prevalecer sobre los intereses del Estado. Por otra parte, el Centro Europeo para la Ley y la Justicia como tercero coadyuvante opina que el Estado belga perseguía objetivos legítimos como la lucha contra el fraude del estado civil, la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de los intereses del menor.

Finalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la situación que se denuncia se subsume en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio puesto

²²³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2014). Sentencia 29176/13 de 8 de julio de 2014, *D. y otros c. Bélgica*.

que, los demandantes tomaron las medidas necesarias para que la vida familiar fuera efectiva desde el momento del nacimiento, aparte de la convivencia posterior en Bélgica de ambos con el menor.

Sin embargo, el Tribunal considera manifiestamente infundadas las quejas de los demandantes en cuanto a la separación temporal con el niño porque las autoridades belgas actuaron en todo momento dentro del “amplio margen de apreciación” que tienen reconocido. A este respecto, la interpretación que hace el TEDH del Convenio es que, no se puede imponer la obligación a los Estados de autorizar la entrada en su territorio de menores nacidos por medio de gestación por sustitución sin antes realizar las comprobaciones pertinentes. Añade que, el periodo de tiempo que se dedicó a dicho control legal no solo, no puede calificarse como excesivo, sino que, el tiempo que se tardó en expedir el salvoconducto se debió, en parte, a la falta de pruebas suficientes que acrediten los vínculos biológicos con el menor. En efecto, los demandantes debían haber previsto el procedimiento a seguir en Bélgica, a efectos del reconocimiento del vínculo de filiación entre ellos y el niño.

En segundo lugar, los demandantes adujeron la vulneración del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por la existencia de un trato inhumano o degradante. Las partes fundamentan su postura en la estancia del niño en un país en el que no es ciudadano, no tiene derecho de residencia ni filiación establecida, además de la imposibilidad de acceso a asistencia sanitaria y su posible internamiento en un orfanato con el riesgo de adopción que ello supone.

Ahora bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reitera que las alegaciones de tratos inhumanos o degradantes del precepto tercero deben fundarse en pruebas adecuadas más allá de toda duda razonable. Dado que, los demandantes no han aportado ninguna prueba de la que pueda deducirse un trato perjudicial para el menor de edad durante su periodo de separación y apreciar el Tribunal que no se ha alcanzado el umbral mínimo de gravedad que exige el artículo 3 del Convenio, se considera la demanda manifiestamente infundada.

En último lugar, el Tribunal concluye, en virtud del artículo 37 del Convenio, con el archivo de la reclamación de los demandantes en cuanto a la negativa de las autoridades belgas a la expedición del pasaporte para el menor, dados los acontecimientos sobrevenidos a la interposición de la demanda como la llegada del niño a Bélgica tras facilitarle el respectivo salvoconducto.

D) Sentencia Foulon y Bouvet contra Francia.

Esta sentencia fue dictada el 21 de octubre de 2016 y responde a dos demandas: la 9063/14 y la 10410/14²²⁴.

La primera demanda se presenta por Didier Foulon, padre biológico de Emilie Sanja Laurien Foulon, nacida en 2009 en la India de una madre biológica hindú. En Francia, no se reconoce el acta de nacimiento indio sobre la menor y, por ende, se recurre esta decisión ante el Juzgado de Primera Instancia de Nantes que entiende que no se puede demostrar que se haya celebrado un contrato de gestación por sustitución. Posteriormente, tanto la Corte de Apelación como el Tribunal de Casación corroboran que, efectivamente, se trata de un contrato de gestación por sustitución por dos razones. La primera es que, aunque le

²²⁴Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2016). Sentencia 9063/14 de 21 de julio de 2016, *Foulon y Bouvet c. Francia*

paga 1.500 euros en India, dicha cantidad se corresponde con tres años de salario; y la segunda es la falta de proyecto de vida común de la madre con su hijo.

La segunda demanda versa sobre Philippe Bouvet que, en un centro especializado de la India, practica un contrato de gestación por sustitución con una madre india, a partir del cual nacen Adrien Bouvet y Romain Bouvet. En el consulado francés de Bombay se inicia el procedimiento para el reconocimiento del acta de nacimiento hindú, que fue denegada por las autoridades francesas. Se recurrió dicha decisión y en primera instancia se dictó que, aunque efectivamente se trataba de un contrato de gestación por sustitución, no se podía vulnerar el interés superior del menor. Por ello, se entendió que había que reconocer el acta a efectos de la relación biológica con el padre, permitiendo la ejecución de la sentencia provisionalmente y la entrega del respectivo pasaporte. Dicha decisión fue ratificada en la Corte de Apelación. Sin embargo, en la Corte de Casación se denegó todo lo dictado con anterioridad, puesto que, se trataba de un acta que no debía ser inscrita por ser contraria a la ley francesa.

Debido a las similitudes entre ambos casos el Tribunal decidió acumularlos y resolverlos en una misma sentencia.

Así pues, las partes alegan una violación de su derecho a la vida familiar y privada del artículo 8 CEDH. El Gobierno francés, por su parte, alega que, aunque es cierto que se ha denegado la inscripción del acta de nacimiento, ha tenido lugar un cambio en la jurisprudencia. En ese momento, no había motivos para denegar la inscripción de la relación entre el padre biológico y los hijos; no obstante, se tendrá que acudir a otras vías tales como el reconocimiento de la paternidad o la posesión de estado.

El TEDH entiende que existe una gran similitud entre estos dos casos y los casos *Menesson* y *Labassee* y por tanto no existe motivo para dictar una resolución distinta a aquellos. De tal manera que, volviendo a esa lógica jurisprudencial que se ha analizado anteriormente se ha producido una lesión al derecho de la vida privada, no así con el derecho a la vida familiar.

Es preciso añadir que se lleva a efecto el cambio jurisprudencial que se ha adoptado en Francia en la que no debe haber impedimentos para reconocer la relación jurídica entre el padre biológico y sus hijos a través de los mecanismos de la posesión de estado y el reconocimiento de la paternidad. Además, el Estado francés contempla la posibilidad de reconocer las actas de nacimiento surgidas por gestación por sustitución siempre que se respeten los requisitos del artículo 47 del Código Civil francés, cosa que alegaban no ocurría en este supuesto.

El TEDH determina que, en base a la jurisprudencia anterior, se ha violado el derecho a la vida privada, y por ello corresponde una indemnización por daño moral correspondiente a 5.000 euros por cada hijo. Obliga al Estado francés al pago de las costas a favor de ambos denunciantes, correspondiendo a cada uno un total de 15.000 euros. Todo ello sometido al pago de intereses moratorios que pudieran devenir. Por tanto, incluimos esta sentencia dentro de las que optan por la protección del menor al considerar que ha habido una vulneración de sus derechos.

E) Sentencia Laborie contra Francia.

Esta resolución tiene lugar a raíz de un acuerdo de gestación por sustitución celebrado en Ucrania por la señora y el señor Laborie, primera y segundo demandante respectivamente. Nacieron dos menores: Manon Laborie y Matéo Laborie, tercera y

cuarto demandante. En este asunto, van a tener una importancia primordial los asuntos *Menesson* y *Labassee* como veremos a continuación.²²⁵

Los primeros demandantes solicitaron ante la embajada de Francia en Ucrania la inscripción de las partidas de nacimiento de la tercera y cuarto demandante, pero dicha solicitud fue rechazada por el fiscal de la República de Nantes alegando indicios de haberse producido esos nacimientos por gestación subrogada. Por consiguiente, los demandantes acudieron ante el Tribunal de Gran Instancia de Nantes para obtener la inscripción de las actas de nacimiento. Sin embargo, el Tribunal declaró que, conforme al principio fundamental del derecho francés sobre la indisponibilidad del estado de las personas, no estaba permitido consentir un acuerdo de gestación por sustitución. Argumentaron que, aunque sea lícito en el extranjero, es nulo en el derecho francés en virtud de los artículos 16.7 y 16.8 del Código Civil.

Desestimadas sus pretensiones, los primeros demandantes interpusieron un recurso ante el Tribunal de Apelación de Rennes, que confirmó lo ya expuesto por el Tribunal de Gran Instancia de Nantes y, añadió que estos actos no pueden beneficiarse de ninguna eficacia en relación con el artículo 47 del Código Civil. Señaló que no se puede probar que la señora Laborie diera a luz en el hospital de Jarkov, porque no se presentó ningún certificado de un médico o de una ginecóloga. Asimismo, consideró que no se contraviene el interés superior del menor, ya que la filiación está reconocida en Ucrania.

Los demandantes no recurrieron en casación y en consecuencia, presentan un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos invocando el artículo 8 del Convenio.

Sobre la admisibilidad del recurso, el Gobierno pide que se desestime el recurso por dilación en su interposición y los demandantes subrayan que no estaba totalmente descartado que el Tribunal de Apelación de Rennes les hubiera dado la razón en contraposición con lo que establecen las sentencias del Tribunal de Rennes. Finalmente, el Tribunal declara admisible el recurso en virtud de los artículos 35.1 y 35.3 del Convenio, alegando que «no puede reprocharse a los demandantes que hayan apelado la sentencia de 10 de noviembre de 2011 y que hayan esperado la sentencia del Tribunal de Apelación de Rennes de 8 de enero de 2013».

Sobre el fondo del asunto, los demandantes alegan que se ha violentado el derecho al respeto a la vida familiar, pues se encuentran privados de la patria potestad y de la nacionalidad francesa, entre otras cuestiones. Además, se enfrentan a obstáculos ante todas las Administraciones, ya que se les exige un certificado de nacimiento y otros documentos imprescindibles a los que no pueden acceder. Por su parte, el Gobierno apunta al cambio que se produjo en la jurisprudencia del Tribunal de Casación sobre esta cuestión: «con un documento extranjero establecido legalmente según el derecho local y que permita establecer la reacción de filiación con el padre biológico, ya no puede oponerse ninguna barrera para la inscripción de la filiación biológica». Alega que la denegación de esa inscripción no puede afectar al derecho al respecto a la vida privada de los demandantes, ya que se les da la posibilidad de establecer su filiación por otros medios jurídicos. Asimismo, señala que no afecta tampoco al ámbito de la vida familiar, basándose en las sentencias *Menesson* y *Labassee*.

Finalmente, el Tribunal falla, por unanimidad, que en la línea de las sentencias *Menesson*, *Labassee* y *Foulon y Bouvet* no se ha violado el artículo 8 del Convenio respecto al derecho al respeto de la vida familiar de los demandantes. Sin embargo, en lo

²²⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2017). Sentencia 44024/13 de 19 de enero de 2017, *Laborie c. Francia*

relativo a la vida privada, afirma que sí se ha visto afectado. Por ende, declara que, si bien ahora se reconocían por el derecho francés otros métodos para establecer la filiación, se imposibilitó durante casi cuatro años y ocho meses el reconocimiento jurídico de este vínculo de filiación.

F) Sentencia Paradiso y Campanelli contra Italia.

Se plantea ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una demanda basada en una presunta vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos contra Italia por los hechos siguientes.²²⁶

Las partes son un matrimonio italiano que recurrió al método de gestación por sustitución en Moscú (Rusia) con el objetivo de convertirse en padres. Después, acudieron al consulado de Italia para obtener los documentos de viaje necesarios que posibilitaran su regreso al país junto con el menor. Para ello, aportaron el certificado de nacimiento donde figuraban como padres biológicos. Sin embargo, se descubrió que el esperma que había aportado el padre finalmente no se utilizó para la fecundación y, por ende, no había ningún vínculo biológico entre el menor de edad y los demandantes. La reacción de las autoridades italianas fue abrir un proceso penal contra el matrimonio por la utilización de documentos falsos al valorar el certificado de nacimiento como fraudulento. Por su parte, el Juzgado de menores consideró que el niño se encontraba en situación de abandono, por lo que fue dejado al cuidado de los servicios sociales de protección de menores para ser dado posteriormente en adopción.

Desde la perspectiva del derecho internacional privado en Italia, la relación paterno-filial está determinada legalmente por la ley nacional vigente en el momento de nacimiento del menor. En este caso, el estado civil italiano exige que las declaraciones de nacimiento que conciernen a las autoridades del país deben ser transmitidas por los consulados, y los documentos extranjeros que se aporten y contemplen la existencia de relaciones familiares no pueden ser contrarios al orden público internacional italiano.

El TEDH entiende que el caso no puede subsumirse en el concepto de «vida familiar» del artículo 8 CEDH dada la corta duración de la relación entre los demandantes y el menor y la incerteza de los vínculos paterno-filiales desde una perspectiva legal. Ahora bien, dado el tiempo y los esfuerzos que han dedicado para convertirse en padres, el Tribunal considera que, a la luz de los hechos narrados, que van desde la retirada del menor hasta dejarlo a cargo de los servicios sociales para su posterior adopción, se ve afectada la vida privada de las partes. Dicha interferencia podría ser contraria al precepto octavo, sin embargo, el TEDH justifica las medidas impugnadas en base al párrafo segundo del artículo 8, por su conformidad con la ley para cumplir con finalidades legítimas como la protección de los derechos y libertades de los menores y la prevención del desorden.

No obstante, confiesa que no es su cometido sino de las autoridades nacionales determinar la política más adecuada para la compleja regulación de las relaciones paterno-filiales entre los padres comitentes y los recién nacidos como consecuencia de la práctica de gestación por sustitución. Dejando a los estados un amplio margen de apreciación de la legalidad de estas cuestiones, el Tribunal recuerda que debe cumplirse con la proporcionalidad entre los fines legítimos y los intereses públicos y privados. Además, pone de relieve que la legislación italiana trate de proteger el interés superior

²²⁶Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2017). Sentencia 25358/12 de 24 de junio de 2017, *Paradiso y Campanelli c. Italia*

del menor, prohibiendo las prácticas consideradas ilegales a la vez que tomando las medidas necesarias para combatirlas y asegurar el interés público.

Finalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falla, con once votos a favor y seis en contra, que no ha tenido lugar vulneración alguna del artículo 8 CEDH al aceptar el margen de apreciación con el que cuentan los tribunales italianos a la hora de valorar la legalidad de la práctica, aunque siempre asegurando que el menor no sufra perjuicio grave o irreparable por las circunstancias. Ahora bien, el Tribunal no subestima el impacto emocional que negativamente ha aflorado en los demandantes como consecuencia de su separación del niño, además de la intromisión en su vida privada en cuanto a su deseo de convertirse en padres. Pese a que los intereses públicos pesaron más en la balanza, está de acuerdo en que, en aras a continuar la relación familiar entre el menor y las partes, enuncia la posibilidad de recurrir a la adopción del menor, respetando lo dispuesto en la normativa italiana.

En esta sentencia, hubo cuatro votos particulares que, aunque estaban de acuerdo con la decisión final, quisieron matizar el razonamiento jurídico que llevó a dicha conclusión. En su opinión, el concepto de «vida familiar» del precepto 8 CEDH es bastante ambiguo y no puede limitarse sólo a vínculos afectivos *per se*, ya que estos mismos pueden existir fuera de cualquier ámbito familiar y no recibir una protección frente a la injerencia del Estado. Añaden que, lo que está en juego no es el derecho al respeto de la decisión de los demandantes de ser padres, sino a la forma en que intentaron alcanzar dicho objetivo. Por ende, consideran que las medidas adoptadas con respecto del menor no equivalen a una injerencia en la vida privada de las partes, puesto que, a su juicio, no es el contenido del derecho que protege y los tipos de injerencia que contempla el artículo 8 CEDH.

G) Dictamen en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente

El dictamen al que nos vamos a referir fue emitido el 10 de abril de 2019 al amparo del artículo 1 del Protocolo N° 16 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²²⁷. No se pretende ni mucho menos que el Tribunal sea el que resuelva el caso concreto, sino que, en realidad, el Tribunal de Casación francés solicita la opinión del primero sobre cómo actuar de cara a la resolución del caso. De cualquier manera, es conveniente resaltar que el dictamen no tiene fuerza vinculante pero eso no le priva de importancia en lo relativo a la fundamentación jurídica.

Los antecedentes directos en los que se basa la solicitud del dictamen se contextualizan en la sentencia *Menesson v France* (véase supra). Se deja constancia en los párrafos 28 y siguientes del dictamen que, la finalidad del mismo no es resolver toda la problemática relativa a la gestación por sustitución sino que va a centrarse en responder dos preguntas: (1) en aquellos casos que la ley de un Estado regule la posibilidad de inscribir al padre comitente que es, a su vez padre biológico del niño, si también ha de reconocerse la posibilidad de inscribir la relación jurídica de la madre comitente con el niño y (2) si para proteger el derecho a la vida privada del hijo es obligatorio tener que inscribir el certificado de nacimiento emitido en el extranjero en el registro de

²²⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2019). Dictamen en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y madre comitente, Estrasburgo, 10 de abril de 2019, p. 15.

nacimientos, matrimonios y defunciones, o si es susceptible de llevarse a cabo por otras vías.

Para dar respuesta a la primera cuestión, el Tribunal hace valer dos principios que considera fundamentales: el interés superior del menor y el nivel de discrecionalidad del Estado.

En primer lugar, para poder maximizar el interés superior del menor, será necesario llevar a cabo un análisis individualizado del caso concreto en vez de realizar un análisis en abstracto. Ahora bien, es lógico suponer que si no se reconoce legalmente a la madre comitente como madre legal del menor se está ocasionando un perjuicio innecesario al menor. Este perjuicio se manifiesta en que el menor podrá verse limitado en sus derechos sucesorios, de nacionalidad, etc. Por tanto, si no se reconoce la situación paterno-filial con la madre comitente, que será con quien desarrollen buena parte de su vida, los niños se verán gravemente afectados en dichos derechos, atacando así el interés superior del menor que es un valor superior del ordenamiento.

Por otra parte, en cuanto a la discrecionalidad del Estado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fundamenta que cuando entran en juego valores básicos e importantes de la vida de las personas, tales como las relaciones de parentesco, el Estado no puede tener una amplia discrecionalidad a la hora de tomar decisiones. Si analizamos detenidamente el problema, no es solo si se permite o no inscribir en el registro correspondiente esa relación paterno-filial sino que está afectando una cuestión fundamental como es el desarrollo personal de los menores en una etapa crucial como es la infancia y juventud y de la relación con sus figuras parentales, que obviamente gozan de una importancia trascendental.

En conclusión, dada la gran importancia del interés del menor y el bajo grado de discrecionalidad que tienen los Estados, el Tribunal afirma que es crucial que el Estado que permite la inscripción del padre comitente, que es también es el padre biológico, también regule la manera en la que se vaya a reconocer la relación maternofilial de la madre comitente con el menor.

Es importante puntualizar, que, en base a los antecedentes del caso, la situación sobre la que resuelve el Tribunal es aquel supuesto donde se usan gametos femeninos de la mujer con la que se ha realizado el contrato de gestación por sustitución y el material genético masculino del padre comitente. En el propio dictamen se hace constar explícitamente que si estamos ante una situación donde los óvulos son de la madre comitente es aún más claro que debe reconocerse la maternidad respecto al hijo. Sin embargo, lo que no deja claro es si ha de hacerse de la misma manera que se realiza con el padre biológico en el resto de los casos.

A la hora de resolver el segundo problema, es decir, la obligatoriedad de inscripción del acta de nacimiento del país extranjero es preciso atender, de nuevo, al interés superior del menor que es un principio rector fundamental de esta materia. Como ya hemos explicado anteriormente, lo que más interesa al menor es que el trámite sea llevado a cabo en la mayor brevedad posible pues todo ese tiempo en el que no esté determinada dicha relación jurídica es un periodo de inseguridad jurídica para él. Ahora bien, el Tribunal no aboga aquí por una solución estricta, sino que, a diferencia de la pregunta anterior, sí se da margen de maniobra para que el Estado pueda decidir y por tanto no se puede obligar a las autoridades nacionales a inscribir en sus registros correspondientes las partidas de nacimiento extranjeras. Ahora bien, aunque no sea obligatorio sí que debe existir algún mecanismo que asegure la protección del menor donde, en este caso, los Estados gozan de una amplia discrecionalidad para poder establecerlo y regularlo.

Por tanto, se opta por una interpretación finalista, es decir, no se exige el reconocimiento de las decisiones extranjeras siempre que exista algún mecanismo que permita constituir una relación jurídica entre la madre comitente y el hijo. Para poder cumplir con tal fin, de manera general se va a acudir a la adopción siempre y cuando se trate de un procedimiento garantista y rápido. Ya que cuanto más rápido sea el proceso menor será el periodo de tiempo en el que el niño se encuentre en una situación de vulnerabilidad. Eso sí, hay que concretar que no será el TEDH el que juzgue si la adopción de cada país cumple con los requisitos de garantía mínimos sino que ese control lo tendrán que hacer los órganos internos de cada Estado.

Para concluir, atendiendo al artículo 8 CEDH, se entiende imprescindible el reconocimiento de la relación jurídica entre la madre comitente y el hijo, pero no es necesaria la inscripción de la partida extranjera en el registro nacional correspondiente. Es suficiente que exista un procedimiento «que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño» ya sea por medio de la adopción o cualquier otro que cumpla con esa finalidad y las garantías requeridas.

Aun así, a la pregunta de qué ocurriría si la madre comitente es quien aporta el material genético y si habría de procederse de la misma manera lo que el TEDH ha alegado es que sería necesario atender a la circunstancia concreta del caso y por ende, no puede resolver en el propio Dictamen²²⁸.

H) Sentencia C. y E. contra Francia.

Los antecedentes son dos demandas: la demanda nº 1462/18 y la demanda 17348/18 que el Tribunal decidió valorar conjuntamente por la similitud de fundamentos de hechos y cuestiones jurídicas expuestas.²²⁹

Por un lado, tenemos la primera demanda que surge a raíz de un acuerdo de gestación por sustitución celebrado entre el matrimonio C y la madre subrogada, para el cual se utilizaron gametos del Sr C. y gametos de una tercera donante. Fruto de esa gestación por sustitución nació el menor C y así se hizo constar en el certificado de nacimiento en el Estado de Florida.

Posteriormente, el matrimonio C solicitó que se inscribiera el certificado de nacimiento en el consulado francés en Miami. Sin embargo, el Cónsul sospechaba que podrían haber recurrido a la práctica de la gestación por sustitución y remitió el expediente a la Fiscalía de Nantes que se denegó de manera rotunda sus pretensiones. Adujo que la señora C tenía 45 años cuando presuntamente había dado a luz y que no comunicaron el certificado de nacimiento y el brazalete hospitalario. En consecuencia, el matrimonio acudió, en virtud de los artículos 8 y 14 del Convenio, al Tribunal de Gran Instancia de Nantes para refutar lo expuesto por el Fiscal y poder obtener el certificado de nacimiento del menor. Dicho Tribunal les dio la razón, señalando que el Fiscal no se había ajustado a lo dispuesto en el artículo 47 del Código Civil.

El Tribunal de Apelación de Rennes confirmó la sentencia, admitiendo únicamente la filiación paterna. Declaró que el hecho de desestimar la filiación materna se debía a proteger el interés del menor y de la madre subrogada. Además, consideró que no se había

²²⁸ DURÁN AYAGO, A. (2019). “Protocolo nº16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Gestación por sustitución: primera consulta planteada por la Corte de Casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar todo el camino.” *Revista General de Derecho Europeo*, Nº48.

²²⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2019). Sentencia 1462/18 y 17348/18 de 19 de noviembre de 2019, *C y E c. Francia*

producido una violación del derecho del menor al respeto de la vida privada y familiar, porque no ha sido cuestionada su acogida en el hogar por las autoridades francesas. Frente a esta sentencia no interpusieron recurso de casación y acudieron directamente al TEDH.

Por otro lado, la segunda demanda surge como consecuencia de un acuerdo de gestación subrogada celebrado en Ghana entre el matrimonio E y la madre subrogada; utilizando gametos del señor E y gametos de una tercera donante, al igual que en el supuesto anterior. Nacieron tres hijos como resultado de esa gestación por sustitución y se inscribió como padres al Sr. y la Sra. E.

Seguidamente, el matrimonio E solicitó en la Embajada de Francia en Ghana, la inscripción de los certificados de nacimiento. Pero, el Fiscal de Nantes decidió suspender esa inscripción, dando lugar a un largo proceso judicial muy similar al derivado de la primera demanda anteriormente expuesta.

Sin embargo, a diferencia del supuesto anterior, aquí sí intervino el Tribunal de Casación, declarando lo mismo que estableció el Tribunal de Apelación de Rennes en lo relativo a la denegación de la filiación materna de la Sra. E. Se podrá optar por la vía de la adopción de los menores que será concedida siempre que se cumplan las condiciones que estableció el Ministerio de Justicia francés el 24 de julio de 2017 en un comunicado derivado de tres sentencias del Tribunal de Casación de 5 de julio de ese mismo año.

Los primeros y los segundos demandantes decidieron recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud del artículo 8 y el artículo 14 del Convenio.

En lo relativo a la violación del artículo 8 del Convenio, el Gobierno alega que las Señoras C y E no habían visto afectado su derecho al respeto a la vida privada, porque podían haber establecido esa relación paternofamiliar entre madre no genética (3) e hijo a través de la adopción. Por su parte, los demandantes consideran que no tenía sentido denegar la inscripción de la madre no genética o intencional, pero sí admitirla respecto de su marido (presunción de paternidad). Además, señalan que «*no están solicitando el establecimiento de una filiación ya establecida*», porque ya hay una partida de nacimiento que solamente había que inscribir.

Finalmente, el TEDH sentencia que hay una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada. No obstante, aduce que dicha intervención por parte de las autoridades francesas está prevista y amparada por la ley, en atención a dos razones: la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los demás. En consecuencia, el Tribunal da la razón al Gobierno y declarando infundadas las pretensiones de los demandantes, desestimando la demanda en virtud del art. 35.3 a) y 4 del Convenio.

Respecto a la violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8, el Gobierno alegó que las pretensiones son infundadas, porque «no han hecho una distinción basada en el modo de concepción de los menores» y volvió a recordar la posibilidad de optar por la adopción. En contraposición, los demandantes manifestaron que se estaba contraviniendo el interés del menor con estas inscripciones parciales. Asimismo, apelaron a nuevas posibles soluciones que podía adoptar el Gobierno para regular este tipo de situaciones cada vez más presentes.

La posición del TEDH es clara: el Estado es el encargado de determinar los medios para reconocer un vínculo de filiación. Por lo tanto, desestima sus pretensiones en virtud del art. 35.3 a) y 4 del Convenio. En conclusión, falla, por unanimidad, declarar inadmisibles las dos demandas presentadas.

I) Sentencia D. contra Francia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aborda una posible vulneración de los artículos 8 y 14 CEDH por parte del estado francés ante su negativa a la inscripción de un certificado de nacimiento de una menor nacida en Ucrania por medio de la gestación por sustitución.²³⁰

Los demandantes son un matrimonio francés que solicitó a la embajada de Francia en Kiev, la inscripción de la partida de nacimiento de su hija en el Registro Civil francés. Sin embargo, el cónsul decidió aplazar la inscripción y la expedición del correspondiente libro de familia, para finalmente remitir el asunto al Fiscal de la ciudad francesa de Nantes. Éste último informó a la pareja que se habían suspendido todas las solicitudes relativas a la gestación por sustitución puesto que, estaban a la espera de las instrucciones del Ministerio de Justicia relativas al seguimiento de las sentencias del TEDH sobre los asuntos *Menesson c. Francia y Labassee contra Francia*.

No obstante, la demanda que interpusieron las partes fue estimada por el Tribunal de Gran Instancia de Nantes que enfatizó que la negativa a la inscripción en el registro francés no estaba fundada. Entendió que, el hecho de que en el certificado de nacimiento ucraniano se designara como progenitora a la demandante, pese a no haber sido quien diera a luz a la niña, justificaba el reconocimiento de esa filiación legalmente. Por ende, corresponde a las autoridades francesas hacer constar registralmente la partida de nacimiento.

El tribunal de Apelación de Rennes confirmó la sentencia en la medida que aprobaba la solicitud de inscripción de la relación paternofilial. Sin embargo, anuló la designación de la demandante como madre de la menor en el certificado de nacimiento porque conforme al código civil francés no se daba ninguno de los supuestos que permite excepcionar el principio de *mater semper certa est*. Sin embargo, el matrimonio presentó un informe en el que la mujer constaba como madre biológica de la niña.

El asunto fue llevado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ya se había pronunciado sobre la cuestión de la relación jurídica paterno-filial entre el menor y los progenitores cuando sean los padres biológicos. Según su jurisprudencia, el vínculo genético no significa que el derecho al respeto de la vida privada del menor exija el registro de un certificado de nacimiento extranjero. En cuanto a la proporcionalidad de la injerencia en el derecho del artículo 8 CEDH, el Tribunal consideró que las autoridades francesas actuaron dentro del margen de apreciación, además de que pusieron en conocimiento de las partes la posibilidad de establecer la relación jurídica maternofilial por medio de la adopción.

En cuanto al artículo 14 del Convenio que contempla la prohibición de discriminación, en relación con el artículo 8, el TEDH aceptó que, la diferencia de trato que denunciaron los demandantes en cuanto a inscribir al padre intencional como padre biológico del menor, pero que no ocurriera lo mismo con la madre intencional, era razonable. Asimismo, el Tribunal estimó la reclamación que hizo la hija del matrimonio como demandante en cuanto a la discriminación supuestamente sufrida en el disfrute de su derecho al respeto de su vida privada. En opinión del TEDH, había una diferencia de trato entre los niños franceses nacidos fuera del país y los niños nacidos en el extranjero por medio de gestación por sustitución. Éstos últimos, a diferencia de los primeros, no

²³⁰Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2020). Sentencia 11288/18 de 16 de julio de 2020, *D. c. Francia*

podían obtener la inscripción en el registro de su certificado de nacimiento con todos sus datos, puesto que debían recurrir a la adopción para determinar legalmente la relación maternofilial.

Finalmente, el veredicto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue determinar que no hubo violación del artículo 8 del Convenio, ni tampoco del artículo 14 en relación con el artículo 8.

J) Sentencia Valdís Fjölisdóttir y otros contra Islandia.

Se dirime en este asunto una hipotética vulneración del derecho al respeto a la vida familiar y privada contemplado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de las autoridades de Islandia. La narración de los hechos es la que se explican a continuación.²³¹

La parte demandante la conforma un matrimonio de mujeres que contrató los servicios de una agencia de gestación por sustitución en Estados Unidos. En este caso, recurrieron al método de fertilización *in vitro* a partir de gametos de donantes, y, por tanto, no existe vínculo biológico alguno con las madres comitentes. Una vez se registraron en California como las progenitoras del menor y obtuvieron el certificado de nacimiento correspondiente, regresaron los tres a su país de origen.

Se procedió a la solicitud de la inscripción del menor en el Registro de Islandia, utilizando el formulario destinado a los nacionales islandeses nacidos en el extranjero con derecho automático a la nacionalidad islandesa. Sin embargo, cuando las demandantes revelaron que el niño había nacido mediante gestación por sustitución, se procedió a la denegación de la inscripción. El Ministerio del Interior confirmó la decisión del Registro sobre que el menor de edad no tenía derecho automáticamente a la ciudadanía islandesa por dos razones: la primera que, a efectos de la legislación islandesa, la madre de alquiler es la madre del niño y era de nacionalidad estadounidense; y la segunda es que no se ha presentado ningún documento que acredite que el padre biológico fuera ciudadano islandés. No obstante, las demandantes solicitaron la anulación de esta decisión.

Como consecuencia de la entrada en vigor de la *Ley n.º 128/2015 sobre la concesión de la ciudadanía*, el Tribunal de Distrito de Reikiavik le concedió la ciudadanía islandesa al menor para su posterior inscripción en el Registro nacional, pese a que las demandantes siguieran sin constar como progenitoras. Tiempo después, antes de formalizar su divorcio, las madres comitentes solicitaron la adopción del niño que no podría tramitarse mientras estuviera pendiente la solicitud de inscripción de filiación.

El Tribunal del Distrito justificó la injerencia en la vida privada y familiar y consideró que el Estado de Islandia actuó legítimamente por las siguientes circunstancias: Conforme a los principios fundamentales del derecho de familia islandés, la mujer que da a luz a un niño es considerada su madre y no se da en este supuesto. Y, se señaló que, los fundamentos del Derecho internacional privado no obligan a los Estados a reconocer una decisión dictada por las autoridades de otro estado diferente si es manifiestamente incompatible con su orden público internacional en Islandia. Pese a la vida familiar que se originó entre el menor y las progenitoras, el Tribunal reconoció que las autoridades tomaron las medidas necesarias para garantizar el interés superior del menor. Esta misma sentencia del Tribunal de primera instancia fue ratificada por el Tribunal Supremo de Islandia.

²³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2021). Sentencia 71552/17 de 18 de mayo de 2021, *Valdís Fjölisdóttir y otros c. Islandia*

Ahora bien, en cuanto a los fundamentos de derecho, se expone lo siguiente. Las pretensiones de las demandantes se fundamentan en que el rechazo por parte de las autoridades islandesas a inscribirlas como progenitoras en el registro supuso una grave interferencia en su derecho al respeto a la vida privada y familiar. Añaden que, la prohibición de la gestación por sustitución en Islandia no tiene una aplicación extraterritorial y por ello, acudieron a California actuando conforme a la ley estadounidense. Por su parte, el Gobierno de Islandia niega la vulneración y no encuadran en el precepto 8 CEDH el derecho a tener familia o adoptar. Además, afirma que el Estado debe gozar de un amplio margen de apreciación para decidir sobre este tipo de cuestiones, y más en este caso, donde no había vínculo biológico, así como encargarse de proteger el derecho de los niños a conocer sus orígenes.

En el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el concepto de «vida familiar» del artículo 8 CEDH, se hace referencia a la sentencia *Paradiso y Campanelli contra Italia*. Considera que, este precepto no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar y entiende que se refiere a las relaciones basadas en el matrimonio y también a otros vínculos familiares de facto, que demuestren que la relación tenía suficiente constancia. El TEDH para examinar la calidad de los vínculos familiares, atenderá al papel desempeñado por los demandantes con respecto del menor y la duración tanto de su convivencia en común como de la convivencia posterior individualmente con cada una de las progenitoras.

Para su decisión final, el Tribunal toma en consideración dos cuestiones; la primera es el principio básico de la maternidad en el estado islandés donde la madre es la mujer que da a luz al menor, y la segunda es que, la gestación por sustitución está sujeta a responsabilidad penal si se produce dentro de la jurisdicción islandesa. Ahora bien, no se puede obviar que el menor ha estado en todo momento bajo los cuidados de ambas demandantes, desde su nacimiento hasta el momento presente, es decir, toda la vida del niño. En este sentido, el TEDH entiende que, por una parte, es de aplicación el concepto de «vida familiar» del artículo 8 y por otra, aprecia que, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo de Islandia, la denegación por parte de las autoridades está fundada.

Por lo que respecta de si se perseguía un fin legítimo y si tiene cabida en una sociedad democrática, el TEDH cita la sentencia *Menesson* y la sentencia *Paradiso y Campanelli*. Se justifica la legitimidad de la actuación de las autoridades ya que estuvieron encaminadas a proteger los derechos y libertades de terceros, como el derecho de los menores a conocer sus orígenes. Asimismo, deja a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación en cuanto a si la interferencia es necesaria o no en una sociedad democrática, dada la delicadeza moral y ética de estas cuestiones sobre las que no hay consenso. Resalta la idea de buscar un equilibrio entre los intereses públicos y privados y los derechos consagrados en el Convenio.

Por último, el Tribunal acuerda por unanimidad que no ha tenido lugar vulneración alguna del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Concluye que el no reconocimiento del vínculo paternofamiliar logró con éxito equilibrar la balanza entre el derecho al respeto de la vida familiar de las demandantes y los intereses generales que el Estado pretendía proteger con la prohibición de la gestación por sustitución.

Merece especial mención el voto particular del Juez P.Lemmens que consideró importante señalar una serie de cuestiones. La primera es que no se puede limitar el reconocimiento de filiación solamente al vínculo biológico. La no determinación de la filiación puede ocasionar desventajas para el derecho del menor acerca del respeto de su vida privada, cuando haya nacido por gestación por sustitución en el extranjero exista o

no vínculo biológico con los comitentes. Luego, apunta que, es necesario que los Estados pongan en marcha los medios necesarios para garantizar la convivencia entre el menor y los comitentes, pues la figura jurídica de la adopción conjunta no siempre se ajusta al caso concreto.

K) Sentencia S.H. contra Polonia.

En la presente sentencia, hay dos demandantes, los Señores S. y M, con doble nacionalidad israelí y estadounidense que, nacieron fruto de una gestación por sustitución en California, acordada por el Sr. S y el Sr H, una pareja homosexual. El Tribunal Superior de California declaró que ambos eran padres biológicos en conjunto de los gemelos, aunque solo se hubieran utilizado los gametos del Sr. S, que sería realmente el padre biológico. Sin embargo, lo que establece el ordenamiento polaco es algo totalmente opuesto: la madre sería la mujer que quedó embarazada y el padre sería el marido de esta mujer.²³² Después de exponer todos estos asuntos iniciales, vamos a analizar con detalle todo el procedimiento que tuvieron que seguir los dos demandantes para la confirmación de la ciudadanía polaca.

En la vía administrativa, el Gobernador de Mazowiecki les requirió la aportación de ciertos documentos adicionales, pero el abogado se negó. En primera instancia se desestimaron las solicitudes aduciendo que el ordenamiento polaco no permitía la gestación por sustitución. Se consideraba que los padres biológicos eran la mujer gestante (K.C) y su marido (D.C). En segunda instancia, el Gobernador confirmó la resolución de primera instancia y advirtió de que «la transposición de los efectos jurídicos de la sentencia californiana al Derecho polaco contravendría los principios del ordenamiento jurídico polaco».

En la vía jurisdiccional, tanto el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo como el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, confirmaron lo que ya dijo la Administración polaca anteriormente, señalando este último que «la madre de un niño es la mujer que ha dado a luz a ese niño» y se presume que el padre es el esposo de la madre. Como en los certificados se contemplaba a los dos hombres como padres, se constataba el acuerdo de gestación subrogada, que es plenamente opuesto a la legislación polaca. Finalmente, se acordó que los casos *Menesson* y *Labasse* no tenían un vínculo directo con este caso.

Respecto al marco jurídico, cabe señalar el artículo 34 de la Constitución polaca relativo a la nacionalidad polaca donde se establece que «se adquiere por nacimiento de padres que sean ciudadanos polacos». En el artículo 1146 del Código Procedimiento Civil se recoge una cláusula de orden público «si el reconocimiento es contrario a los principios fundamentales...». Por último, debe hacerse referencia al artículo 104.5 de la Ley de 2014 de Registros del Estado Civil sobre la obligatoriedad de la transcripción de un certificado de estado civil extranjero.

En lo relativo a la práctica nacional pertinente, hay variedad de supuestos que se han ido desarrollando. Podemos extraer varias ideas de las sentencias que dictó el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo. Por un lado, las inscripciones incluidas en un certificado deben transcribirse conservando el significado funcional y no solo literal. Y, por otro lado, que los niños nacidos a través de la gestación por sustitución podían acceder a la ciudadanía polaca si uno de los padres era ciudadano polaco. Además, una

²³²Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2021). Sentencia 56846/15 y 56849/15 de 16 de noviembre de 2021, *S.-H. c. Polonia*

idea a tener en cuenta es que el certificado de nacimiento en el que figuraran padres del mismo sexo era totalmente opuesto al ordenamiento polaco.

Los demandantes alegaron, en virtud del artículo 8 del Convenio, que no se había reconocido la ciudadanía polaca por razón de la orientación sexual de sus progenitores. Por el contrario, el Gobierno contraatacó diciendo que el derecho a adquirir la nacionalidad no se ampara en el artículo expuesto por los demandantes. Además, señaló que la denegación se ampara en las disposiciones aplicables para establecer la filiación de los demandantes. En la misma línea, adujo que ya tenían doble nacionalidad, por lo que no quedarán en situación de apatridia, de lo que podrían desencadenar ciertas consecuencias graves que aquí no se producen en la opinión del Gobierno. Asimismo, añadió que los demandantes no encontraban barreras para entrar y estar en Polonia y que no agotaron la vía de recursos internos, como exige el artículo 35 del Convenio.

Los demandantes sostenían que sí vieron afectadas su vida privada y familiar. Expresaban que había familiares suyos que sufrieron el Holocausto y era una herencia muy importante para ellos. Además, no podían mudarse a EE. UU porque sus padres no tenían la ciudadanía estadounidense y señalaron que no solo se les había denegado la ciudadanía polaca, sino que también se había puesto en duda la relación paternofilial.

Tras analizar lo expuesto por las partes, el Tribunal indica que la cuestión no entraba dentro de la competencia *ratione materiae* en virtud del artículo 8 del Convenio al no alcanzar un cierto nivel de gravedad, además de que no se daba perjuicio alguno sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Estima que «*no parece que la familia haya tenido que superar ningún obstáculo práctico debido a las decisiones de las autoridades polacas*» y que no se les han impedido disfrutar de su derecho al respecto de su vida familiar, en el país de residencia. Ciertamente, el Tribunal destaca que, si bien las autoridades polacas no reconocieron esa relación paternofilial, en su país de residencia sí es reconocido ese vínculo.

Finalmente, consagra que el artículo 14 tiene que ser examinado junto al artículo 8, ya que no tienen diferencias relevantes. Como ya hemos visto, la demanda fundada en el artículo 8 no es compatible *ratione materiae*, por lo que el artículo tampoco podrá ser objeto de aplicación. El Tribunal declara la inadmisibilidad de ambas demandas.

L) Sentencia A.M. contra Noruega.

Los hechos que se exponen en esta sentencia²³³ son los siguientes. A.M. y E.B. se encontraban en una relación sentimental, y tras un tiempo intentando ser padres sin éxito, finalmente decidieron recurrir a la gestación por sustitución en Estados Unidos, una práctica prohibida en su país de origen. A pesar de que antes de iniciar todos los trámites, rompieron su relación, decidieron continuar con sus planes de tener un hijo y cuidarlo conjuntamente. Allí, usan el material genético de E.B. y los gametos de una tercera donante, J.K. mediante la técnica de fecundación *in vitro*. Texas reconoce a ambos como progenitores del hijo y emite un acta de nacimiento acorde a ello.

Tras un tiempo viviendo separadamente en EE. UU., se trasladaron a Noruega donde cada uno tenía su propia residencia, pero X mantiene una convivencia con ambos. Intentaron llegar a un acuerdo sobre la custodia y deberes familiares de cada uno sobre X, pero las negociaciones resultaron infructuosas. El estado de Noruega, por su parte, no reconoció el acta de nacimiento emitida en Texas lo que suponía que, a efectos legales,

²³³Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2022). Sentencia 30524/18 de 24 de marzo de 2022, *A.M. c. Noruega*

en Noruega los progenitores eran E.B. y J.K. que también eran los padres biológicos. De esta manera, solamente E.B. tiene obligaciones paternofiliales E.B. y por ello, se quedó con la custodia de X, aunque estaba dispuesto a ofrecer un régimen amplio de visitas a A.M., el cual no aceptó. El 12 de agosto de 2015 surgieron unas desavenencias porque A.M. llegó más tarde de lo pactado a una reunión con E.B. y éste, un par de días después decidió cortar la relación de X con A.M. Ante esto, A.M. llevó a cabo una actuación administrativa y otra en vía judicial.

En primer lugar, en materia administrativa, se puso en contacto con los organismos noruegos para que se reconociera su maternidad, o de manera subsidiaria, se le permitiera adoptar a X. No figuraba como madre porque la ley noruega no se lo permitía al estar prohibida la gestación por sustitución y además que ya se reconocía como madre a J.K. Subsidiariamente tampoco se podía proceder a la adopción porque la ley noruega exige la autorización de quien tenga obligaciones paternofiliales con el hijo, en este caso E.B. y como este no accedió, no pudo procederse a la adopción.

En cuanto a la vía judicial, se instaba ante los tribunales nacionales de Noruega tres cuestiones: (1) el reconocimiento de su maternidad sobre X, o de manera subsidiaria (2) los derechos de visita sobre X y (3) declarar que la actuación ha sido discriminatoria. En las diversas instancias se llega a la misma conclusión. En principio, no se puede obligar al Estado ni a E.B. que reconozcan la maternidad de A.M. sobre X ni mediante el acta de nacimiento ni mediante la adopción, aunque esto no ha de suponer que no se dé un marco legal de protección para la relación entre la madre comitente y X. Se justifica porque se entiende como madre biológica a la que aportó el material genético, en este caso K.J. Después, conforme a la legislación noruega, no hay base legal para autorizar el derecho de visitas. Y, por último, no se entiende que se haya procedido a una actuación discriminatoria al haberse dado el mismo trato que en otras situaciones análogas.

Así pues, A.M. alega que se han violado los artículos 8 y 14 CEDH. Por una parte, al no haberse inscrito el acta de nacimiento emitido en Texas y no reconociendo así, en Derecho interno, su maternidad; y por otra, porque considera que la actuación de Noruega ha sido discriminatoria.

Sobre la violación del artículo 8 CEDH, hemos de partir que solo analiza el Tribunal la cuestión de la maternidad y no sobre el derecho de visita, pues la resolución de este último no se agotó en vía interna. El Tribunal falla que no se ha producido ninguna violación del artículo 8 ya que como su apartado segundo establece se cumplen los tres requisitos.

Primeramente, la actuación objeto de análisis es una injerencia en el derecho a la vida privada, algo que ya ha quedado determinado con claridad en la jurisprudencia anterior. En segundo lugar, respecto del objetivo legítimo de la injerencia, la Corte entiende que se cumple dado que las decisiones adoptadas por Noruega se basan en su legislación interna que pretende garantizar la protección de intereses de terceros y especialmente evitar la comisión de delitos (como la gestación por sustitución). Finalmente, la injerencia tiene que ser necesaria desde la perspectiva de una sociedad democrática, y para ello se basa en las sentencias *Labassee*, *Menesson* y *Paradiso y Campanelli* así como en el *Dictamen de 2019*.

Hay que aclarar que, en este caso, únicamente se está analizando el daño a los derechos de A.M., no del menor. Ya es una cuestión asentada que esta materia parte de un debate ético y por ello se conceden amplias facultades de disposición a los Estados para que regulen esta cuestión. Así pues, no es necesario que el Estado reconozca el acta de nacimiento extranjero. No obstante, es verdaderamente importante que se permitan otras

soluciones como la adopción, que no se pudo llevar a término al no cumplirse algún requisito como la autorización de E.B. Por consiguiente, entiende el tribunal que no se puede sancionar a Noruega por esta situación porque, en todo caso, el responsable del daño a los derechos de A.M. es E.B. y no Noruega. En virtud de todo lo anterior, se entiende que no se ha vulnerado el artículo 8 CEDH.

Respecto a la violación del derecho a la no discriminación del artículo 14 CEDH, A.M. alega que no se le aplicó el acta temporal de gestación por sustitución, regulado por una normativa noruega, y que se contravino la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a un caso de 2009. La Corte entiende que no se aprecia la discriminación en las normas mismas sino en la aplicación. Además, hace constar que en el momento del nacimiento de X la ley noruega ya no estaba vigente y que el caso que hace referencia la demandante no es comparable al caso actual.

Por todo ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falla que es admisible la reclamación en lo relativo a la falta de reconocimiento como madre, pero por seis votos contra uno declara que no ha habido ni violación del artículo 8 ni 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Ahora bien, es importante reseñar la opinión discordante de la jueza Ivana Jelic. Afirma que sí ha habido una violación del artículo 8 y 14 CEDH al considerar que la aplicación tan rígida que se ha hecho de las leyes noruegas no ha hecho sino perjudicar el interés superior del menor.

Plantea una vulneración del derecho a la vida familiar, ya que la familia no depende de los vínculos legales sino de los personales y en este supuesto, desde el principio hubo una estrecha relación entre X y A.M. Valora que el Tribunal, así como los órganos jurisdiccionales noruegos han desatendido tres aspectos fundamentales. El primero se refiere a la negación de reconocimiento del acta de nacimiento debido a una aplicación excesivamente rígida de la ley. En segundo lugar, se ha perjudicado el interés del menor en el cual se incluye el conocimiento de sus padres y la relación con ellos como un elemento de la identidad del menor. Y, en tercer lugar, añade que, se toma como madre a J.K. la cual no tuvo nunca intención de relacionarse con X.

Considera importante que hay que contextualizar el concepto «crianza conjunta» en el siglo XXI pues, el concepto de familia no ha de ser unívoco. Finalmente, señala una actuación discriminatoria porque se ha dejado que la relación del menor con A.M. dependa solo de las decisiones de una parte que es E.B. Aduce que, resulta de aplicación el acta temporal de gestación por sustitución, así como la jurisprudencia de 2009 pues no puede afectar a su vinculación el estado marital de las partes. Finalmente entiende que no es coherente que se aumenten los derechos LGTBI en esta materia mientras que, a su vez, se desprotegen los derechos de los padres con sus hijos, sino que la línea debiera ser aumentar ambos derechos.

Existe, a su vez, una opinión concurrente de la jueza Síofra O'Leary que sirve para puntualizar algunas cuestiones. Por un lado, a su juicio, resulta una cuestión bastante conflictiva el hecho de que el Tribunal no pudiera resolver acerca del derecho de visitas por no haber agotado la vía interna. Luego, respecto de la cuestión del reconocimiento del acta de nacimiento o subsidiariamente la adopción, teniendo en cuenta el amplio margen de los estados para estas cuestiones, no cabe hablar de vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, en un análisis sobre la situación del derecho noruego, hace constar que es necesario que el derecho proteja este tipo de situaciones. Se trata de evitar lagunas normativas ya que, a pesar de la existencia del Acta temporal sobre la gestación por sustitución, ésta no podía aplicarse por motivos temporales.

M) Sentencia A.L. contra Francia.

Esta sentencia²³⁴ se dicta a la luz de los siguientes hechos. A.L., casado con Ma. pusieron en Internet un anuncio por el cual se ofrecía el pago de cierta cantidad de dinero a cambio de llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución. Este anuncio recibió respuesta por parte de B, que aceptó gestar al hijo del matrimonio empleando para ello el material genético de A.L. Posteriormente, B entregó el niño, a cambio de 15.000 euros, a una tercera familia conformada por el señor y la señora R los cuales no conocían del contrato anterior que tenía B con A.L. y Ma. El acta de nacimiento que se acepta fue emitida el 17 de septiembre de 2012.

Se abrió un proceso penal en el que se condenaba a B por fraude, además de sancionar tanto al señor y señora R, así como a A.L. y Ma por incitación al abandono del menor. En dicho proceso penal se practicó una prueba de paternidad y se determinó que el padre biológico de S es A.L.

Paralelamente, se había instado un proceso civil. En primera instancia, se reconoció la filiación de A.L. sobre S, así como, el derecho al cambio del nombre, el ejercicio en exclusiva de la patria potestad y la residencia de S con A.L. a partir del 9 de diciembre de 2017, y hasta ese momento se concedía un derecho de visitas progresivo. Esta sentencia se recurrió por la familia R en apelación, donde conforme al interés superior del menor, se dictaminó que estas medidas pueden suponer un estado de ansiedad, incompreensión y dificultades psíquicas al menor. Y, en consecuencia, se revoca la sentencia anterior.

Finalmente, se recurre esta sentencia por A.L. ante el Tribunal de Casación alegando que él es el padre biológico de S y que, aunque el menor sea fruto de una gestación por sustitución, pese a ser ilegal en Francia, no es suficiente impedimento para dicho reconocimiento que, además, supone un duro ataque al derecho a la vida privada de S. A pesar de ello, el Tribunal de Casación desestimó el recurso porque la relación surge a raíz de un contrato prohibido y no era conveniente el cambio en pos del interés del menor, ya que desde el nacimiento S había residido con R.

El demandante alega una violación del artículo 8 CEDH en cuanto al derecho a la vida privada. Entiende que la injerencia no está justificada ni siquiera desde el punto de vista legal pues, no tiene sentido alguno no reconocer la filiación de un niño sobre su padre biológico donde además la jurisprudencia ha venido a entender que prevalece la filiación biológica sobre la social o de facto. Además, señala que la larga duración del proceso ha hecho que durante los seis años del mismo S haya residido con la familia R, resultando perjudicial para el menor. Por su parte, el Gobierno entiende que sí hay justificación legislativa en los artículos 16-7 y 16-9 de su Código civil y que la medida es necesaria dentro del amplio margen de apreciación del Estado.

El TEDH, por su parte, entiende que se trata de una injerencia el hecho de no haber podido inscribir la filiación de A.L. y procede a analizar su base legal, su objetivo legítimo y su necesidad desde la perspectiva democrática.

En primer lugar, el Tribunal entiende que la base legal es la prohibición de los contratos de gestación subrogada en pos del orden público, arts.16-7 y 16-9 del Código Civil francés. En segundo lugar, valora que sí se cumple con un objetivo legítimo que está reconocido en el artículo 8.2 de la Convención como es la protección de los derechos y libertades, concretamente los menores. La complejidad, como siempre, viene

²³⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2022). Sentencia 13344/20 de 7 de abril de 2022, *A.L. c. Francia*

determinada por el concepto de «necesidad desde la perspectiva democrática». El TEDH aprecia que sí se respeta esta necesidad desde el punto de vista de la democracia pues tanto el tribunal de apelación como el de casación ponen en valor el interés superior del menor. Apunta que si se reconociese la filiación y la convivencia de S con A.L. entonces perdería todo tipo de relación con la familia R, perjudicando así la estructura familiar que ha existido desde el nacimiento que es a lo que S conoce. Por tanto, la injerencia se considera debidamente justificada al actuar el estado dentro del margen de maniobra que tiene reconocido.

Ahora bien, el proceso ha durado seis años y un mes aproximadamente y el TEDH no considera suficiente la justificación de Francia. El artículo 8.2 CEDH exige al Estado un deber de diligencia superior en cuanto al procedimiento para asegurar la intervención en los derechos de las partes, especialmente del menor, y se resuelvan en el menor tiempo posible para evitar inseguridad jurídica. Es por ello por lo que, se entiende que Francia ha vulnerado el artículo 8 CEDH por la dilación indebida del procedimiento.

Por todo ello, el Tribunal falla que ha habido una violación del artículo 8 CEDH y que por ello Francia deberá pagar a A.L. 5.000 euros por daños morales por la vulneración del artículo 8 CEDH, así como 20.450,94 euros por costas que deberán pagarse en un plazo de tres meses con los correspondientes intereses legales en caso de impago.

N) Sentencia D.B. y otros contra Suiza.

La sentencia versa sobre una pareja homosexual registrada que decidieron acudir a la gestación subrogada para tener un hijo y firman un acuerdo en California: un embrión de un óvulo de una donante anónima y el espermatozoides del segundo demandante se introdujeron en el útero de la mujer que lo iba a gestar. Las autoridades suizas se negaron a reconocer la relación paternofilial entre el padre y el hijo nacido en el extranjero por este método.²³⁵

En primer lugar, el Registro Civil del Cantón de St. Gallen denegó el reconocimiento de la sentencia californiana y dicha decisión fue recurrida por los demandantes ante el Departamento de Interior del Cantón de San Galo que sí admitió la inscripción. Posteriormente, la Oficina Federal de Justicia presentó un recurso ante el Tribunal Administrativo Cantonal que, desestimó el recurso considerando que el niño no tenía por qué sufrir las consecuencias negativas derivadas de la elección de sus padres. Sin embargo, la Oficina Federal de Justicia, no conforme con la decisión, presentó un recurso ante el Tribunal Supremo Federal suizo. Este último anuló la sentencia del tribunal cantonal advirtiendo de la existencia del fraude de ley cuando se utiliza un método como la gestación subrogada en otro país para eludir la prohibición en Suiza. Por lo tanto, rechazó reconocer el vínculo entre el menor y el primer demandante, pero sí reconoció la relación entre el segundo y el menor.

En segundo lugar, se exponen una serie de previsiones contenidas en la Ley Federal de Reproducción Médicamente Asistida. En los artículos 25 y 27 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado versan sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras y los motivos que pueden dar lugar a la denegación, entre ellos, el orden público suizo.

En lo relativo a la acumulación de demandas, el TEDH decidió que las dos demandas presentadas, una por los padres del menor (primer y segundo demandante) y otra por el

²³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2022). Sentencia 58817/15 y 58252/15 de 22 de noviembre de 2022, *D. y otros c. Suiza*.

propio menor (tercer demandante) se examinarían en conjunto, porque los hechos son similares y se busca la misma finalidad.

Acerca de la posición de las partes, se explica lo siguiente. Por una parte, el Gobierno suizo alega que los hechos que estaban juzgándose habían dejado de existir, ya que se había modificado el Código Civil y se autorizaba la adopción del hijo de la pareja registrada. Además, señala que los demandantes no concretaron las consecuencias negativas soportadas por esa ausencia de reconocimiento.

Por otra parte, los demandantes alegan que, durante siete años y medio después del nacimiento, «el menor no había gozado de una protección suficiente por la falta de reconocimiento de su relación paternofamiliar con su futuro padre (primer demandante)» y se vieron sometidos a una situación de incertidumbre jurídica.

Finalmente, el Tribunal desestima la petición del Gobierno y decide no suprimir las solicitudes; declarando además que se trata de una cuestión de interés público, particularmente para los Estados parte de la Convención que no han regulado esta cuestión.

Respecto a la presunta violación del artículo 8 del Convenio, los demandantes alegan una violación del derecho al respeto de su vida privada y familiar, recogido en el artículo 8. El tribunal declara que ellos ya formaban una comunidad familiar, por lo que están amparados por este precepto y también en lo relativo a su vida privada.

Sobre el agotamiento o no de las vías de recursos internos, el Tribunal afirma que efectivamente se habían agotado, ya que los demandantes acudieron ante el Tribunal Federal y este respondió desestimando sus pretensiones. Por lo tanto, declara la demanda admisible a la luz de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio.

En lo relativo al fondo del litigio, se alega que el primer demandante se ha enfrentado a grandes dificultades porque no tenía ningún poder de decisión y que el tercer demandante, al no ser inscrito en el Registro Civil, no pudo adquirir la nacionalidad suiza. El Gobierno, por su parte, sostiene que no existe una violación del artículo 8 de la Convención, porque no considera que se hayan alegado circunstancias concretas por los demandantes y apunta que la gestación por sustitución está prohibida.

El Tribunal, tras analizar las diferentes posturas, admite la postura del Gobierno basada en razones como la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los demás. Además, se basa en la sentencia *Mennesson* y apunta que el respeto debe guiar toda decisión que les concierne y que el Estado se extralimitó y no respetó ese margen de apreciación. Se basa también la opinión consultiva encuadrada en el Protocolo nº16 y expresa que no hay un consenso europeo en esta cuestión y que es clave ofrecer una posibilidad de reconocimiento que el primer demandante no tuvo. Al no preverse formas alternativas de reconocimiento en la legislación suiza, considera el Tribunal que se ha violado el derecho al respeto de la vida privada del tercer demandante, pero no la familiar, ya que no se han expuesto circunstancias lo suficientemente fundadas.

El primer y el segundo demandante no ven satisfechas sus pretensiones, porque el tribunal considera que no ha habido una violación del derecho al respeto de la vida familiar. Se señala que «no parecen serias para ser consideradas como una injerencia desproporcionada a los objetivos perseguidos».

Para terminar, el Tribunal declara que el artículo 14 no debe ser objeto de análisis separado porque la reclamación no contiene ninguna cuestión diferente que sea esencial.

Hubo un voto particular discordante con la sentencia del juez Pavli. Cabe señalar que estuvo de acuerdo con todas las decisiones finales que se plasmaron menos con una,

detallada en el punto séptimo. Considera que la reclamación planteada por el tercer requirente en relación con el artículo 14 de la Convenio sí debe ser objeto de examen separado por la gran importancia que tiene. Los padres del tercer requirente, que acudieron a la práctica controvertida de la gestación por sustitución, formaban una pareja homosexual y en Suiza no se ofrecía la posibilidad de casarse, ni de que el padre no biológico (*pèred'intention*) pudiera adoptar al tercer requirente. Todo ello suponía un gran perjuicio para la vida, su identidad y para la seguridad jurídica. En consecuencia, sostiene que el Tribunal parece quitar importancia a los efectos perjudiciales de una posible discriminación fundada en la orientación sexual. Por último, señala que se debe cumplir con el artículo 14 del Convenio por parte de los Estados y demostrar que si no incluyen a las parejas del mismo sexo en su campo de aplicación es por razones de necesidad y proporcionalidad.

Por otra parte, hubo otro voto particular disidente de la jueza Elósegui que lo estructura en seis partes. No cree que Suiza haya infringido el tenor del artículo 8 del Convenio.

Menciona el principio clave de intertemporalidad, cree que no tiene sentido continuar con ese litigio, porque considera que ya no existe ningún perjuicio en el momento en el que se han introducido esas modificaciones. Además, apunta que el Convenio no garantiza el derecho a tener hijos y tampoco el derecho a tenerlo a través de la gestación por sustitución (*gestation pour autrui*). No cree que haya una discriminación tampoco por razón de la orientación sexual de la pareja, ya que dice que la gestación subrogada está prohibida en la mayor parte de países que forman parte del Consejo de Europa, sea para parejas heterosexuales u homosexuales.

La jueza destaca que los derechos del menor estaban bien protegidos incluso antes de su adopción por el padre no biológico, ya que el vínculo de filiación con el padre biológico estaba inscrito desde el 2015 y tenía los mismos derechos que otros niños suizos. Además, expresa que el otro padre no fue privado de toda relación jurídica con el menor. Finalmente, respecto a la pretendida injerencia, según ella justificada, fue solventada en 2018 y que a partir de ese año ya no era necesario acudir a un medio ilegal como la gestación subrogada, porque existía la vía de la adopción por el padre no biológico. Señala su conformidad con el hecho de que se deben proteger los intereses del menor y el derecho a la vida familiar, pero considera que no pueden resultar ignorados los derechos de las mujeres que son explotadas y el derecho del menor a conocer sus orígenes.

Por último, el otro voto particular concordante del juez Krenc que resalta dos puntos clave para fundamentar su posición en este asunto: la primacía otorgada al interés del menor y el peso que le confiere la sentencia a la primera opinión consultiva del Tribunal el 10 de abril de 2019.

Por una parte, expresa que el interés superior del menor no puede soportar las consecuencias de la elección que hicieron sus padres y tiene que haber mecanismos para paliar esa ausencia de reconocimiento por parte de las autoridades suizas. Además, hace referencia a la sentencia *Menesson*: «siempre que se trate de la situación de un menor, el interés superior debe ir primero». También cree que este interés superior no puede ser alterado por el hecho de que se trate de una pareja homosexual.

Durante más de siete años hubo ausencia de reconocimiento, «un laps de temps particulièrement important» y el menor estuvo inmerso en una situación de incertidumbre jurídica.

Por otra parte, hace un análisis sobre las opiniones consultivas del Tribunal. Manifiesta que éstas forman parte de la jurisprudencia al igual que las sentencias y las decisiones, por dos razones: no se puede comprender que interprete de forma diferente según la forma y esas opiniones consultivas vienen de la Gran Sala, quien ejerce esa función reguladora del derecho del Convenio. Ahora bien, aunque la opinión consultiva emitida no tenga efectos jurídicos vinculantes, no significa que no tenga importantes efectos jurídicos.

En lo relativo a los Estados parte del Convenio, pero que no firmaron el Protocolo n°16, aunque esa opinión consultiva no tenga efectos vinculantes, sí va a tener un gran impacto porque se va a establecer cómo se deben interpretar las disposiciones de la Convenio.

Finalmente, en cuanto a los efectos temporales de la interpretación en las opiniones consultivas, cabe señalar que el Tribunal Federal suizo dictó sentencia el 21 de marzo de 2015 y tres años después se dictó esa opinión consultiva sobre la que se ha basado la presente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo tanto, el Tribunal Federal suizo en 2015 no podía saber que se haría esa interpretación y el juez es muy consciente de las dificultades que se encuentran las jurisdicciones nacionales cuando aplican esa jurisprudencia interpretativa del TEDH.

Ñ) Sentencia K.K. y otros contra Dinamarca.

Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se plantea una demanda²³⁶ por vulneración del artículo 8 CEDH que consagra el derecho del respeto de la vida privada y familiar de los tres denunciantes por los siguientes hechos.

En diciembre de 2013, nacieron dos de los demandantes por medio de gestación por sustitución en Ucrania ante el deseo de la primera demandante K.K. y su marido de convertirse en padres. Siendo este último el padre biológico de los niños, las autoridades ucranianas expedieron el certificado de nacimiento donde se indicaban a los padres de intención como progenitores de los menores.

Una vez que regresaron a Dinamarca, las autoridades nacionales decretaron que los certificados de nacimiento, donde figuraba la primera demandante como madre de los menores, carecían de efectos jurídicos en el territorio nacional. Esta decisión se justificó en base al artículo 30 de la ley de la Infancia que dice que la mujer que da a luz es la progenitora del menor a efectos legales. No obstante, los niños obtuvieron la nacionalidad danesa por los vínculos familiares y biológicos que compartían con el padre. Además, se aprobó la custodia compartida de los hijos tanto para la primera demandante como para su marido.

Mientras tanto, la madre comitente solicitó la adopción de los niños, lo cual fue denegado mediante resolución de la Administración Estatal, dado el escaso periodo de convivencia entre ellos en Dinamarca. Asimismo, la Junta Nacional de Recursos Sociales del país no solo ratificó la resolución, sino que también declaró que la adopción sería contraria a la Ley de Adopción puesto que la madre gestante había recibido una remuneración a cambio de prestar su consentimiento para la adopción.

²³⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2022). Sentencia 25212/21 de 6 de diciembre de 2022, *K.K. y otros c. Denmark*

La demandante llevó el asunto ante los órganos jurisdiccionales, donde finalmente el Tribunal Supremo falló en contra de los demandantes. El alto tribunal consideraba que el pago que hicieron los padres de intención a la clínica para practicar la gestación por sustitución incluía la remuneración a la madre gestante no solo por dar a luz sino también por consentir que fueran los padres legales de los niños, incluso a través de la adopción.

A tal efecto, en cuanto a valorar si la denegación de la adopción era contraria o no al artículo 8 del Convenio, el Tribunal Supremo danés fundamentó su postura en la sentencia *Menesson c. Francia* y la Opinión consultiva relativa al reconocimiento en el derecho interno de una relación jurídica paternofamiliar entre un hijo nacido mediante un acuerdo de gestación por sustitución en el extranjero y la madre intencional. En el contexto del artículo 15 de la Ley de Adopción, el Alto Tribunal entendía que se debía reconsiderar una modificación del precepto en cuanto a la prohibición absoluta de conceder la adopción si alguien que tuviera que consentirla ha recibido una remuneración. Añade que, es preciso tener en cuenta el interés superior del menor en cada caso concreto, ya que puede llegar a justificar la adopción.

El artículo 15 de esta ley se elaboró a raíz del Convenio de la Haya sobre adopción. Sin embargo, en la ley danesa la prohibición de la adopción si una de las partes ha pagado o recibido una remuneración, no se limita solo a los casos contemplados en el convenio, sino que se aplica a todo tipo de adopciones tanto nacionales como internacionales. De acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal Supremo en el presente caso, las autoridades danesas aseguraron que el artículo 15 de la Ley se iba a aplicar en línea con lo dispuesto por el Alto Tribunal. Sin embargo, pese a haber comenzado la labor legislativa en aras a modificar el precepto, la nueva redacción quedó en suspensión a la espera del resultado del caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Continuando con el derecho nacional de Dinamarca, la ley de la Infancia en su artículo 30 expone que los acuerdos de gestación por sustitución no son válidos y que la madre de alquiler es la madre y progenitora legal del niño. Ahora bien, se pone de manifiesto que un progenitor intencional sólo puede convertirse en padre o madre legal del menor mediante la figura jurídica de la adopción, rompiendo todos los vínculos legales respecto de la madre gestante. En este mismo precepto se consagra el principio de maternidad donde la madre es aquella que da a luz al niño, que se extiende a los menores nacidos fuera de Dinamarca. Por ello, conforme al Derecho internacional privado danés, se impide el reconocimiento de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero al considerarse manifiestamente contrario al orden público de Dinamarca.

En este contexto, K.K alega que se les ha denegado el reconocimiento de la relación paternofamiliar a pesar de que han tenido una convivencia superior a los ocho años. Por su parte, el Estado danés defiende la aplicación de su ley interna como condición necesaria dentro del prisma de la sociedad democrática. El TEDH reconoce que, el no haber permitido la adopción por parte de K.K supone una auténtica injerencia en el derecho de la vida familiar y privada. No obstante, habrá que analizar si esa injerencia cumplía con los requisitos necesarios tanto en el ámbito de la vida familiar como en el ámbito de la vida privada.

Desde luego, hay una consolidación de la jurisprudencia en cuanto a reconocer que los Estados gozan de un poder discrecional pero limitado cuando se vulneran cuestiones éticas y morales delicadas para las personas tal y como se refleja en *Menesson contra Francia*, *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia*, o *A.M contra Noruega* entre otras.

En lo relativo a la potencial violación del derecho a la vida familiar no hay un cambio jurisprudencial respecto a otras sentencias del pasado y el Alto Tribunal mantiene que, en el caso concreto, no se ha producido vulneración alguna de este derecho. Entiende que, pese a no considerarse una familia a efectos legales dada la ausencia de relación jurídica entre K.K. y los menores, sí que ha habido una convivencia ininterrumpida desde 2014 a 2018, momento en el que las autoridades le entregaron la custodia de los menores al padre.

Para abordar la cuestión sobre el derecho del respeto de la vida privada, hay que hacer mención a las sentencias *Mennesson contra Francia* y *Paradiso y Campanelli contra Italia* así como el Dictamen del TEDH de 2019. Se hacen valer dos aspectos importantes que son: Por una parte, el interés superior del menor y por otro, el reducido margen de apreciación del Estado.

Por lo que respecta a la primera demandante K.K., no se ha producido una vulneración del respeto de la vida privada porque ha podido mantener la relación con los menores desde el primer momento, y aunque se hubiese transgredido ese derecho, estaría justificada la intromisión por el interés público. En cuanto a los menores, la denegación de la adopción se justifica en el hecho de que se realizaron una serie de transacciones económicas previas a efectos de posibilitar su nacimiento por medio de la gestación por sustitución.

En consecuencia, se entiende que la ley danesa no es conforme al CEDH y por ende, debería garantizarse la posibilidad de reconocimiento a la adopción si concurre el interés del menor. Aunque en el caso planteado no se ha permitido la adopción, Dinamarca ofrece una serie de medidas alternativas para la protección del menor para K.K. tales como la custodia compartida y los derechos sucesorios. De esta manera, resulta más complicado valorar si el hecho de denegar la adopción pudiera, de alguna manera, confrontar con el principio del interés superior del menor o no. Sin duda, lo más beneficioso para el menor sería la adopción, pero hay que analizar la suficiencia o no de esas medidas alternativas.

Es importante tener en cuenta que, en este supuesto, no hay otro mecanismo para reconocer la relación paternofamiliar entre K.K. y los menores, lo que conlleva un impacto negativo en su vida privada porque se les sitúa en una posición jurídica incierta. Asimismo, se hace constar en la sentencia que sería aconsejable que tanto K.K. como el padre biológico tuvieran la misma consideración legal pues a los ojos de los menores estos estaban en una situación de igualdad. En todo caso, el tribunal no está convencido de que las opciones que ofrece Dinamarca sean suficientes para permitir la denegación de la adopción. Así pues, se considera que no ha habido un equilibrio entre la vulneración del interés superior del menor por no permitir la adopción y el interés de evitar los perjuicios derivados de la gestación por sustitución. Por tanto, se concluye que ha habido una vulneración del derecho a la vida privada de los dos menores.

Finalmente, se condena a Dinamarca al pago de 5.000 euros en concepto de daños morales por cada uno de los menores y no se condena a costas pues los demandantes renunciaron expresamente a ello. Es preciso indicar que la determinación de la violación del derecho de la vida privada fue aceptada por cuatro votos frente a tres.

Cabe señalar la existencia de un voto particular por parte de los jueces Kjølbros, Koskelo y Yüskel, que entienden que no ha habido vulneración del derecho de la vida privada del menor. En primer lugar, alegan la discrecionalidad del Estado puesto que se debía haber tenido en cuenta que el origen de los menores surge de un contrato de

gestación por sustitución que viene acompañado de un beneficio comercial lo que conlleva, según ellos, un amplio margen decisorio. En segundo lugar, se centran en que no debería permitirse este tipo de contratos salvo que en el lugar donde se realice exista un sistema garantista. En tercer lugar, se pone el acento en el interés superior del menor que puede verse limitado si se pretenden proteger los derechos de terceras personas. Incluyen en su pronunciamiento que, la relación de ese interés superior del menor con la adopción tiene que entenderse como un elemento para evitar las prácticas abusivas. Por todo ello, le dan la razón a Dinamarca pues consideran que los menores estaban legalmente protegidos en su relación con K.K.

O) Sentencia C contra Italia.

Esta sentencia²³⁷ surge a raíz de un acuerdo de gestación por sustitución celebrado en Ucrania por la señora E.A.M y el señor L.B, una pareja heterosexual italiana. Nace la menor C, de los gametos de una donante anónima y los de L.B, el padre biológico, que se implantan en el útero de una madre subrogada. La menor C es la demandante y está representada por un abogado que ejerce en Bolonia.

L.B y E.A.M solicitan en el Registro Civil de la localidad italiana de V. la inscripción del certificado de nacimiento expedido en Ucrania. Sin embargo, sus pretensiones son desestimadas y se establece que tal inscripción es contraria al orden público. En consecuencia, acuden ante el órgano jurisdiccional de V. que desestima el recurso alegando también la cláusula del orden público. Asimismo, interponen recurso ante el Tribunal de Apelación que declaró inadmisibile la solicitud de inscripción parcial que solicitaban. Finalmente, un año más tarde, deciden solicitar al Registro Civil de C.S que efectuara esa inscripción parcial que nuevamente fue denegada por las razones ya expuestas anteriormente.

Cabe señalar que en la legislación italiana se prohíbe expresamente la gestación por sustitución en la Ley N° 40 de 19 de febrero de 2004. Además, cabe señalar que, en materia de adopción, se contemplan ciertos casos especiales, que fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, porque imposibilitaban el vínculo familiar entre el adoptado y sus padres.

Por lo tanto, tras ver denegadas todas sus pretensiones, la demandante acude ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y alega, en virtud del artículo 8 del Convenio, una vulneración de su derecho al respeto de su vida privada y familiar. La demandante considera que, al ser apátrida, se encuentra en una situación de inseguridad jurídica y sostiene que sus padres se encuentran con obstáculos para posibilitar el acceso de ella a servicios sociales tan fundamentales como la educación y la sanidad. Por su parte, el Gobierno alega que tienen la posibilidad de acudir a la vía de la adopción en casos especiales.

El Tribunal, habiendo analizado la posición de las partes y examinado la jurisprudencia en la materia, declara que se ha vulnerado el artículo 8 del Convenio en lo referido al vínculo de filiación entre la demandante y su padre biológico. Sostiene que ese no reconocimiento puede situar a la menor en una situación de extrema debilidad e incertidumbre jurídica. Asimismo, señala las denegaciones infundadas en los dictámenes

²³⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2023). Sentencia 47196/21 de 31 de agosto de 2023, *C. c. Italia*

del fiscal, el formalismo excesivo y la no existencia de otras alternativas para establecer un vínculo de filiación. Si bien señala que los Estados tienen un margen de apreciación, tienen la obligación de garantizar el derecho de la demandante al respeto de su vida privada.

Sin embargo, en lo relativo al vínculo de filiación entre la demandante y su madre intencional, establece que no se enfrenta a una imposibilidad general y absoluta y el Estado demandado no se ha extralimitado su margen de apreciación. Por lo tanto, sentencia que no se ha violado el artículo 8 del Convenio en este sentido.

Para concluir, cabe señalar el voto particular parcialmente disidente del Juez Wojtyczek que sostiene que no estamos ante un supuesto de injerencia del Estado y que el Gobierno ofreció una vía de derecho para obtener el reconocimiento del vínculo biológico de filiación entre la demandante y el padre biológico. Por consiguiente, señala que no existe una imposibilidad absoluta y general.

III. Propuestas, desafíos y tendencias.

1. Qué tendencias se pueden extraer de la jurisprudencia

El TEDH aplica tres criterios esenciales para valorar la legitimidad de las injerencias estatales: primero, si la injerencia está prevista en la ley; segundo, si persigue una finalidad legítima; y tercero, si es necesaria y proporcional en relación con el objetivo que se pretende alcanzar desde de la perspectiva de una sociedad democrática.

El TEDH, además, realiza una ponderación clave entre el no reconocimiento de relaciones jurídicas, justificado por la apelación al orden público internacional, y el interés superior del menor, principio rector en esta materia.

La jurisprudencia del Tribunal equilibra los intereses en juego, llenando de contenido el concepto de orden público según las circunstancias específicas de cada caso. Entre los valores evaluados destacan, por un lado, la dignidad de la persona como pilar fundamental del ordenamiento jurídico y de nuevo, por otro lado, el interés superior del menor, un interés que requiere especial protección. La falta de reconocimiento jurídico de los menores nacidos por gestación subrogada en el extranjero puede generarles situaciones de vulnerabilidad, lo que afecta gravemente a su derecho a la privacidad familiar y a la identidad personal, derechos protegidos tanto por leyes nacionales como por tratados internacionales, incluido el CEDH.

Esta perspectiva busca garantizar que las decisiones estatales no conduzcan a un desamparo jurídico que comprometa los derechos fundamentales del menor, respetando al mismo tiempo las sensibilidades culturales y éticas de cada Estado. Como ya se ha mencionado, el Tribunal ha respondido a los planteamientos presentados ante él adoptando un enfoque garantista que prioriza esa protección de los menores. A través de sus resoluciones, asegura la salvaguarda de su derecho a la vida privada y a desarrollar libremente su identidad personal.

Observamos, entonces, cierta tendencia en las sentencias analizadas a hablar sobre una lesión a la vida privada, pero no al derecho a la vida familiar. En este sentido, cabe hacer referencia al concepto de vida privada que ofrece el propio TEDH:

The Court reiterates that the notion of «private life» within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which encompasses, *inter alia*, the right to establish and develop relationships with other human beings (see *Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251-B), the right to

«personal development» (see *Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, § 47, ECHR 2001-I) or the right to self-determination as such (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III).²³⁸

En muchos casos, el Tribunal distingue los derechos vinculados a la vida privada (como la identidad del menor) y la vida familiar (relación de hecho entre padres e hijos), lo que influye en las medidas ordenadas. En relación con el derecho a la vida familiar garantizado por el mencionado precepto, el Tribunal entiende que por encima del vínculo genético se encontraría la existencia de una relación duradera y de calidad. Entiende el TEDH, que como el artículo 8 CEDH garantiza el respeto a la vida privada de los menores y, por consiguiente, a su identidad, los Estados tendrían que inscribir a estos, aunque de esta manera se estuviese contraviniendo la propia legislación nacional.

Casos como *Mennesson c. France* y *Labassee c. France* (STEDH de 26 de junio de 2014) exponen esa tendencia del Tribunal a determinar que la negativa de reconocimiento de la filiación puede afectar gravemente a la vida privada del menor (art. 8 CEDH), generando incertidumbre sobre su identidad, derechos sucesorios y nacionalidad. No obstante, no se considera que la falta de reconocimiento afecte a la vida familiar, ya que la convivencia entre padres e hijos continuaba intacta, sin mayores obstáculos.

La distinción entre estas dos categorías ha permitido que el TEDH pueda ordenar medidas orientadas a proteger los derechos del menor, sin la necesidad de que los Estados modifiquen radicalmente sus legislaciones sobre el reconocimiento de la gestación por sustitución. De este modo, se puede extraer el enfoque flexible del Tribunal, otorgando un amplio margen de maniobra a los Estados en la regulación de esta práctica.

Manifestación de este factor limitante que supone la ausencia de consenso entre los Estados es el caso *D.B. y otros c. Suiza*, en el que se resalta la necesidad de equilibrar la garantía de los derechos de los menores con las respectivas normativas nacionales, de forma que se eviten prácticas ilegales o no éticas relacionadas con esta técnica reproductiva. Se justifica de esta forma la diversidad normativa, pero reafirmando, de igual modo, la necesidad de ofrecer mecanismos alternativos que sirvan como enfoques intermedios para garantizar la protección de los menores.

En la misma línea continua el TEDH en su Dictamen Consultivo de 2019, en el que enfatizó que, si los Estados no están obligados a reconocer directamente los certificados de nacimiento emitidos en el extranjero, deben garantizar la existencia de procedimientos alternativos que permitan proteger los derechos del menor, como la adopción, de manera que no se pueda dar un desamparo jurídico de los niños nacidos mediante esta práctica.

Así, como hemos mencionado con anterioridad, se llega a la conclusión de que el punto clave de las decisiones del Tribunal confluye siempre en la primacía del interés superior del menor mediante la protección de sus derechos, especialmente en lo relativo a su filiación, identidad y estabilidad jurídica. De este modo, a pesar de que la disparidad normativa entre los Estados haga que estos conserven cierto margen de apreciación respecto a la gestación subrogada, este margen se reduce considerablemente cuando se considera que afecta a la identidad del menor, esencial para su dignidad humana. El caso

²³⁸ *Caso S.H. y otros c. Austria* (STEDH de 3 de noviembre de 2011). Posible traducción: El Tribunal reitera que la noción de «vida privada» en el sentido del artículo 8 del Convenio es un concepto amplio que engloba, entre otros, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos (véase *Niemietz c. Alemania*, 16 de diciembre de 1992, § 29, Serie A n° 251 B), el derecho al «desarrollo personal» (véase *Bensaid c. Reino Unido*, n° 44599/98, § 47, TEDH 2001 I) o el derecho a la autodeterminación como tal (véase *Pretty c. Reino Unido*, n° 2346/02, § 61, TEDH 2002 III).

Mennesson c. France sirve como ejemplificación de esta problemática, ya que se consideró en este caso que el no reconocimiento de las gemelas afectaba directamente a su identidad y otros derechos fundamentales.

Para determinar si las restricciones estatales son compatibles con los derechos protegidos, el TEDH realiza un análisis de proporcionalidad que pondere la finalidad legítima de las medidas estatales, como prevenir el fraude, frente al impacto en los derechos del menor y, en segundo lugar, de sus padres. Así, las medidas adoptadas por el Estado deben cumplir con los parámetros de finalidad legítima (la protección del orden público, por ejemplo), de adecuación y necesidad (evaluando, de este modo, si la medida adoptada es idónea para alcanzar el fin previsto), y de proporcionalidad en sentido estricto (ponderando, por un lado, los beneficios que proporcionaría la medida y, por otro, la afectación a los derechos fundamentales de las partes).

Por tanto, podemos apreciar cómo el Tribunal ha fallado en sentidos diferentes teniendo en cuenta este juicio de proporcionalidad. Nos encontramos, por un lado, con casos como D.B. y otros c. Suiza, en el que consideró que negar el reconocimiento de la filiación del menor suponía una medida desproporcionada que violaba el artículo 8 del CEDH, a pesar de los intereses legítimos de Suiza en combatir los posibles abusos cometidos a raíz de la gestación por sustitución. Por otro lado, nos encontramos también con casos como Paradiso Campanelli c. Italia, en el que se consideró proporcional la retirada del niño por no existir relación biológica ni vínculo consolidado con los padres de intención.

No obstante, y como conclusión a este análisis de tendencias de la jurisprudencia del TEDH, se puede apreciar una deriva de las decisiones de este Tribunal hacia la protección del interés superior del menor (al contrario que en este último caso), frente a la protección del orden público, considerando desmesuradas las decisiones que afectan a la identidad y la vida privada del menor. Este giro jurisprudencial demuestra un reconocimiento más claro de la vulnerabilidad de los menores nacidos mediante esta práctica y de la necesidad de otorgarles una protección jurídica que trasciende, en muchas ocasiones, los debates éticos o legislativos sobre la gestación subrogada.

2. Cuáles son los desafíos planteados

Habiendo hecho un análisis sistemático de la jurisprudencia del TEDH y de las consecuencias de la misma, resulta oportuno ahora entrar a analizar cuáles son los principales problemas y retos que esta causa. Solo una vez que identifiquemos y nos adentremos en estos problemas será posible pensar en soluciones.

En primer lugar, como no podía ser de otra manera, vamos a examinar las dificultades que supone para los menores gestados por sustitución el sistema actual. El principal problema en este aspecto es el estatus jurídico que va a ostentar, ya no en cuanto a filiación únicamente, sino a la nacionalidad, que tiene efectos jurídicos aún más esenciales.

Por un lado, buena parte de los países en que se centran las prácticas de gestación por sustitución tales como Rusia, Ucrania o India no ofrecen su nacionalidad a estos niños a través del *ius soli*²³⁹, aunque otros, como Estados Unidos, sí. Por otro lado, la jurisprudencia solo contempla como obligatorio el reconocimiento de la filiación y, por

²³⁹ GODOY DOMÍNGUEZ, L. A., JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., & LASARTE ÁLVAREZ, C. (2021). “La posición del TEDH en materia de gestación subrogada” en El reto de la gestación subrogada: Luces y sombras (1.a, 9/27/21 ed., pp. 83-133). Dykinson, S.L.

tanto, el otorgamiento de nacionalidad por *ius sanguinis* en los casos en que haya relación biológica entre el padre comitente y el niño gestado por sustitución.

Queda claro, entonces, que existe la posibilidad de que, no habiendo dicha relación biológica y, por tanto, reconocimiento de la filiación, se esté abocando a esos menores a una situación de incertidumbre e inseguridad al carecer de un Estado que los reconozca como nacionales, con la protección que eso conlleva. Es más, como queda patente en la sentencia *Menesson y Labassée*, incluso en caso de que sí se reconozca la nacionalidad y la filiación en un Estado diferente al de residencia, el no reconocimiento en el Estado de destino supone una injerencia no legítima en la vida privada de los niños concebidos por gestación por sustitución, siempre y cuando, matizan, sí exista esa vinculación genética entre el padre de intención y los menores.

En el caso de no existir ese vínculo genético, como en el caso *Paradiso Campanelli c. Italia*, afirma que no es excesiva la completa retirada de los niños de la familia de intención con base en el orden público, no en el interés superior del niño porque no se comprobó si sería idóneo. Resulta esto especialmente notable teniendo en cuenta que

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».²⁴⁰

Así, una medida excepcional como es la retirada del menor de su entorno familiar, como queda patente en sentencias como la del Asunto *Scozzari y Giunta c. Italia* (GS), apartado 148, se aplica ignorando la posibilidad de esta filiación intencional con atención a un criterio temporal no delimitado, pues en otros casos sin vínculos biológicos probados, como en la sentencia *D. y Otros c. Bélgica* (no 29176/13), se considera legítimo el no reconocimiento, pero no la separación, por haber pasado un tiempo mayor con el menor. Se suma así el factor temporal, y las posibles dilaciones en la administración de justicia, a la incertidumbre a la que se tiene que enfrentar el menor para conseguir la determinación de su filiación. Cabe entonces plantear si avalar tales conductas por parte de las autoridades nacionales no entra en conflicto con el derecho del niño a ser inscrito y adquirir la nacionalidad²⁴¹.

Tras este análisis emergen otros asuntos controversiales desde el punto de vista jurídico. Y es que se puede considerar, además, que esta jurisprudencia es discriminatoria. Desde una perspectiva de género, observamos que en las soluciones jurisprudenciales destaca la filiación biológica paterna, principalmente en cuanto al vínculo biológico se refiere. La conexión genética entre padre e hijo actúa como bisagra para determinar si la filiación se va a poder reconocer o no. Es más, como se refleja en el dictamen de 2019 relativo al reconocimiento de la filiación respecto a la madre, solo tras el reconocimiento de la paternidad —algo que, como queda ya patente, no es sencillo— podrá optarse a establecerse una relación jurídica entre la madre de intención y el menor gestado por sustitución.

²⁴⁰ OTAEGUI AIZPURÚA, I. (2018). Gestación por sustitución: Un nuevo reto para el legislador español. *Dilemata*, 28, 87-108.

²⁴¹ Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida».

De esto parecen surgir las bases sobre la concepción del TEDH del establecimiento de la maternidad y la paternidad. Por un lado, la paternidad viene determinada, a ojos del TEDH, por la «mera» existencia de un vínculo genético con el menor. Por otro, la maternidad venía —y sigue viniendo— determinada por el parto²⁴², sin que se considere si ha habido aportación genética por parte de la madre de intención.

Gracias a los avances médicos, podemos hoy encontrar una triplicidad de maternidades²⁴³:

- Genética: aquella marcada por la aportación genética;
- De gestación: aquella marcada por la gestación y el parto;
- Jurídica: aquella marcada por la filiación legalmente reconocida, con los derechos y deberes que eso conlleva.

A la luz de estado de la ciencia, el Derecho, tanto a nivel nacional como internacional, debe replantear o, al menos, analizar la posibilidad de que haya llegado el momento de trascender el principio *mater semper certa est*²⁴⁴ y abrir la puerta a reconocer jurídicamente una maternidad genética que no coincida con la de gestación; o incluso extender el reconocimiento de la maternidad de intención. Sobre todo, considerando que así se podría avanzar no solo para evitar incurrir en conductas discriminatorias por razón de sexo, prohibidas por el artículo 14 CEDH, sino para desarrollar el derecho del menor a conocer su filiación, derecho muy importante y que queda comprendido en el artículo 8 CEDH en tanto parte importante de la «vida privada».

En cuanto a los padres, la gestación por sustitución supone un punto de inflexión para el desarrollo del «derecho a la procreación» y la «voluntad procreacional», que ya están empezando a introducirse en el debate nacional tanto a nivel doctrinal como jurisdiccional a partir de los textos internacionales²⁴⁵.

Otra consecuencia de la concepción actual de la maternidad y de la paternidad es la discriminación entre las diferentes configuraciones de pareja dependiendo de la orientación sexual. Teniendo en cuenta que hasta ahora la jurisprudencia significativa del TEDH se ha pronunciado mayoritariamente en cuanto a parejas heterosexuales que recurren a la gestación por sustitución, no resulta difícil imaginar las posibles consecuencias de su empleo por parte de parejas homosexuales —más aún teniendo en cuenta que hay sectores muy vocales dentro de la comunidad homosexual que plantean esta técnica como una vía para la concepción de hijos con los que compartan genética.

Aplicando la doctrina expuesta hasta ahora se aprecia cómo una pareja de varones homosexuales puede conseguir un reconocimiento de la filiación de forma más sencilla que una pareja de mujeres homosexuales, para las cuales sería prácticamente imposible, algo que se aprecia en sentencias como *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*. Esto es

²⁴² VILAR GONZÁLEZ, S. (2019). La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 11(2), 815. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5023>

²⁴³ AZNAR DOMINGO, A., & AYALA PLASENCIA, N. (2023). La gestación por sustitución. *El Derecho*. <https://elderecho.com/gestacion-por-sustitucion-como-forma-de-reproduccion>

²⁴⁴ DUPLÁ MARÍN, M. T. (2012). El principio «mater semper certa est» ¿a debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias. En P. Resina Sola (Ed.), *Fvndamenta ivris: Terminología, principios e interpretatio* (pp. 309-320). Universidad de Almería. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4573463>

²⁴⁵ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (2018). Gestación por sustitución: Una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española. *InDret*, 4.

especialmente relevante no solo en tanto discriminatorio por razón de orientación sexual —y, por tanto, contrario al artículo 14 CEDH—, sino porque supone un cambio radical en la situación jurídica del menor ya nacido dependiente por completo en un factor objetivo y ajeno a él como es la orientación sexual de sus padres de intención.

También resulta pertinente destacar que, pese a la importancia del interés superior del niño, buena parte de la doctrina y la jurisprudencia indican que este no puede aplicarse de manera automática para facilitar la comisión y, en último lugar, el reconocimiento e inscripción de conductas reguladas de formas muy diferentes por los Estados parte del Consejo de Europa. En este sentido y como se ha señalado anteriormente, parece apuntar el asunto *Paradiso Campanelli c. Italia*²⁴⁶ (Arroyo, 2020) y a ello se debe el amplio margen de apreciación nacional utilizado por el tribunal a la hora de juzgar casos relacionados con la gestación por sustitución, aunque siempre se matiza con el estrecho margen que se ofrece respecto a la filiación y su reconocimiento, según el TEDH. No obstante, este amplio margen de apreciación no puede sino aumentar la inseguridad jurídica de todos los involucrados en el proceso de gestación por sustitución.

En particular, una de las principales consecuencias de este amplio margen de apreciación nacional del TEDH y el *laissez faire* que otorga a los estados se traduce en que estos pueden, como hace España, declarar nulo todo contrato de gestación por sustitución (artículo 10 LTRHA) o, como hace Italia, castigarlo penalmente. Sin ahondar en las razones para estas decisiones de los legisladores nacionales, sí parece relevante señalar la falta de garantías en el proceso de gestación que esto conlleva al conjugarlo con la doctrina del TEDH.

Como se ha dicho previamente, el TEDH sí viene obligando a los estados a reconocer la filiación en casos de vínculo biológico paterno y a habilitar procesos de establecimiento de filiación por parte de, generalmente, la madre comitente. Por tanto, aquellos estados que, como España e Italia, prohíban o castiguen este tipo de gestación seguirán teniendo que darle cabida, al menos, en los casos en que se haya usado material genético del padre. En estas situaciones, cabe plantearse si entonces la respuesta del Estado italiano será reconocer la filiación respecto del padre, quizá incluso la de la madre comitente, para luego imponerles sanciones penales y separarlos del niño cuya filiación se ha reconocido.

Este amplio margen de apreciación nacional sobre la gestación por sustitución supone, además, que el TEDH no entra nunca a valorar las circunstancias concretas en las que se ha dado dicha gestación. No se tienen en cuenta las garantías, o falta de las mismas, que haya habido respecto, por ejemplo, de la madre gestante. Esto provoca que no se incentive a los padres de intención a buscar los Estados con procedimientos más garantistas, pues en el reconocimiento de esa filiación los jueces van a obviar dichas particularidades.

3. ¿Qué propuestas es posible hacer en el actual escenario?

Ante los problemas mencionados, se plantea la siguiente pregunta: ¿cómo se podría actuar para evitar este escenario de incertidumbre para el niño y las posibles discriminaciones que conlleva? Como se ha podido observar, no hay consenso a nivel internacional, europeo ni nacional, pues se trata de una cuestión controvertida. No obstante, existen diferentes propuestas.

²⁴⁶ ARROYO GIL, A. (2020). Gestación por sustitución: La dignidad humana en juego. *Estudios de Deusto*, 68(2), Article 2. [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp41-73](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp41-73)

El nivel internacional es de gran importancia, ya que esta práctica y su problemática pueden darse en cualquier parte del mundo. Además, adquiere relevancia debido a lo ya mencionado, pues hoy en día muchas parejas viajan a otro Estado donde se reconoce la práctica para poder llevarla a cabo y pretenden su reconocimiento en un Estado diferente. Por tanto, el elemento de extranjería es evidente. Por otro lado, el nivel internacional adquiere relevancia cuando hablamos de posibles soluciones, ya que un documento normativo que afecte a numerosos Estados y uniforme esta cuestión puede ser muy importante y útil. Esto lo reconoce la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, pues están trabajando en ello a través de la creación de Grupos de Expertos, así como de Grupos de Trabajo.²⁴⁷ La última reunión fue la del Grupo de Trabajo, en abril de 2024, en cuyo informe se recordó que este Grupo de Trabajo buscaba que

The Working Group to proceed on the basis that the aim of any new instrument would be to provide greater predictability, certainty and continuity of legal parentage in international situations for all persons concerned, taking into account their human rights, including, for children, those enshrined in the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) and in particular their right that their best interests be a primary consideration in all actions taken concerning them.²⁴⁸

De hecho, se reconoce que el Grupo de Trabajo está redactando borradores para establecer normas referentes al reconocimiento de resoluciones en esta materia. Además, se establece que habrá una nueva reunión en noviembre de 2024, por lo que se podrían ver avances pronto.²⁴⁹ Si esto continuase así y se llegase a un instrumento internacional que armonizase esta cuestión, sería una de las soluciones más deseables debido a la presencia del carácter internacional de esta práctica, ya mencionado.

Cabe también destacar el nivel europeo. En primer lugar, porque es el ámbito del TEDH, tribunal cuya jurisprudencia se ha analizado y cuyas soluciones (actuales) se han puesto de manifiesto al estudiar las tendencias del tribunal. En concreto, busca proteger al menor atendiendo a su interés superior, pero utilizando una solución equilibrada: intenta asegurar la protección de los derechos del niño, pero dejando margen de actuación a los Estados:

Certainly, at a European level and through decisions made by the European Humans Rights Court, answers are being given to specific situations prioritizing the superior rights of the minor to attribute effects to surrogacy cases whose contractors were nationals of countries which completely prohibited this action.²⁵⁰

²⁴⁷ Hague Conference on Private International Law. (s.f.). *Parentage and surrogacy: Legislative projects*. Hague Conference on Private International Law. <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

²⁴⁸ Una posible traducción sería la siguiente: «que el Grupo de Trabajo continuase partiendo de la base de que el objetivo de todo instrumento nuevo sea ofrecer una mayor previsibilidad, certeza y continuidad de la filiación en situaciones internacionales para todas las personas afectadas, y teniendo en cuenta sus derechos humanos, entre los que se incluyen, en el caso de los niños, los consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), y, en concreto, el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial en todas las actuaciones que se lleven a cabo con respecto a ellos». Hague Conference on Private International Law. (2024). *The Hague Convention on the international protection of adults: An overview*. Hague Conference on Private International Law. <https://assets.hcch.net/docs/dc961452-c4d7-492b-8887-75456843560f.pdf>

²⁴⁹ Hague Conference on Private International Law. (2024). *The Hague Convention on the international protection of adults: An overview*. Hague Conference on Private International Law. <https://assets.hcch.net/docs/dc961452-c4d7-492b-8887-75456843560f.pdf>

²⁵⁰ «Sin duda, a nivel europeo y gracias a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se está respondiendo a situaciones concretas, priorizando los derechos superiores del menor para otorgar efectos a casos de gestación por sustitución cuyos comitentes eran nacionales de Estados que prohíben esta práctica». Pozzolo, S. (Ed.). (2016). «'Surrogacy' or pregnancy for others: A first round of opinions». *AG About Gender. International Journal of Gender Studies*, 5(10), 331–357. <http://www.aboutgender.unige.it>

Por otro lado, la Unión Europea cuenta con una propuesta de Reglamento relativo a la filiación, que no ha salido adelante.²⁵¹ En la exposición de motivos, se establece que la propuesta es coherente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, concretamente, hace referencia a la gestación por sustitución («y con la jurisprudencia al respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también en lo que se refiere al reconocimiento de los nacidos mediante gestación subrogada»)²⁵² Se menciona, asimismo, que la Comisión ha participado en reuniones de expertos sobre el tema de la Conferencia de la Haya mencionada previamente. Sin embargo, no hay muchas referencias directas más a esta materia y, como se puede observar, la más explícita se refiere al reconocimiento de la filiación. Por tanto, si esta propuesta saliera adelante en algún momento, seguiría el camino iniciado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y se centraría en regular lo relacionado con el reconocimiento. Es una posible solución para evitar la incertidumbre de la filiación del menor; no obstante, hay que acudir al ámbito nacional para poder observar con más detalle qué otras posibilidades existen.

Antes de analizar el ámbito nacional, cabe destacar que la propia Comisión Europea podría llevar a cabo lo que se conoce como monitoreo de impacto. En este sentido, se examinaría si es necesaria una actuación de la Unión Europea y se analizarían las posibles repercusiones de las soluciones que se barajan. Así, podría liderar un sistema de seguimiento sobre cómo las decisiones de los Estados afectan a los derechos de menores nacidos por gestación subrogada, lo que, quizá, permitiera evaluar la eficacia de las medidas adoptadas y garantizar que se prioricen los derechos fundamentales²⁵³.

Como se ha mencionado previamente, es también importante atender a las posibles soluciones en España. La solución inicial tomada por nuestra legislación nacional, como se ha explicado previamente, se encuentra en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuyo artículo 10, en su primer apartado, recoge que

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.²⁵⁴

Por tanto, la solución adoptada a nivel nacional ha sido la de prohibir esta práctica. No obstante, esta decisión ha generado muchos problemas, especialmente teniendo en cuenta lo establecido en los apartados segundo y tercero de ese mismo artículo:

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.²⁵⁵

Por lo tanto, este artículo determina que la filiación de la madre depende del parto. Es decir, siguiendo la legislación, la madre del niño que ha nacido a través de la gestación

²⁵¹ Comisión Europea. (2022). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas*. COM(2022) 695 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0695>

²⁵² Comisión Europea. (2022). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas*. COM(2022) 695 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0695>

²⁵³ Comisión Europea. (2021). *Better Regulation Guidelines*. Disponible en línea: ec.europa.eu

²⁵⁴ Boletín Oficial del Estado. (2006). *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. BOE-A-2006-9292. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

²⁵⁵ Boletín Oficial del Estado. (2006). *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. BOE-A-2006-9292. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

por sustitución sería la que lo ha dado a luz. Esto ha dado lugar a una serie de conflictos, especialmente a la hora de reconocer la filiación inscribiéndola en el Registro Civil cuando la gestación por sustitución se ha llevado a cabo en un país en el que se reconoce esta práctica. Se ha defendido que la madre verdadera era la gestante y que reconocer esa filiación supondría una vulneración del orden público internacional español, al tratarse de una práctica que no es legal en nuestro ordenamiento.²⁵⁶

No obstante, la solución a los problemas generados a nivel nacional por esa otra solución de declarar la práctica nula ha venido gracias a la analizada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en concreto, *Menesson c. France* y *Labassee c. France*. Tomando como ejemplo la condena a Francia por no reconocer la filiación de los niños, el Ministerio de Justicia determinó que se aplicaría 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, que aplican los cónsules españoles. Esta Instrucción cuenta con una serie de requisitos que debe cumplir la resolución extranjera para que la inscripción sea válida. Entre ellos, cabe destacar la protección de los derechos procesales de las partes, como los de la mujer gestante, así como el respeto al interés superior de la misma y el del menor, o un consentimiento por parte de la gestante que sea libre y voluntario. Aunque es cierto que esta Instrucción se aplica, el Ministerio de Justicia también se comprometió a reformar la Ley del Registro Civil para incluir este contenido en esa ley. No obstante, esto no ha ocurrido.

Por tanto, una posible solución armonizadora a nivel nacional sería cumplir con la inclusión del contenido de la Instrucción de 2010 a la Ley del Registro Civil en una nueva reforma, buscando evitar una situación de incertidumbre con respecto al menor. Sin embargo, esta solución también plantea problemas, pues se aplicaría únicamente a efectos de la inscripción de la filiación a través de esta práctica cuando se ha llevado a cabo en el extranjero, ya que en nuestro ordenamiento sigue siendo nula.

A pesar de ello, cabe destacar, como se ha mencionado previamente, que el Tribunal Supremo parece estar llevando a cabo un cambio doctrinal, ya que en la STS 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024, ha permitido modificar el lugar de nacimiento de un niño nacido por la gestación por sustitución por el domicilio familiar, protegiendo al menor y acercándole al Estado con el que tiene relación.

Otra postura que se podría defender como solución sería no ya reformar la Ley del Registro Civil, sino la propia Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida para que la gestación por sustitución no sea nula y se legalice en nuestro país.²⁵⁷ Si esto se llevase a cabo, se deberían tener en cuenta los intereses de las diferentes partes: es decir, por un lado, el interés superior del menor, siguiendo la jurisprudencia y la protección que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos le confiere; por otro lado, el interés de la mujer gestante, persona clave en esta práctica y que debería ver sus derechos y dignidad respetados; finalmente, el interés de los padres intencionales del niño. Si se pudiese llevar a cabo esta práctica en España, no se plantearía el problema

²⁵⁶ Tribunal Supremo, Sala Primera (2014). *Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014*. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es> ; Tribunal Supremo. (2015). *Auto de 2 de febrero de 2015*. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es>

²⁵⁷ DURÁN AYAGO, A. (2015). «Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: La gestación por sustitución». *Millennium Derecho Internacional Privado y Relaciones Internacionales*. <https://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion>

mencionado previamente de la discriminación entre familias con una mayor riqueza, que pueden acudir al extranjero para llevarla a cabo, y las familias que no se lo pueden permitir.²⁵⁸ No obstante, esta legalización debería ser muy rigurosa y regular con detalle determinados aspectos para asegurar que ningún derecho se ve vulnerado. Por ejemplo, cabría plantearse si se debe cumplir algún requisito para acceder a ella, como en el caso de Portugal. Portugal ha regulado esta práctica en la Ley n.º 25/2016, de 22 de agosto y en el Decreto-Reglamentario 6/2017, de 31 de julio, en las que se pueden apreciar, entre otras, las siguientes condiciones: que la gestante no reciba contraprestación (fines altruistas), que las mujeres solicitantes no puedan gestar por ausencia de útero u otras situaciones clínicas que lo justifiquen, o que no exista una relación de subordinación económica entre la gestante y la familia comitente; además, la intervención de las autoridades públicas es esencial, pues se debe contar con una autorización previa por parte de los centros que estén autorizados por el Ministerio de Salud.²⁵⁹

Todas estas cuestiones, entre otras, deberían ser planteadas antes de llevar a cabo una legalización, para asegurar que esta ley no vulnera los derechos de ninguna de las partes implicadas en el proceso.

IV. Conclusiones

La gestación por sustitución afecta de manera importante a los derechos básicos de las personas, en este caso especialmente del menor, por lo que la discrecionalidad se reduce notablemente. Es ahí donde entra en juego el principio del interés superior del menor, piedra angular que va a regular el sistema.

El mayor problema que se plantea en la práctica es cómo llenar de contenido ese interés del menor. Lo más lógico sería entender que la mejor forma de llenar ese derecho es llevando a cabo la máxima protección material posible del menor. Siempre que esto último no se ha cumplido, el TEDH ha sancionado a diversos Estados, especialmente a Francia.

Hay que aclarar que nos vamos a referir a aquellos contratos de gestación por sustitución que se den en un marco de plena libertad de las partes, donde no existan coacciones ni ningún otro mecanismo análogo que haga de esta figura un acto de explotación de la mujer, pues estas figuras nunca pueden quedar amparados por el ordenamiento jurídico.

En primer lugar, hemos de plantearnos si la jurisprudencia del TEDH cumple de la mejor manera con nuestras expectativas. Si acudimos al Dictamen de 2019 y a la jurisprudencia, la protección se atribuye esencialmente a las gestaciones por sustitución en las que se utiliza el esperma del padre comitente, dejando en un segundo plano aquellas en las cuales se usa semen de un tercero. Además, al padre comitente (que es, a su vez, biológico), se le atribuye un reconocimiento de su filiación de manera automática, mientras que la filiación de la madre comitente depende de un mecanismo interno, como la adopción u otros análogos, pero no se reconoce automáticamente. De esta forma, el ámbito de protección actual puede no satisfacer todos los casos que se presentan. Es por ello recomendable que, primordialmente, se aumente la protección también en aquellos contratos de gestación por sustitución en los que no haya material genético de los padres

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (2018). «Gestación por sustitución: Una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 1–21. <https://www.indret.com>

comitentes. También sería conveniente que se abordase la cuestión de la filiación de la madre comitente, de manera que se pudiese reconocer automáticamente, al igual que la del padre.

En segundo lugar, hay que ponderar el interés del menor en la normativa interna española. En el panorama nacional, hay que atender al artículo 10 TLRHA y a la instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado, donde se declaran nulos los contratos de esta índole, pero permite la inscripción automática en el Registro Civil de las decisiones extranjeras, siempre y cuando cumplan ciertos requisitos. Entre estos requisitos destaca la participación de una autoridad judicial, ya que, evidentemente, debe darse un proceso garantista, por lo que es lógico exigir la participación de una autoridad judicial.

En España no se persiguen penalmente estas situaciones, algo que sí ocurre en otros Estados, como en Francia. Pero la falta de una regulación desarrollada impide un sistema justo, pues aquellas personas con mayores recursos irán a países más garantistas, como Estados Unidos, mientras que las personas con menos recursos acudirán a países menos garantistas, como Ucrania o India. Esto genera que las parejas más solventes tengan más facilidades para inscribir a sus hijos en el Registro Civil que aquellas que no tengan tanta solvencia, provocando así una situación de desigualdad. Por todo ello, sería recomendable modificar la regulación, pues esta es ciertamente exigua, así como uniformizar las facilidades de inscripción en el Registro Civil, asegurando que en ningún caso se vulneren las garantías de derecho exigibles para ello.

Finalmente, es cierto que, gracias a las últimas actuaciones del TEDH y a las modificaciones de la normativa española, se han aumentado relativamente las garantías de aquellas parejas que tienen interés en la realización de este tipo de procedimientos. No obstante, se debe garantizar la continuación de la evolución jurídica en este ámbito, de manera que se amplíen las garantías de aquellos padres comitentes que actualmente no cuentan con todas las protecciones del sistema jurídico, todo ello siempre bajo el prisma del interés superior del menor.

V. Bibliografía

1. Doctrina

ARROYO GIL, A. (2020). “Gestación por sustitución: La dignidad humana en juego”. *Estudios de Deusto*, 68(2), 41-73. [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp41-73](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp41-73)

AZNAR DOMINGO, A., & AYALA PLASENCIA, N. (2023). «La gestación por sustitución.» *El Derecho*. <https://elderecho.com/gestacion-por-sustitucion-como-forma-de-reproduccion>

CARMONA CUENCA, E. y REDONDO SACEDA, L. (2020). “La gestación por sustitución en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista General de Derecho Constitucional* N° 31.

DUPLÁ MARÍN, M. T. (2012). “El principio ‘mater semper certa est’ ¿a debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias”. En P. Resina Sola (Ed.), *Fundamenta iuris: Terminología, principios e interpretatio* (pp. 309-320). Universidad de Almería. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4573463>

DURÁN AYAGO, A. (2012) “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”. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, (pp. 265-308)

DURÁN AYAGO, A. (2014). “Protocolo nº16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Gestación por sustitución: primera consulta planteada por la Corte de Casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar todo el camino”, *Revista General de Derecho Europeo*, N°48, 2019.

DURÁN AYAGO, A. (2014). “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson c. France* (nº 65192/11) y el caso *Labassee c France* (nº 65941/11) de 26 de junio de 2014” *Ars Iuris Salmanticensis*, vol 2. 2014, págs. 277-282

DURÁN AYAGO, A., (2014). “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y gestación por sustitución: ¿crónica de un relato interminable?”, *loc.cit.*, ps. 182-184

DURÁN AYAGO, A. (2015). “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: La gestación por sustitución”. *Millennium Derecho Internacional Privado y Relaciones Internacionales*. <https://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion>

GODOY DOMÍNGUEZ, L. A., Jiménez Muñoz, F. J., & Lasarte Álvarez, C. (2021). “La posición del TEDH en materia de gestación subrogada” en *El reto de la gestación subrogada: Luces y sombras* (1.a, 9/27/21 ed., pp. 83-133). Dykinson, S.L.

Hague Conference on Private International Law. (2024). *The Hague Convention on the international protection of adults: An overview*. Hague Conference on Private International Law. <https://assets.hcch.net/docs/dc961452-c4d7-492b-8887-75456843560f.pdf>

Hague Conference on Private International Law. (s.f.). *Parentage and surrogacy: Legislative projects*. Hague Conference on Private International Law. <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

HERNÁNDEZ LLINÁS, L. (2020). “Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas”, *Revista de Derecho Político*, Nº 107, 2020, págs. 181-210

MARRAMA, SILVIA, “Prácticas abusivas en convenios de maternidad subrogada”, *Revista de Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética* de la editorial Erreius. Febrero 2020.

NUÑEZ CALONGE, R. (2019). “Aspectos éticos de la gestación subrogada”, *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*.

OTAEGUI AIZPURÚA, I. (2018). «Gestación por sustitución: Un nuevo reto para el legislador español.» *Dilemata*, 28, 87-108.

Pozzolo, S. (Ed.). (2016). “‘Surrogacy’ or pregnancy for others: A first round of opinions”. *AG About Gender. International Journal of Gender Studies*, 5(10), 331–357. <https://riviste.unige.it/aboutgender/>

GEORGE, R. P. & ELSHTAIN, J. B. (2006). “The meaning of marriage: family, state, market, & morals”. New York, 2006.pág, 102-113

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (2018). “Gestación por sustitución: Una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 1–21. <https://indret.com/>

VILAR GONZÁLEZ, S. (2019). “La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España”. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 11(2), 815. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5023>

2. Legislación

Boletín Oficial del Estado. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. BOE-A-1979-243 https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa

Boletín Oficial del Estado (2010). Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE-A-2010-15317. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317

Boletín Oficial del Estado (1998). Ley 35/1998, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE-A-1998-27108. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-27108>

Boletín Oficial del Estado. (2006). Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE-A-2006-9292. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

Boletín Oficial del Estado (2007). Ley Orgánica 3/2007, de 5 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE-A-2007-6115. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

Boletín Oficial del Estado (2015). Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. BOE-A-2015-7851. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7851

Cámara de Diputados de Italia. (2023, 27 de julio). *Ley Varchi sobre la gestación subrogada como delito universal*.

Comisión Europea. (2022). Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas. COM(2022) 695 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0695>

Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978)

Diario LA LEY, N° 10579, Sección La Sentencia del día, 2 de Octubre de 2024, LA LEY

Ley n. 94-653, de 29 de julio de 1994, relativa a la Protección del Cuerpo Humano, Francia. N° WIPO Lex FR067. <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/1615>

Ley n. 40, de 19 de febrero de 2004, de fecundación asistida. *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*. Italia, 2004.

3. Jurisprudencia

Tribunal Constitucional. (2024). Sentencia 28/2024 de 27 de febrero de 2024. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2007). Sentencia 76240/01 de 28 de junio de 2007, *Wagner y J.M.W.L c. Luxemburgo*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2014). Sentencia 65941/11 de 26 de junio de 2014, *Labassee c. Francia*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2014). Sentencia 65192/11 de 26 de junio de 2014, *Menesson c. Francia*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2014). Sentencia 29176/13 de 8 de julio de 2014, *D.y otros c. Bélgica*.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2016). Sentencia 9063/14 de 21 de julio de 2016, *Foulon y Bouvet c. Francia*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2017). Sentencia 44024/13 de 19 de enero de 2017, *Laborie c. Francia*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2017). Sentencia 25358/12 de 24 de junio de 2017, *Paradiso and Campanelli c. Italia*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2019). Sentencia 1462/18 y 17348/18 de 19 de noviembre de 2019, *C et E c. Francia*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2020). Sentencia 11288/18 de 16 de julio de 2020, *D. c. Francia*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2021). Sentencia 71552/17 de 18 de mayo de 2021, *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2021). Sentencia 56846/15 y 56849/15 de 16 de noviembre de 2021, *S.-H. c. Polonia*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2022). Sentencia 30524/18 de 24 de marzo de 2022, *A.M. c. Noruega*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2022). Sentencia 13344/20 de 7 de abril de 2022, *A.L. c. Francia*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2022). Sentencia 58817/15 y 58252/15 de 22 de noviembre de 2022, *D. y otros c. Suecia*.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2022). Sentencia 25212/21 de 6 de diciembre de 2022, *K.K. y otros c. Dinamarca*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2023). Sentencia 47196/21 de 31 de agosto de 2023, *C. c. Italia*

Tribunal Supremo. (2015). Auto de 2 de febrero de 2015. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/>

Tribunal Supremo, Sala Primera (2014). Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/>

Tribunal Supremo (2022). Sentencia 1153/2022 de 31 de marzo de 2022. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/>

4. Otros documentos

Real Academia Española, (s.f). Diccionario panhispánico del español jurídico. Recuperado el 14 de noviembre de 2024, de <https://dpej.rae.es/lema/gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2019). Dictamen en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y madre comitente, Estrasburgo, 10 de abril de 2019, p 15

Trolice, MP (27 de agosto de 2019). *¿Qué es la gestación subrogada? - Definición, tipos e indicaciones.* Reproducción Asistida ORG, de <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>