



FACULTAD DE DERECHO

**LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE
MENORES EN LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS**

LA NEGATIVA A LA RESTITUCIÓN DEL MENOR

Autor: Emilio Leal Montes

4^o E1-BL

Derecho Internacional Privado

Tutor: Isabel Lázaro González

**Madrid
Abril 2017**

ÍNDICE

1. LISTADO DE ABREVIATURAS	2
2. INTRODUCCIÓN	3
3. DESARROLLO	6
3.1 Convenio de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores. Excepciones a la restitución del menor	6
3.2 Reglamento Bruselas II Bis. Límites a las excepciones del artículo 13 del Convenio de La Haya	8
3.3 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos	9
3.4 Primera excepción del artículo 13. Grave daño físico y psíquico.	10
3.4.1 Caso Karrer contra Rumanía	10
3.4.2 Caso X contra Letonia	15
3.4.3 Caso Sneersone y Kampanella contra Italia	21
3.4.4 Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza	24
3.5 Segunda excepción del artículo 13. Derecho del menor a ser oído	26
3.5.1 Caso Raw y Otros contra Francia	27
3.5.2 Otros casos	31
4. CONCLUSIÓN	34
5. BIBLIOGRAFÍA	36

1. LISTADO DE ABREVIATURAS.

- | | |
|---|----------------------------|
| 1. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea | Carta de la UE |
| 2. Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales | CEDH |
| 3. Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño | CDN |
| 4. Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores | Convenio de La Haya |
| 5. Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental | Reglamento Bruselas II Bis |
| 6. Unión Europea | UE |
| 7. Tribunal Europeo de Derechos Humanos | TEDH |

2. INTRODUCCIÓN.

En las últimas décadas los matrimonios y las parejas de hecho entre personas de distintos países y continentes están en incesante crecimiento. Esta reciente realidad genera nuevos problemas e inconvenientes si se le añade otro fenómeno paralelo como es el también constante incremento de los divorcios y separaciones de hecho y legales entre los cónyuges y las parejas de hecho. Estos dos fenómenos pueden afectar de gravedad a los menores de edad, hijos de este tipo de matrimonios y parejas, que pueden ver cómo uno de sus progenitores se vuelve a su país de origen. Sin embargo, en muchas ocasiones uno de los progenitores sustrae a su hijo menor de edad y se lo lleva consigo a su país, produciéndose la sustracción internacional de menores. El menor tiene que adaptarse a este nuevo entorno hasta que se proceda a la restitución del menor al país donde tenía su residencia habitual antes de la sustracción (teniendo en cuenta que muchas veces el menor ni siquiera se acuerda de la vida en ese país, así como de su cultura y lengua). En España, solamente en 2015 se celebraron 25.289 matrimonios entre españoles y extranjeros de acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE)¹.

Dentro del tema de la sustracción internacional de menores hay una cuestión importante que es la negativa a la restitución del menor a su país de residencia habitual. Parece que en estos casos de menores sustraídos siempre se va a proceder a la restitución del menor a su lugar de residencia habitual pero hay supuestos en los que puede ser que esta restitución no tenga lugar. Es una cuestión, además, que ha sido contemplada y tratada en varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Por ello me basaré en su jurisprudencia para analizar esta cuestión.

Es verdad que el objetivo del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores (en adelante, Convenio de La Haya) y del Reglamento 2201/2003 (en adelante, Reglamento Bruselas II Bis) es la inmediata restitución del menor al país donde tenía su residencia habitual en el momento de la sustracción, y siempre que haya habido una violación de un derecho de custodia. Esto es así porque se considera que es del interés del menor de edad volver con el progenitor que ejercía el derecho de custodia.

¹ Instituto Nacional de Estadística (INE). INEbase. “*Matrimonios año 2015. Matrimonios de extranjeros. Matrimonios de diferente sexo con al menos uno de los cónyuges extranjero por edad de los cónyuges, sexo y estado civil anterior de los cónyuges* (disponible en <http://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/e301/matri/a2015/10/&file=17001.px&L=0>). Última consulta: 05/03/2017.

Sin embargo, en el propio Convenio de La Haya existen una serie de supuestos que sirven como excepción a la restitución del menor. Estas excepciones están recogidas en algunos artículos del Convenio de La Haya como los artículos 12, 13 ó 20. Sin embargo, en este Trabajo me voy a centrar en dos excepciones de las tres recogidas en el artículo 13 del Convenio de La Haya. La razón de escoger estas dos excepciones es que, a pesar de que todo el Convenio de La Haya ya se centra en el interés superior del menor, son las dos excepciones a la restitución que más se centran, investigan y analizan el interés superior del menor² y, además, son las dos excepciones que más han sido tratadas en las sentencias del TEDH que versan sobre la sustracción internacional de menores. Estas dos excepciones son la relativa al “grave riesgo” que la restitución puede generar para el menor, ocasionando un daño físico o psicológico o una situación intolerable, y la relativa al derecho del menor a ser oído y su posibilidad de oponerse a la restitución. Estas dos excepciones no solo están protegidas por el Convenio de La Haya sino por otros textos e instrumentos internacionales de protección de los derechos del menor.

En los casos de sustracción y posterior restitución internacional de menores parece que lo beneficioso para el interés del menor (calificado como superior por textos internacionales como el Convenio de La Haya o la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño) es que se proceda a la restitución en casos de sustracción. Sin embargo, no siempre esta restitución es beneficiosa para el menor pues puede generarle daños físicos o psicológicos y graves situaciones de inseguridad e infelicidad.

Este Trabajo será, por tanto, un análisis jurisprudencial de lo dispuesto por el TEDH en referencia a la sustracción internacional de menores y, en especial, a las dos excepciones mencionadas previamente que pueden suponer una negativa a la restitución del menor sustraído. Para analizar estas dos excepciones del artículo 13 del Convenio de La Haya voy a proceder, en primer lugar, a explicar algunos conceptos importantes en relación con el tema del Trabajo: el Convenio de La Haya, el Reglamento Bruselas II Bis -que trata lo dispuesto en dicho Convenio- y el TEDH. Posteriormente, voy a proceder a analizar varias de sentencias del TEDH sobre

² “La lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. En este sentido, conviene recordar la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa cuyo primer principio general señala que los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propias”. Pérez-Vera, E. *Informe explicativo del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Madrid. Abril de 1981. Pág. 6.

casos de sustracción y restitución internacional de menores. Para buscar las sentencias utilicé HUDOC³, el buscador de jurisprudencia del TEDH que se encuentra en su página web oficial. Busqué todas las sentencias del TEDH que mencionaran “sustracción internacional de menores”, saliendo un total de 130. De esas 130, 25 trataban sobre las dos excepciones del artículo 13 del Convenio de La Haya. De esas 25 escogí 5 (los Casos Karrer contra Rumanía; X contra Letonia; Sneersone y Kampanella contra Italia; Neulinger y Shuruk contra Suiza; Raw y Otros contra Francia) al ser los casos que más se centraban y profundizaban en la materia en cuestión.

³ *European Court of Human Rights. HUDOC Search Case-Law* (disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%20>). Última consulta: 06/04/2017.

3. DESARROLLO.

3.1 Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores.

Excepciones a la restitución del menor.

Uno de los conceptos importantes para este Trabajo es el Convenio de La Haya, que entró en vigor el 1 de diciembre de 1983⁴. Fue realizado por la Organización Internacional de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. La finalidad de este Convenio es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes⁵. Un traslado se considerará ilícito cuando se haga infringiendo un derecho de custodia atribuido que se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se iba a ejercitar si no se hubiera producido la sustracción⁶. Derecho de custodia significará para este Convenio el derecho al cuidado del menor y el derecho a decidir sobre su lugar de residencia. Por otro lado, el derecho de visita significará para este Convenio el derecho de llevar al menor, por tiempo limitado, a un lugar diferente de aquel en el que tiene su residencia habitual⁷.

Ya en el preámbulo del Convenio de La Haya hay una referencia a la importancia del interés del menor al alegarse que:

Los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita, los Estados signatarios de este Convenio han resuelto concluir [...] ⁸.

⁴ *Hague Conference on Private International Law*. 28: Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre Sustracción Internacional de Menores (disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>). Última consulta: 06/04/2017.

⁵ Artículo 1 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (BOE 24 de agosto de 1987).

⁶ Artículo 3 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (BOE 24 de agosto de 1987).

⁷ Artículo 5 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (BOE 24 de agosto de 1987).

⁸ Preámbulo del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (BOE 24 de agosto de 1987).

El objetivo de este Convenio de La Haya, por tanto, es que el menor sustraído sea restituido automáticamente al país donde tenía su residencia habitual antes de la sustracción. Sin embargo, el artículo 13 dispone lo siguiente:

No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

- a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
- b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor⁹.

Como ya se ha visto, voy a centrarme en este trabajo en dos excepciones que llevan a esta negativa. La razón de escoger estas dos excepciones es que son las dos excepciones que más se centran e investigan el interés superior del menor y las más tratadas y analizadas en las sentencias del TEDH que versan sobre la sustracción internacional de menores.

La primera causa es la dispuesta en el apartado b), por la cual se podrá negar la restitución del menor sustraído cuando la restitución al país donde tenía su residencia habitual antes de la sustracción genere un grave riesgo de que el menor pueda sufrir daños físicos o psíquicos o ponga al menor en una situación intolerable. Estos graves daños físicos y psíquicos se pueden deber a que hasta que se ordena la restitución del menor en muchos casos pasa mucho tiempo y el menor ya se ha acostumbrado e incluso es feliz viviendo junto con el progenitor sustractor (la integración en el nuevo medio). El menor se adapta al ambiente del país donde ha sido sustraído y goza del cariño y atención del progenitor y de su entorno, de tal manera que la restitución le puede generar graves daños físicos y psíquicos al alejarle de ese entorno. Estos graves daños físicos y psíquicos también pueden deberse a la vida que el menor llevaba en el país de residencia habitual antes de la sustracción y que retomará tras la restitución, generándole en muchos casos ansiedad y problemas psicológicos incluso antes de que se proceda a la restitución simplemente

⁹ Artículo 13 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (BOE 24 de agosto de 1987).

por el hecho de pensar en que será restituido y en la vida que le espera tras la restitución en el país donde tenía su residencia habitual. Muchas veces el menor tiene malos recuerdos de su vida anterior a la sustracción. Los graves daños físicos y psíquicos también se pueden deber a que el progenitor, el juez y el Estado no adopten las medidas necesarias para asegurar y facilitar la adaptación del menor a su país de residencia habitual y el comienzo de una vida allí. Esto es lo que produce que cuando el juez ordena la restitución del menor, al entender violados los derechos de custodia del otro progenitor, esta restitución pueda ser muy dolorosa para el menor y generarle un auténtico trauma¹⁰.

La segunda causa que voy a analizar es la referente al derecho del menor a ser oído, que puede llevar a que éste se oponga a la restitución al país donde tenía su residencia habitual antes de la sustracción. A pesar de estos dos presuntos límites de la edad y la madurez suficiente del menor, siempre existirá la obligación de escuchar y atender al menor en este tipo de procedimientos aunque luego se tome otra decisión.

En definitiva, el interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual, sin garantías suficientes de que la nueva será estable, cede en estos supuestos ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable¹¹.

3.2 Reglamento Bruselas II Bis. Límites a las excepciones del artículo 13 del Convenio de La Haya.

Por otro lado, es interesante analizar también el Reglamento Bruselas II Bis¹² en relación al Convenio de La Haya, en especial sobre la cuestión de la negativa a la restitución del menor. A nivel institucional (el nivel entre las relaciones jurídicas, privadas e internacionales de países

¹⁰ “La opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada es que la verdadera víctima de una sustracción de menores es el propio menor. Es él el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida”. Pérez-Vera, E. *Informe explicativo del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Madrid. Abril de 1981. Pág. 6.

¹¹ Pérez-Vera, E. *Informe explicativo del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Madrid. Abril de 1981. Pág. 6.

¹² Reglamento 2201/2003, 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 (BOE 23 de diciembre de 2003).

miembro de la UE) este Reglamento prima frente al Convenio de La Haya¹³. En su artículo 11, que versa sobre la restitución del menor, el Reglamento Bruselas II Bis dispone lo siguiente:

[...] 2. En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez [...].

4. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en los dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.

5. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución.

Por tanto, se puede ver como el Reglamento Bruselas II Bis limita el artículo 13 del Convenio de La Haya. Para empezar, considera primordial que si se quiere negar la restitución del menor se dé audiencia al menor (siempre que sea conveniente en relación a la edad y madurez del menor). Se ve también que para denegar la restitución del menor es necesario demostrar que no se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras la restitución. Por tanto, si se han adoptado estas medidas -y a pesar de la negativa del menor o el riesgo de grave daño físico o psíquico- procede la restitución.

3.3 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también conocido como Tribunal de Estrasburgo, es el Tribunal destinado a enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) y en sus Protocolos por parte de los Estados miembros de dicho Convenio¹⁴. En este Trabajo analizaré algunas sentencias del TEDH relativas a la sustracción internacional de menores, por eso es importante una breve introducción a este Tribunal.

¹³ “En las relaciones entre los Estados miembros, primará el presente Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente a los Convenios siguientes: [...] e) Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.” Artículo 60 (relación del Reglamento con determinados convenios multilaterales) del Reglamento 2201/2003, 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 (BOE 23 de diciembre de 2003).

¹⁴ DerechosHumanos.net. Herramientas para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (disponible en <http://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm>). Última consulta: 06/04/2016.

El TEDH está conformado por cuarenta y siete jueces, uno de cada Estado Miembro (todos los países europeos menos Bielorrusia y Kazajstán). Está dividido en cinco Secciones y en cada Sección hay Salas (formadas por siete jueces) y Comités de Tres Jueces. Además, hay una Gran Sala formada por diecisiete jueces¹⁵.

Además, el TEDH solo puede conocer de asuntos en los que haya una violación de los derechos reconocidos en el CEDH. En las sentencias que analizaré con posterioridad, el TEDH trata la cuestión de la sustracción internacional de menores a través del Convenio de La Haya de manera indirecta y en relación con el artículo 8 del CEDH, que trata sobre el derecho a la vida familiar¹⁶.

3.4 Primera excepción del artículo 13 del Convenio de La Haya: grave riesgo de daño físico y psíquico.

Una vez que he explicado los conceptos importantes para este Trabajo, voy a continuar con la primera de las dos excepciones a tratar que puede llevar a la negativa de la restitución del menor. El análisis de esta excepción será a través de cuatro sentencias del TEDH (Caso Karrer contra Rumanía; caso X contra Letonia; caso Sneersone y Kampanella contra Italia y caso Neulinger y Shuruk contra Suiza). Con este análisis se verá como un tribunal internacional como es el TEDH trata las cuestiones de sustracción internacional de menores y cómo en los casos elegidos decide sobre la negación de la restitución del menor en función del grave riesgo de daño físico y psíquico que el menor puede sufrir.

¹⁵ *European Court of Human Rights. The Court. Composition of the Court* (disponible en <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=>). Última consulta: 06/04/2016.

¹⁶ Derecho al respeto a la vida privada y familiar: “ 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”. Artículo 8 del Convenio Europeo, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (BOE 10 de octubre de 1979).

3.4.1 Caso *Karrer contra Rumanía*¹⁷.

El Señor Karrer contrae matrimonio con una mujer de nacionalidad rumana y tienen una hija - que es la segunda demandante ante el TEDH (representada por el Señor Karrer)-. Posteriormente, ambos se separan y la madre alega que el Sr. Karrer tenía una actitud violenta con ella, marchándose a Rumanía junto a su hija a pesar de que la custodia todavía era compartida por ambos progenitores. Finalmente, los tribunales austríacos acusan a la madre de un delito de infamias y conceden la custodia al Señor Karrer. La Autoridad Central rumana encuentra a la menor, que en ese momento vivía con sus abuelos maternos. La Autoridad Central rumana corrobora que la menor no tiene síntomas de haber sufrido abusos o estar en estado de abandono, sino que está muy unida a su madre y a sus abuelos maternos. La menor vive bajo unas condiciones de vida apropiadas tanto desde el punto de vista material como emocional. Los tribunales rumanos de Familia consideran que se debe proceder a la restitución de la menor por incumplimiento del Convenio de La Haya pero la madre apela y finalmente la Justicia rumana le da la razón alegando que la menor sufriría importantes daños físicos y psicológicos si es llevada de vuelta a Austria, teniendo en cuenta también la presunta actitud violenta del Sr. Karrer¹⁸. Por ello, el Sr. Karrer decide demandar al Estado rumano ante el TEDH, alegando una violación de su derecho a la vida familiar del artículo 8 del CEDH.

En este caso, la Autoridad rumana alega que si se negó a la restitución fue precisamente amparándose en el artículo 13 del Convenio de La Haya, pues la restitución de la menor a Austria supondría graves daños físicos y psicológicos para la menor. La menor ya estaba acostumbrada a su vida en Rumanía desde una tierna edad, junto a su madre y a sus abuelos maternos. La restitución a Austria junto con su padre podría provocarle daños psicológicos al echar de menos a su madre y a su entorno de Rumanía y comenzar a vivir junto a su padre en

¹⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso *Karrer contra Rumanía*. 21 de febrero de 2012. Application no. [16965/10](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109191) (disponible en HUDOC *Case-Law Search* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109191>). Última consulta: 01/03/2017.

¹⁸ “La jurisprudencia comparada estima que existe daño grave cuando el solicitante de la restitución del menor cuenta con antecedentes de malos tratos hacia el menor o la madre de este, de abusos sexuales, de alcoholismo grave, de consumo de drogas, de profundas depresiones, de frecuentes condenas penales, o el menor padece un fuerte temor al padre. Más del 70 % de los secuestradores son mujeres madres del hijo que secuestran, que huyen de la violencia y abusos del padre. La decisión de no restituir al menor se refuerza cuando queda probado que las autoridades públicas del país de residencia habitual del menor no han hecho lo necesario para evitar la violencia contra los menores. El caso del progenitor con personalidad agresiva hacia la madre pero no contra el hijo es un supuesto complejo. Sin embargo, parece más claro que en presencia de malos tratos hacia la madre la restitución debe denegarse”. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. “*Sustracción Internacional de Menores: una visión general*” en Y. Gamarra Chopo (coord.) “*El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*”. Zaragoza. Institución Fernando el Católico (C.S.I.C). Excmo. Diputación de Zaragoza. 2011. Págs. 115-155.

un país nuevo para ella, pues no vivía en Austria desde que era pequeña. Además, la restitución con su padre podría generarle también un grave riesgo pues había sido acusado de actitud violenta. Para la Autoridad rumana, los tribunales nacionales rumanos eran los más aptos para decidir sobre esta cuestión y gozan de un amplio margen de apreciación. Sin embargo, el Convenio de La Haya no se pronuncia sobre quién es más apto para decidir sobre las excepciones a la restitución del menor. Para constatar que la restitución sería perjudicial para la menor, ocasionándole graves daños físicos y psíquicos, los tribunales se basaron en las pruebas aducidas del caso, como los testimonios de los testigos, un informe de bienestar y un informe oficial del Departamento de Servicios Sociales y Protección Infantil.

Por ello, los tribunales nacionales rumanos rechazaron la solicitud del padre demandante a la restitución de su hija y ello a pesar de que la sustracción se había realizado cuando existía un derecho de custodia ejercido de forma efectiva en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención¹⁹. Sin embargo, estos tribunales se negaron a la restitución amparándose en esta causa del artículo 13, alegando que la restitución expondría al menor a graves daños físicos y psicológicos.

La jurisprudencia del TEDH viene diciendo que en los problemas de sustracción internacional de menores tiene que haber un equilibrio justo entre los intereses que están en conflicto y que suelen chocar entre sí -los intereses del menor, de los progenitores y del orden público-. Los Estados gozan de un “margen de apreciación o discrecionalidad” en el ámbito de la sustracción internacional de menores, pero teniendo en cuenta que los intereses del menor son de consideración primordial²⁰. Para este fin, el TEDH debe verificar si los tribunales nacionales llevaron a cabo un examen en profundidad sobre la entera situación familiar y sobre los factores relativos al menor y a la restitución -sobre todo aquellos de naturaleza fáctica, emocional, psicológica, material y médica-, y si llevaron a cabo una valoración equilibrada y razonable de los respectivos intereses de cada parte, con un constante interés en determinar qué solución sería la mejor para el menor sustraído en el contexto de una solicitud para su restitución al país de

¹⁹ Artículo 3 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (BOE 24 de agosto de 1987).

²⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Gnahoré contra Francia. 19 de septiembre de 2000. *Requête no. 40031/98*. (disponible en HUDOC *Case-Law Search* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63353>). Última consulta: 01/03/2017.

origen²¹. Por tanto, la jurisprudencia del TEDH en un contexto de sustracción internacional de menores donde hay tantos intereses en juego decide anteponer también los intereses del menor aunque ello implique perjudicar los intereses de los padres (es decir, puede tomar decisiones en perjuicio de cuestiones como los respectivos derechos de los padres a la vida familiar o el respeto de los derechos de custodia)²².

Sin embargo, en este caso, el TEDH considera que el artículo 13 del Convenio de La Haya es una interferencia con el derecho del demandante a que se respete su vida familiar. Este argumento lo basa en que al evaluar los intereses del menor, el Tribunal de Apelación de Bucarest no hizo ninguna referencia a la situación actual familiar o a ningún elemento de naturaleza psicológica, emocional, material o médica. Tampoco había ninguna referencia al peso real, si es que tenía alguno, del informe realizado por el Departamento de Servicios Sociales y Protección Infantil. Para el TEDH, este informe no evaluó las implicaciones que supondría la restitución de la menor a Austria o si se habían adoptado los arreglos apropiados para asegurar su protección en caso de restitución. El TEDH también considera que las autoridades nacionales tampoco tuvieron en consideración el informe del experto emitido en Austria y mencionado en la sentencia. En definitiva, el TEDH considera que estos factores, contemplados conjuntamente, generan dudas acerca del nivel de profundidad en la valoración de los tribunales nacionales sobre los mejores intereses para el menor. Por ello, no se podría evitar la restitución en base al artículo 13 del Convenio de La Haya si no se ha probado suficientemente ese grave riesgo ni se ha probado que no se han adoptado las medidas necesarias para una segura y correcta restitución del menor²³.

²¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª). Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza. 8 de enero de 2009. *Application no. 41615/07* (disponible en HUDOC *Case-Law Search* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90480>). Última consulta: 01/03/2017.

²² “El artículo 13 recoge un proceso en dos etapas (*two-stage process*). Primera etapa: hay que acreditar si concurren o no las causas que permiten no ordenar la restitución del menor. Segunda etapa: acreditadas tales causas, el tribunal puede no ordenar la restitución del menor, pero no está obligado a denegar la restitución del menor: el tribunal dispone de discrecionalidad al respecto. Dicha discrecionalidad permite al tribunal valorar elementos como el posible resultado de un futuro proceso sobre la responsabilidad parental del menor o el efecto emocional sobre el menor de una posible orden de retorno del mismo a su previo país de residencia habitual”. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. “*Sustracción Internacional de Menores: una visión general*” en Y. Gamarra Chopo (coord.) “*El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*”. Zaragoza. Institución Fernando el Católico (C.S.I.C). Excmo. Diputación de Zaragoza. 2011. Págs. 115-155.

²³ “El grave riesgo, el daño físico o psíquico y la situación intolerable son los conceptos clave del artículo 13 b) del Convenio. Sobre estos conceptos cabe formular varias observaciones: (a) Todos estos conceptos deben interpretarse, siempre, respectivamente; (b) Los tres conceptos deben concurrir y deben probarse, siempre, en el caso concreto; (c) Los tres conceptos deben verificarse siempre en relación al “menor”, no a la madre o hermanos del mismo”. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. “*Sustracción Internacional de Menores: una visión general*” en Y. Gamarra Chopo (coord.) “*El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*”. Zaragoza. Institución Fernando el Católico (C.S.I.C). Excmo. Diputación de Zaragoza. 2011. Págs. 115-155.

El Gobierno rumano -el demandado- alegó que al evaluar los intereses del menor los tribunales nacionales se habían basado en los testimonios de los testigos y en el informe de bienestar. El TEDH considera que los “testimonios” solamente consistían en el testimonio de la madre y de sus padres. Además, el informe de bienestar fue presentado ante los tribunales rumanos y básicamente consistía en las alegaciones de la madre acerca del comportamiento del padre en Austria y las razones que le hicieron marcharse. Aparentemente, ningún intento se hizo por contactar al demandante para escuchar su versión de los hechos. Lo mismo ocurre con el informe emitido por el Departamento de Servicios Sociales y Protección Infantil, donde no había tampoco ningún análisis de las implicaciones de una posible restitución de la menor a Austria.

En estas circunstancias, el TEDH no puede considerar que el análisis efectuado por las autoridades nacionales para determinar los intereses superiores del menor fueran suficientemente concienzudos. Por ello, el TEDH decide condenar al Gobierno rumano a pagar al demandante, el padre que ha sufrido la sustracción de su hija, una indemnización por daños y perjuicios -además de las costas y gastos- por una violación del artículo 8 del derecho a la vida familiar.

Por tanto, en este caso de Karrer contra Rumanía vemos que se rechaza aplicar el artículo 13 del Convenio de La Haya -en especial la negativa a la restitución del menor por los graves daños físicos y psicológicos que ello implicaría- para evitar la restitución del menor. Y ello se debe a que para que pueda evitarse la restitución a partir de este argumento hay una necesidad de evaluación. La evaluación que las autoridades rumanas hacen en este caso, para analizar los efectos de la restitución en el niño y la posibilidad de generarle graves daños físicos y psíquicos, es incompleta y poco concienzuda.

También es interesante ver la aplicación del Reglamento Bruselas II Bis en este caso. Por ejemplo, en los testimonios, en los informes y en demás pruebas en las que basan la negativa a la restitución -alegando el grave daño físico y psíquico que el menor sufrirá al separarse de su madre y volver a Austria- no se acredita que tras la restitución el menor va a estar desprotegido y va a sufrir dichos graves daños. Al menos, no se acredita de manera concienzuda y completa y hay una falta de evaluación de la situación del menor tras la restitución, como subraya el TEDH. De tal manera que en este caso no habría problemas para la restitución y ésta no se podría negar de acuerdo con el Reglamento Bruselas II Bis. En conclusión, tanto en el Convenio

de La Haya como en el Reglamento Bruselas II Bis es necesaria la prueba para que esta excepción pueda evitar la restitución del menor.

Además, el Reglamento Bruselas II Bis dice expresamente que: “los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución”. En este caso se puede apreciar que los órganos jurisdiccionales rumanos no escucharon al Sr. Karrer, el demandante, durante el procedimiento. Por lo tanto, de acuerdo con el Reglamento Bruselas II Bis, no se debería haber denegado la restitución.

En definitiva, es por lo que en este caso el TEDH decide que la restitución procede y obliga al Gobierno rumano a indemnizar al Sr. Karrer, que ha sufrido la sustracción de su hija. Para el TEDH, la excepción del artículo 13 no podría evitar la sustracción en este caso debido a la falta de una correcta evaluación de los graves daños físicos y psicológicos que el menor sufriría tras la restitución. Este tipo de decisiones ya se ven influenciadas por lo dispuesto en el Reglamento Bruselas II Bis.

3.4.2 Caso X contra Letonia²⁴.

X, ciudadana letona pero residente en Australia, comienza una relación extramatrimonial con T. mientras estaba casada, divorciándose en 2005. Ese mismo año, cuando ya vivía con su pareja T., da a luz a una niña de la que no se sabe quién es su padre ni hay prueba de paternidad. Su relación con T. se deteriora pero continúa viviendo en su casa. Posteriormente, X. se marcha de vuelta a Letonia con su hija. Entonces T. decide demandar a X. ante los juzgados de Australia alegando ser el padre de la niña pues X. siempre se lo decía y para cuando fue concebida ambos estaban juntos. Él alega violación del Convenio de La Haya pero X. no se presenta ante los juzgados australianos. Los juzgados australianos finalmente deciden que ambos tenían responsabilidad parental con respecto a la niña pero corresponde a los juzgados letones determinar si la sustracción ha sido ilícita o no. El procedimiento comienza en Letonia y la madre comparece alegando que T. no es el padre de la niña pues cuando la tuvo seguía casada

²⁴ 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/eng/?i=001-107888). (disponible en HUDOC *Case-Law Search* <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-107888>). Última consulta: 01/03/2017.

con su ex marido. El representante de la menor considera que no se debe proceder a la restitución pues la menor ya tiene arraigo en Letonia. Finalmente los tribunales letones acuerdan la restitución de la menor a Australia pues la sustracción había sido ilícita, ya que ambos padres tenían responsabilidad parental sobre la menor en el momento de la sustracción y, a pesar de que en las pruebas si se constataba la conducta irascible de T. sobre X. y su hija en alguna ocasión, también se constataba que T. siempre había cuidado de la niña y la restitución no supondría daños para la menor. La madre recurrió la decisión alegando que la única tutora en Australia de iure y de facto era ella y aportó un informe psicológico que establecía que a pesar de la corta edad de la menor, vivir lejos de su madre la llevaría a daños psicológicos y falta de seguridad y confianza. Alegó también que la niña hablaba solo letón y no tenía ningún arraigo en Australia. El tribunal analizó su decisión ante una posible vulneración de los intereses de la menor. Sin embargo, el tribunal confirmó la primera sentencia y procedió a la restitución de la menor a Australia, pero la madre se negó. T. las vio un día en Letonia, cogió a su hija y se la llevó a Australia. Allí el juzgado australiano dispuso que la custodia era exclusiva de T. y la madre tendría derechos de visita pero limitados. Ante esta situación, la madre decide demandar al Gobierno letón ante el TEDH.

El Informe explicativo sobre el Convenio de La Haya de Elisa Pérez Vera²⁵ dispone que los apartados 1 b) y 2 del artículo 13 consagran excepciones que claramente se basan en la toma en consideración del interés del menor, al que el Convenio de La Haya da un contenido preciso. Así, el interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual, sin garantías suficientes de que la nueva residencia será estable, cede en estos supuestos ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable.

Por otro lado, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, Carta de la UE) dispone que los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. También dispone que en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial²⁶. En definitiva, se ve que el interés superior del menor tiene una amplia protección por parte de los textos e instrumentos internacionales.

²⁵ Pérez-Vera, E. *Informe explicativo del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Madrid. Abril de 1981.

²⁶ Artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (BOE 30 de marzo de 2010).

En principio sí que se puede considerar la negativa a la restitución de la menor a Australia, ya que la madre a través de informes psicológicos prueba la inseguridad que supondría la restitución de la menor, pues el estar lejos de su madre le ocasionaría graves daños psicológicos y una situación constante de inseguridad²⁷. Además, se ha constatado que la menor no tiene arraigo en Australia y no sabe hablar inglés. Por tanto, sí se cumpliría con las exigencias del artículo 11 del Reglamento Bruselas II Bis. De hecho la Sala del TEDH indicó que los jueces letones deberían haber comprobado que existían las suficientes garantías de que la restitución se realizaría en las mejores condiciones para la niña, sobre todo en cuanto a las condiciones de vida que tendría en Australia y a que la demandante pudiera seguir a su hija y estar en contacto con ella.

Más aún, en opinión del TEDH, las autoridades internas letonas no intentaron que primara el interés superior de la menor. El TEDH consideró que únicamente los informes psicológicos permitirían determinar cuál es el interés superior de la menor. Ahora bien, los jueces nacionales se negaron a examinar el informe psicológico que la madre aportó. Por otro lado, el TEDH también subrayó que el riesgo al que se refiere el artículo 13 b) debe ser “grave”. Debe haber un grave riesgo de que se produzca el daño físico o psíquico tras la restitución. No vale una ligera posibilidad o probabilidad de que se pueda producir.

La jurisprudencia del TEDH considera que el primer elemento a considerar es el interés superior del menor y que los objetivos de prevención y de restitución inmediata obedecen a una determinada concepción del “interés superior del niño”. La misma idea subyace en el Convenio de La Haya que liga este interés al restablecimiento del statu quo al acordar la restitución inmediata al país de residencia habitual en caso de sustracción ilícita, pero teniendo en cuenta que el que no se restituya a un menor puede estar justificado basándose en razones objetivas que obedezcan al interés del niño, lo que explica la existencia de excepciones especialmente en el

²⁷ “La jurisprudencia comparada estima que existe daño grave cuando la restitución del menor suponga una separación de este respecto del progenitor que siempre lo ha cuidado (*primary carer*), siempre que ello produzca un efecto desastroso sobre el menor y siempre que sea imposible para el progenitor *primary carer* regresar al país de residencia habitual del menor, por ejemplo, porque dicho país niega la entrada de dicha persona por razones migratorias o porque dicha persona carece de todo medio económico en tal país. Si el progenitor *primary carer* puede regresar con el menor al país de origen, el artículo 13 b) del Convenio no es aplicable, ya que dicho progenitor no puede crear un peligro para los menores y luego alegar la existencia de este peligro que él mismo ha creado y que él mismo podría evitar”. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. “*Sustracción Internacional de Menores: una visión general*” en Y. Gamarra Chopo (coord.) “*El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*”. Zaragoza. Institución Fernando el Católico (C.S.I.C). Excmo. Diputación de Zaragoza. 2011. Págs. 115-155.

caso de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico, o de que de alguna manera se le coloque en una situación intolerable. Por otra parte, el TEDH constata que la Unión Europea (en adelante, UE) abraza la misma filosofía en el marco de un sistema que atañe únicamente a Estados miembros y que se basa en el principio de confianza mutua. También el Reglamento Bruselas II Bis, cuyas normas en cuanto a la sustracción de menores completan las establecidas por el Convenio de La Haya, remite a su preámbulo al interés superior del menor, mientras que el artículo 24 de la Carta de la UE insiste en el valor especial que hay que dar a todos los actos que afecten a menores.

Por tanto, cuando se trate de una demanda de restitución del menor efectuada en aplicación del Convenio de La Haya, situación distinta a la de un procedimiento sobre el derecho de custodia, se deberá apreciar el interés superior del menor teniendo presentes las excepciones previstas en dicho Convenio de La Haya, excepciones que afectan al paso del tiempo²⁸, a las condiciones de aplicación del convenio²⁹ y a la existencia de un “grave riesgo”³⁰, así como el respeto a los principios fundamentales del Estado que exigen la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales³¹. Esta es una labor que corresponde, en primer lugar, a las autoridades nacionales requirentes que tienen la ventaja de estar en contacto directo con los interesados. Para ello, los tribunales nacionales gozan de un margen de apreciación. No obstante, el TEDH puede valorar posteriormente las decisiones de los tribunales nacionales. De esta manera el TEDH examina, desde la óptica del Convenio de La Haya, las decisiones que se le someten en el ejercicio de su facultad³².

Por consiguiente, el TEDH estima que el Convenio de La Haya impone en este asunto una obligación procedimental a las autoridades nacionales: al examinar la demanda de restitución del menor, los jueces no sólo deben examinar las alegaciones sobre la existencia de un “grave riesgo” para el menor en caso de restitución, sino que deberán pronunciarse sobre el particular mediante una decisión motivada atendiendo a las circunstancias del caso. La negativa a tener en

²⁸ Artículo 12 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (BOE 24 de agosto de 1987).

²⁹ Artículo 13 a) del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (BOE 24 de agosto de 1987).

³⁰ Artículo 13 b) del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (BOE 24 de agosto de 1987).

³¹ Artículo 20 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (BOE 24 de agosto de 1987).

³² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Hokkanen contra Finlandia. 9 de diciembre de 1993. *Application no. 19823/92*. (disponible en HUDOC *Case-Law Search* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164410>). Última consulta: 01/03/2017.

cuenta las objeciones a la restitución susceptibles de entrar en el ámbito de aplicación de los artículos 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya y la falta de motivación suficiente de la decisión de rechazo a tales objeciones serían contrarias a las exigencias del artículo 13 del Convenio de La Haya pero también al objeto del Convenio de La Haya. Es necesario que los tribunales nacionales analicen seriamente esas acusaciones y que demuestren que lo han hecho mediante una motivación que no sea ni automática ni estándar, sino que sea lo suficientemente detallada atendiendo a las excepciones del Convenio de La Haya, las cuales se interpretarán de manera estricta³³. De este modo el TEDH, que no está para sustituir a los jueces nacionales, podrá valorar sus decisiones en el ámbito de la sustracción internacional de menores.

Es verdad que se deben de poner límites a las excepciones a la restitución de los menores en casos de sustracción internacional puesto que la regla general es la restitución. Así, por ejemplo, para evitar una restitución de acuerdo con el artículo 13 del Convenio de La Haya es necesario demostrar que no se han adoptado las medidas necesarias para asegurar la correcta restitución del menor (según dispone el Reglamento Bruselas II Bis en su artículo 11). Al final, la restitución es teóricamente correcta pues trata de subsanar una situación injusta donde uno de los progenitores se toma la justicia por su mano y decide incumplir con los derechos de custodia, llevándose ilegalmente a su hijo menor de edad consigo. Como establece Elisa Pérez-Vera en su Informe explicativo del Convenio de La Haya, las excepciones previstas en el artículo 13 del Convenio de La Haya no son de aplicación automática en el sentido de que no determinan forzosamente el no retorno del menor, por el contrario, la naturaleza misma de estas excepciones estriba en dar a los jueces la posibilidad -no de imponerles la obligación- de denegar dicho retorno en ciertas circunstancias³⁴.

Sin embargo, a pesar de las limitaciones impuestas en el Reglamento Bruselas II Bis y el hecho de que lo contenido en los artículos citados previamente (artículos 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya) son excepciones, las autoridades nacionales a cargo de procedimientos de sustracción internacional de menores tienen la obligación de constatar que no se da ninguna de las excepciones del Convenio de La Haya.

³³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Maumousseau y Washington contra Francia . (disponible en HUDOC *Case-Law Search* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83823>). Última consulta: 01/03/2017.

³⁴ Pérez-Vera, E. *Informe explicativo del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Madrid. Abril de 1981. Pág. 32.

En este caso, las autoridades letonas tenían una obligación de carácter procedimental ya que, ante una acusación relativa a la existencia de un “riesgo grave” para la menor en caso de restitución, los jueces debían hacer un examen efectivo tras el cual dictarían una resolución motivada.

Además, según el artículo 13 b) del Convenio de La Haya, los jueces que examinen una demanda de restitución no están obligados a acceder a la misma “cuando la persona, institución u organismo que se opone al retorno determine (...) que existe un grave riesgo”. En primer lugar, el padre o la madre que se oponga a la restitución debe aportar pruebas suficientes al respecto. En el presente caso, la demandante debía proporcionar pruebas suficientes que apoyaran sus acusaciones, las cuales, además, se referían a un riesgo descrito específicamente como “grave” por el artículo 13 b). El TEDH señala que si bien este artículo no es exhaustivo a la hora de definir lo que es un “grave riesgo” -no se limita a un “peligro físico o psíquico” sino que también incluye “una situación intolerable”-, no se puede interpretar, en el sentido del artículo 8 del Convenio de La Haya, como que incluye todos los inconvenientes propios de una restitución: la excepción del artículo 13 b) se refiere únicamente a situaciones que van más allá de lo que un niño puede razonablemente soportar.

Finalmente, la demandante cumplió con su obligación de prueba al aportar un certificado psicológico en el que se concluía que había riesgo de causar un trauma a la menor si se le separaba inmediatamente de la madre. Además, también puso de manifiesto que T. había sido condenado penalmente y aludió a malos tratos por su parte. Por tanto, los jueces de Letonia deberían haber comprobado estas circunstancias para confirmar o descartar la existencia del “grave daño” en caso de restitución. Por otro lado, sí existían dudas sobre la inseguridad del menor tras la restitución y no parece que se hubieran adoptado medidas en aras de conseguir esa seguridad (medidas como conseguir que la madre pudiera estar cerca de su hija en Australia y mantener el contacto con ella o garantizar que la menor iba a aprender inglés y tener una correcta integración con su padre y con su entorno).

En consecuencia, el TEDH opina que es contrario al CEDH y al propio Convenio de La Haya el negarse a considerar esas acusaciones que la demandante había fundamentado con el certificado de un profesional y de cuyas conclusiones se desprendía la posible existencia de un grave daño conforme al artículo 13 b) del Convenio de La Haya. El hecho de que este informe no fuera objeto de contradicción no es motivo suficiente para que los jueces quedaran eximidos

de la obligación de examinarlo de modo efectivo, pues el Tribunal Regional de Riga podía someter el documento a debate entre las partes (como por ejemplo ordenando de oficio un informe pericial contradictorio -tal y como permite la legislación letona-).

Esta excepción a la restitución del artículo 13 b) es importante tenerla en cuenta y hacer lo posible para verificar que se da o que no se da en cada caso. La restitución por la vulneración de un derecho de custodia no debería primar en caso de que la restitución generara un grave daño en el menor.

El TEDH finalmente decide que las autoridades letonas no han cumplido con las exigencias con respecto al artículo 13 b) del Convenio de La Haya y condena al Gobierno letón al pago de una indemnización por violación del artículo 8 del CEDH. En este caso, al contrario que en el anterior, parece claro que hay una importante carga probatoria de que la menor sufriría un grave daño psíquico con la restitución y ello debe suponer la negativa a la restitución de la menor (a pesar de que se hayan podido vulnerar los derechos de custodia de T.).

3.4.3 Caso *Sneersone y Kampanella contra Italia*³⁵.

Dos personas de nacionalidad italiana y letona respectivamente tienen un hijo, Marko, sin haber contraído matrimonio. Tras romper la relación, Marko convive en Italia con su madre sin que su padre le preste mucha atención aun viviendo en la misma ciudad italiana. Los tribunales italianos le conceden la custodia a la madre y derechos de visita al padre. El padre quiere tener derecho de custodia ante la posibilidad de que la madre se marche a Letonia con Marko, pero los tribunales italianos lo rechazan. Finalmente, la madre se marcha con Marko a Letonia alegando que el padre no le pagaba la pensión y no podía continuar viviendo en Italia. El padre demanda ante los tribunales italianos exigiendo la custodia y la restitución de su hijo Marko. Las autoridades centrales letona e italiana analizaron el caso y los psicólogos consideraron que Marko ya estaba arraigado en Letonia y su restitución implicaría daños psicológicos. Por tanto, a pesar de que la sustracción había sido ilegal, los tribunales entendieron que no procedía la restitución de acuerdo con el artículo 13 del Convenio de La Haya. Sin embargo, luego los

³⁵ 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.

tribunales italianos a instancia del padre exigieron la restitución de Marko. La madre recurrió alegando que Marko no había sido escuchado. Sin embargo, los tribunales italianos obligaron a la restitución del menor a pesar de los daños que podía ocasionarle. La madre, junto a su hijo, demandó al Gobierno italiano ante el TEDH.

Para empezar, el Comité del Consejo de Europa señaló que el Tribunal Regional de Riga, al adoptar su decisión, se refirió a la ley nacional de enjuiciamiento civil que permitía la negativa a la restitución del menor si el menor estaba bien asentado en Letonia y no estaba interesado en la restitución. El Comité, al analizar el caso, consideró que era procedente en este caso aplicar el artículo 13 del Convenio de La Haya, entendiendo que los tribunales letones habían puesto mucha más atención a la situación de Marko en Letonia en vez de en las potenciales consecuencias que supondría su restitución a Italia. Por tanto, para el Comité no había indicaciones serias de que la vida en Italia junto a su padre supusiera para Marko daños físicos o psicológicos o una situación intolerable.

Analizando el artículo 13 del Convenio de La Haya, el Gobierno italiano encuentra tres posibles situaciones que lleven a evitar la restitución: en primer lugar, que Marko se ha asentado en Letonia, se ha adaptado a vivir allí y sus intereses radican en continuar viviendo con su madre; en segundo lugar, el alegato de que el padre no ha tenido ningún contacto con el menor; y, en tercer lugar, que debido a la duración del proceso en Italia, la restitución de Marko a Italia y la restauración del status quo ya no son posibles.

En cuanto al hecho de la residencia continuada de Marko con su madre, el Gobierno italiano subraya que se debe a la negativa de la demandante a actuar de conformidad con las sentencias de los tribunales italianos. En cuanto al deseo del padre de Marko de cuidar y preocuparse de su hijo, el Gobierno italiano señala que aparte de pequeñas disputas acerca del pago de la pensión al menor, el padre siempre ha demostrado deseo de disfrutar de una vida familiar estable con su hijo en Italia. El Gobierno también subraya que el padre no es ni alcohólico, ni drogadicto, ni inadecuado de ninguna manera para cuidar de su hijo. Por último, en cuanto a la duración de los procesos judiciales, el Gobierno enfatiza que las autoridades italianas han resuelto todo el caso en tan solo diez meses. Por tanto, no se puede responsabilizar a las autoridades italianas por el tiempo que Marko ha estado lejos de su padre. Es por todo ello por lo que el Gobierno considera que en este caso no se ha infringido lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya y

que, de acuerdo con lo que se ha visto en el párrafo anterior, no hay un grave riesgo de daño psíquico.

Como ya se ha visto en otros casos, el principal problema en casos de sustracción y restitución de menores es conseguir ese equilibrio justo entre los intereses en conflicto del menor, de los progenitores y del orden público. Los Estados tienen un margen de apreciación en estos asuntos pero están sujetos también a los textos internacionales, que disponen que los intereses del menor son de primera consideración. Para el TEDH, los intereses del menor son fundamentalmente los siguientes dos: mantener los lazos con su familia, a no ser que se pruebe que dichos lazos son indeseables, y permitirle desarrollarse en un ambiente familiar. Los intereses del menor, desde una perspectiva de desarrollo personal, dependerán de una variedad de circunstancias individuales -en particular su edad, su nivel de madurez, la presencia o ausencia de sus padres, su ambiente y sus experiencias-.

Como se ha visto, la tarea de evaluar esos intereses en cada caso es algo que le compete a las autoridades nacionales, que suelen tener la ventaja del contacto directo con las personas concernientes. Para ello gozan de un margen de discrecionalidad pero que queda sujeto, sin embargo, a una posible valoración futura del TEDH (el TEDH puede revisar a través del CEDH las decisiones que esas autoridades han tomado en el ejercicio de su poder).

El TEDH considera que se produce una obstrucción cuando medidas nacionales entorpecen el disfrute de la compañía mutua entre padre e hijo. En este caso un psicólogo, cuyo informe fue solicitado por los representantes legales de la demandante, confirmó que Marko sufría estrés psicológico y ansiedad debido a su potencial restitución a Italia. Eso tiene un impacto significativo en el disfrute de Marko de su vida familiar. Además, el TEDH en más de una ocasión ha sentenciado que la orden de restitución, incluso si no ha sido ejecutada, constituye en sí misma una obstrucción al derecho a respetar la vida familiar.

El TEDH acepta la defensa de los tribunales italianos, basándose en la otra vertiente, de que su rol se limitaba al artículo 11 del Reglamento Bruselas II Bis, adoptando los ajustes necesarios para asegurar la protección de Marko tras su restitución a Italia de cualquier riesgo identificable en el artículo 13 del Convenio de La Haya. Sin embargo, el TEDH tampoco puede dejar de observar que las sentencias de los tribunales italianos han fracasado en apreciar y atender a los riesgos identificados por las autoridades letonas en caso de que se produjera la restitución. Así,

por ejemplo, las conclusiones halladas en el informe del Tribunal de Custodia de Riga y del Tribunal del Distrito de Vidzeme no fueron mencionadas explícitamente en ninguna sentencia italiana (como que el niño estaba bien adaptado a vivir con su madre en Riga, que la separación de su madre iba a afectar su desarrollo y que eso podía crearle problemas neuróticos, enfermedades o ambas debido a los estrechos lazos que tenía con su madre). Por tanto, habrá que verificar que los ajustes realizados para asegurar la protección de Marko tras la restitución se han realizado de acuerdo con sus intereses.

Los tribunales italianos nunca se refirieron a estos daños potenciales a la salud psíquica de Marko que fueron identificados en estos informes. Si consideraban estos informes de poca confianza podían haber pedido un informe a otro psicólogo pero no lo hicieron. En cuanto a la vivienda propuesta por el padre de Marko tras la restitución, ningún esfuerzo fue realizado por los tribunales italianos para asegurarse de que era un hogar adecuado para un niño pequeño (Marko sí vivía en buenas condiciones en Letonia de acuerdo con los tribunales letones). La casa del padre no fue inspeccionada, ni por los tribunales ni por otra persona de su confianza. Todo esto hace pensar al TEDH que los tribunales italianos no cumplieron con una correcta evaluación de las dificultades que Marko podría encontrarse en Italia. Esto tiene como consecuencia que se podía haber negado la restitución en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya debido a esa situación intolerable o graves daños psíquicos que Marko iba a afrontar tras la restitución. El TEDH considera, por tanto, violados los derechos a la vida familiar de los demandantes y condena al Estado italiano a pagar una indemnización a madre e hijo.

3.4.4 Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza³⁶.

La madre, de nacionalidad suiza, se casa con un israelí en Israel y tienen un hijo, Noam. El padre se une a un movimiento judío ortodoxo radical. Debido a la radicalización del padre le conceden la custodia del niño a la madre y al padre derechos de visita. Tras varios episodios violentos, y viviendo la madre en una situación constante de miedo, deciden divorciarse en 2005. Posteriormente, la madre vuelve a Suiza con su hijo y el padre inicia un procedimiento de sustracción internacional de menores. Los tribunales suizos se niegan a la restitución, pues a

³⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª). Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza. 8 de enero de 2009. *Application no. 41615/07* (disponible en HUDOC *Case-Law Search* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90480>). Última consulta: 01/03/2017.

pesar de que la sustracción ha sido ilícita, se aplica el artículo 13 del Convenio de La Haya que hace que no proceda la restitución por graves daños al menor. Sin embargo, finalmente el Tribunal Federal de Suiza ordenó la restitución y la madre recurrió ante el TEDH.

En 2007 el Parlamento Federal suizo aprobó la “Ley Federal sobre Sustracción Internacional de Menores y de Convenios de La Haya sobre protección de menores y adultos” con el objetivo de esclarecer aspectos de sustracción internacional de menores, especialmente en relación con la aplicación del Convenio de La Haya. Esta Ley Federal dispone que:

La restitución del menor lo coloca en una situación intolerable cuando, de acuerdo con el artículo 13 del Convenio de La Haya: a) la restitución con el progenitor no es manifiestamente del interés del menor; b) dicho progenitor no está en una posición como para cuidar de su hijo en el Estado en el que el menor residía habitualmente inmediatamente antes de la sustracción y c) el cuidado del menor por una tercera persona no es manifiestamente del interés del menor.

El TEDH entiende que la demandante sí sustrajo ilícitamente a su hijo de acuerdo con el artículo 3 del Convenio de La Haya, por tanto sí cometió una sustracción de acuerdo con el Convenio de La Haya. Por tanto, ordenar la restitución del menor de acuerdo con el artículo 12 del Convenio sí tiene una base legal suficiente.

Mientras que los tribunales inferiores suizos sí objetaron la restitución del niño (subrayando en particular los intereses del menor, el grave daño psicológico y la situación intolerable que el niño tendría que afrontar si era restituido a Israel con o sin madre), el Tribunal Federal suizo rechazó ese punto de vista -aunque estuviera respaldado por el informe de un experto-, y declaró que la solución apropiada era obligar a la madre, que tenía la custodia, a volver a Israel con su hijo. Sin embargo, la demandante ya alegó que por razones de peso ella no iba a volver a Israel. Los demandantes también señalan que en un informe de 2007 el doctor B., un experto médico, teniendo en cuenta el hecho de que la madre estaba evitando su regreso a Israel debido al riesgo del procedimiento judicial que había en su contra, concluyó que la restitución del menor sin su madre supondría un trauma psicológico importante debido a que el menor sufriría una extrema ansiedad y un riesgo importante de depresión.

La negativa a la restitución del menor a Israel no minorará el sistema internacional de protección establecido por el Convenio de La Haya sino que, al contrario, lo reforzará. Aunque el principio del Convenio de La Haya sea la restitución de los niños ilícitamente sustraídos al Estado de su

residencia habitual con asistencia de la Autoridad Central, hay varias excepciones a este principio (por ejemplo, habrá una excepción cuando la restitución exponga al menor a un grave riesgo de daño físico o psicológico o a una situación intolerable). Los demandantes señalan que a día de hoy el Convenio de La Haya ya no es el único instrumento que valora los procedimientos de este tipo. También la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) considera los intereses del menor algo primordial en todas las decisiones relativas a ellos. Al valorar esos intereses se debe atender y valorar específica y objetivamente las consecuencias de la restitución del menor a Israel, y se debió determinar y describir antes de la resolución del juicio los ajustes necesarios para la correcta restitución del mismo.

Por otro lado, el Gobierno suizo, aunque reconoce que la restitución del menor a Israel causaría a ambos demandantes alguna inconveniencia, considera que esos problemas son inherentes al sistema del Convenio de La Haya y no pueden hacer inoperable el mecanismo. Para el Gobierno suizo, solo cuando la restitución suponga una violación de los derechos humanos deberá ser declarada incompatible³⁷. El Gobierno entiende que las excepciones a la restitución del menor tienen que ser interpretadas de manera restrictiva, ya que sino el Convenio de La Haya sería una Carta inútil.

Para el TEDH, el concepto de “interés superior del niño” es un principio subyacente del Convenio de La Haya. Por ello, el TEDH debe asegurar que los tribunales nacionales han llevado a cabo un examen en profundidad de toda la situación familiar y de los factores más relevantes relativos a la restitución -en particular los fácticos, emocionales, psicológicos, materiales y médicos- y que han llevado a cabo una valoración equilibrada y razonable de los respectivos intereses de cada persona, con un constante interés en determinar cuál será la mejor solución para el niño sustraído en caso de restitución a su país de origen.

A la hora de valorar la proporcionalidad de la medida estatal de restitución concerniente a un niño que ya se había adaptado a su país de acogida, es necesario tener en cuenta los intereses y el bienestar del menor y en particular la seriedad de las dificultades que se encontrará al regresar a su país de origen, así como la solidez de los lazos sociales, culturales y familiares con el país de origen y el país de acogida. El TEDH duda que todas las circunstancias alegadas por los demandados lleven al buen desarrollo y bienestar del menor. Está claro que ese escenario que

³⁷ Artículo 20 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (BOE 24 de agosto de 1987).

pintan esas circunstancias no es el mejor para los intereses superiores del menor. Por ello, el TEDH condenó al Estado suizo a pagar una indemnización a los demandantes por violación del artículo 8 del CEDH.

3.5 Segunda excepción del artículo 13 del Convenio de La Haya: derecho del menor a ser oído.

Una vez que he analizado la primera excepción a la restitución del menor, voy a proceder a analizar la segunda excepción en la que consiste este trabajo: el derecho del menor a ser oído. Este derecho del menor a ser oído puede llevar a que el menor se oponga a la restitución³⁸. Como he hecho en el anterior epígrafe, también voy a analizar esta cuestión a través de sentencias del TEDH.

3.5.1 Caso *Raw y Otros contra Francia* ³⁹.

Los padres -él de nacionalidad francesa y ella de nacionalidad británica- se casan y tienen dos hijos. En 2001 se divorcian y los niños se quedan a vivir con la madre en Inglaterra, que tiene el derecho de custodia. Ella se vuelve a casar y tiene una hija. En una visita de los hijos a su padre en Francia, el padre decide no devolverlos a la madre y además un juzgado de Francia le concede la custodia provisional de los hijos. Sin embargo, los tribunales británicos declararon ilícita la sustracción y la madre inicia un procedimiento judicial en Poitiers (Francia) invocando el Convenio de La Haya. Los tribunales de Francia le dieron la razón y ordenaron la restitución de los hijos pero el padre apeló al Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo desestimó la pretensión del padre y se organizó un encuentro entre la madre y los hijos en un pueblo de Francia con el objetivo de que ese mismo día ella se los llevara de vuelta a Inglaterra, pero el niño mayor agredió físicamente a la madre y el menor se negó entre llantos y gritos a verla. Ante esta situación, la Autoridad Central francesa no consideró propicia la restitución ante los graves daños físicos y psicológicos que a los menores les podía ocasionar. La madre instó a que se

³⁸ “El Convenio admite asimismo que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y madurez suficientes. Por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés”. Pérez-Vera, E. *Informe explicativo del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Madrid. Abril de 1981. Pág. 7.

³⁹ 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>). Última consulta: 01/03/2017.

ejecutara la sentencia a su favor pero la Autoridad Central francesa, en vista de la edad y personalidades de los niños y tras la audiencia a ambos, no lo consideró recomendable en virtud de la excepción del artículo 13 sobre el derecho del menor a ser oído y teniendo en cuenta que los menores se habían opuesto a la restitución. Posteriormente el hijo menor contactó con la madre y ésta se lo llevó consigo a Inglaterra. El hijo mayor cumplió 16 años⁴⁰ y continuó viviendo con el padre. La madre, junto con su hija -medio hermana de los dos niños-, recurre ante el TEDH demandando al Gobierno francés.

En relación al derecho del menor a ser oído, el Reglamento Bruselas II Bis dispone que “se velará porque se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, al menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez”.

Según la Observación General Número 12 del Comité de los Derechos del Niño⁴¹, uno de los derechos fundamentales de la CDN es el derecho de todos los niños a ser escuchados. Sin embargo, es verdad que hay muchos niños (sobre todo los de edades más pequeñas y los que pertenecen a grupos marginados o desfavorecidos) que se ven privados de este derecho. Para que un niño forme correctamente su opinión, es necesario que los Estados se aseguren de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior. Además, tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños.

Además, el niño debe ser escuchado en todos los asuntos que le afecten. Eso, evidentemente, incluye los procedimientos de restitución del menor al Estado donde tenía su residencia habitual. Por otro lado, también es importante la expresión “teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez” del artículo 12 de la CDN. Madurez es la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado. En definitiva, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración.

⁴⁰ “El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor cumpla los 16 años”. Artículo 4 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (entrada en vigor el 1 de diciembre de 1983).

⁴¹ Observación General Número 12 del Comité de los Derechos del Niño, de 20 de julio de 2009, sobre el Derecho del Niño a ser escuchado. CRC/C/CG/12. (disponible en <https://www.crin.org/es/biblioteca/archivo-de-noticias/comite-de-los-derechos-del-nino-observacion-general-numero-12>). Última consulta el 11/04/2017.

Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.

El artículo 12 de la CDN también habla del derecho “ a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”. El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones e incluso con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia o cuidado y adopción. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. El Comité alienta a los Estados a que introduzcan medidas legislativas por las que se exige a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño.

Es verdad que solamente los niños “que estén en condiciones de formarse un juicio propio⁴²” tienen derecho a ser escuchados. Pero esto no debe verse como una limitación sino como una obligación de los Estados de valorar la capacidad del niño de formarse una opinión propia. Los Estados no deben presumir nunca que el niño no tiene capacidad de formarse un juicio propio. Tampoco los Estados deben fijar una edad a partir de la cual se pueda considerar que los niños pueden formarse un juicio, pues hay niños que incluso sin saber hablar ya pueden tener una opinión y expresarla de distinta manera. Como se ha visto previamente, el niño debe expresar su opinión libremente sin que deba estar influido por nadie⁴³.

La jurisprudencia del TEDH señala que los Estados tienen obligaciones positivas y que deben tomar medidas adecuadas para reunir a los padres con los hijos. Sin embargo, estas obligaciones no son absolutas dado que dichas reuniones pueden requerir tiempo y preparación. También destaca que el interés superior del niño suele no ser compatible con la adopción de medidas coercitivas en su contra, e incluso ese interés a veces implica que no se lo separe del progenitor con el que se encuentra, o que no sea devuelto al progenitor que lo solicita. El TEDH aclaró que estas consideraciones se aplican también mutatis mutandis al vínculo entre hermanos.

⁴² Artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas, del 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño (BOE 31 de diciembre de 1990).

⁴³ Observación General Número 12 del Comité de los Derechos del Niño, de 20 de julio de 2009, sobre el Derecho del Niño a ser escuchado. CRC/C/CG/12. (disponible en <https://www.crin.org/es/biblioteca/archivo-de-noticias/comite-de-los-derechos-del-nino-observacion-general-numero-12>). Última consulta el 11/04/2017.

El TEDH consideró que la cuestión central era si las autoridades francesas habían adoptado las medidas apropiadas y necesarias para asegurar la restitución de los niños a Inglaterra, y señaló que las autoridades francesas habían actuado con celeridad una vez que el mecanismo del Convenio de La Haya había sido puesto en marcha. Pero el TEDH también estimó acertado que las autoridades esperaran una determinación definitiva de la cuestión del artículo 13 del Convenio de La Haya -sobre el derecho de los dos menores a ser oídos-, antes de involucrarse enteramente en la restitución de los niños.

El TEDH aceptó que los propios niños habían expresado claramente su negativa con respecto a la idea de regresar a Inglaterra, pero consideró que esta actitud no era “necesariamente inmutable”, tal como fue demostrado posteriormente con el cambio de opinión y regreso del hijo menor con su madre tras contactar con ella pidiéndole que le recogiera. El TEDH indicó que a este respecto el Convenio de La Haya y el Reglamento Bruselas II Bis imponen obligaciones de tener en cuenta la opinión del niño, la cual no necesariamente tiene que constituir un obstáculo para su restitución.

Precisamente el TEDH no consideró que la excepción del artículo 13 acerca del derecho del menor a ser oído pudiera impedir la restitución. En este caso los menores fueron oídos y se opusieron a la restitución, incluso llegando a agredir a su madre. Sin embargo, el TEDH argumentó que la opinión de los menores no es inmutable y por ello no debe impedir la restitución. En este caso el tiempo le ha dado la razón pues no mucho después el hijo menor contactó con la madre y se volvió a Inglaterra. Pero por otro lado el hijo mayor mantuvo su opinión y nunca volvió a Inglaterra. Es por ello por lo que también se debe tener en cuenta la opinión de los menores de acuerdo con su edad y madurez.

Sin embargo, a pesar de que el TEDH condenó al Estado francés a pagar una indemnización a las demandantes alegando violación de sus derechos a la vida familiar del artículo 8 del CEDH, hubo votos particulares en esta sentencia.

La juez Nussberger estimó que los derechos de la hija (demandante junto a su madre y medio hermana de los dos niños sustraídos) no podían considerarse vulnerados, ya que aun si las autoridades francesas hubieran conminado al padre a cooperar, los niños habrían sido puestos al cuidado de un tutor y las autoridades habrían procedido a una evaluación de su residencia, sin necesariamente reunir a los dos hermanos con madre e hija.

La juez agregó que no se debía utilizar a los niños como meros instrumentos. En su opinión, era poco probable que la posición de la madre coincidiera con la de los hijos, cuya custodia compartía, y quienes eran en ese momento adolescentes y habían expresado claramente que no tenían deseos de vivir con ella. Señaló que la jurisprudencia del TEDH no ofrecía ninguna solución a este conflicto de intereses, lo cual era contrario a la CDN, que en su artículo 12, dispone:

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

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

En opinión de la jueza, para evitar que los niños sean utilizados como meros instrumentos, se debería negar a los padres el derecho a representar a sus hijos menores de edad, salvo cuando existe una decisión nacional que confirme que la presentación de demanda ante el TEDH se corresponde con el interés superior del niño.

El artículo 12 de la CDN también dispone que una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: “directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”. El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona. Sin embargo, en muchos casos hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio. Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones⁴⁴.

3.5.2 Otros casos.

Voy a proceder a ver algunas de las sentencias que ya he planteado anteriormente -en relación al grave riesgo de daños físicos y psíquicos- donde también se habla del derecho del menor a ser oído.

⁴⁴ Observación General Número 12 del Comité de los Derechos del Niño, de 20 de julio de 2009, sobre el Derecho del Niño a ser escuchado. CRC/C/CG/12. (disponible en <https://www.crin.org/es/biblioteca/archivo-de-noticias/comite-de-los-derechos-del-nino-observacion-general-numero-12>). Última consulta el 11/04/2017

En el caso *Sneersone y Kampanella contra Italia*⁴⁵, la República de Letonia advirtió que la sentencia italiana de 2008 se había adoptado sin tener en cuenta la opinión de Marko. El Comité del Consejo de Europa, al tratar el caso, dispuso que se podía apreciar del Reglamento Bruselas II Bis, de la CDN, del Convenio de La Haya y de la Carta de la UE que escuchar la opinión del niño en aspectos que le vinculan directamente es un principio fundamental. Sin embargo, ese principio no es absoluto. Lo que se tiene que tener en cuenta es el nivel de desarrollo del menor. Este nivel ni puede ni debe ser definido en ningún tratado internacional. Por tanto, deben ser las autoridades nacionales las que gocen de una amplia discrecionalidad en esta cuestión. El Comité del Consejo de Europa entendió que la Autoridad Central italiana usó esa discrecionalidad y por eso indicó en el certificado de restitución del menor que no era necesario para los tribunales italianos escuchar a Marko, debido a su corta edad y madurez⁴⁶. Por tanto, ninguno de los tratados y convenios internacionales invocados por Letonia han sido incumplidos. De aquí podemos sacar que deben de ser las autoridades estatales las encargadas de decidir si escuchan al menor o no y que está claro que el derecho del menor a ser oído es un principio reconocido por muchos textos internacionales. Serán, como he dicho antes, las autoridades estatales las encargadas de discernir si el menor tiene la edad y madurez suficiente como para que su opinión deba ser escuchada, sin perjuicio de que posteriormente las autoridades europeas puedan valorar la decisión del Estado⁴⁷.

En el caso *Neulinger y Shuruk contra Suiza*⁴⁸, el TEDH estipuló que el interés superior del menor está también articulado en la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de todas

⁴⁵ 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.

⁴⁶ “Los esfuerzos hechos para ponerse de acuerdo respecto a una edad mínima a partir de la cual la opinión del niño podría ser tomada en consideración han fracasado, ya que todas las cifras tenían un cierto carácter artificial, por no decir arbitrario; en consecuencia, se ha entendido que era preferible dejar la aplicación de esta cláusula al mejor juicio de las autoridades competentes”. Pérez-Vera, E. *Informe explicativo del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Madrid. Abril de 1981. Pág. 7.

⁴⁷ “En España, la jurisprudencia es poco sistemática. Algunos tribunales se muestran muy generosos con menores de corta edad y tienen en cuenta su opinión (AAP Sevilla 12 septiembre de 2008 [se tiene en cuenta la voluntad de un menor de 5 años]). Otros son más estrictos (AAP Cáceres 3 junio 2003 [un menor de cuatro años no puede expresarse libremente en torno a su restitución internacional]). La cuestión recibe un tratamiento extremadamente casuístico y sin criterio fijo”. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. “*Sustracción Internacional de Menores: una visión general*” en Y. Gamarra Chopo (coord.) “*El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*”. Zaragoza. Institución Fernando el Católico (C.S.I.C). Excmo. Diputación de Zaragoza. 2011. Págs. 115-155.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª). Caso *Neulinger y Shuruk contra Suiza*. 8 de enero de 2009. *Application no. 41615/07* (disponible en HUDOC *Case-Law Search* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90480>). Última consulta: 01/03/2017.

las formas de discriminación contra la mujer⁴⁹. En esta Convención se dispone que los menores tendrán la protección y el cuidado necesario para su bienestar. También dice que los menores podrán expresar sus puntos de vista con libertad. Esos puntos de vista de los menores se tomarán en consideración en materias que les conciernan de acuerdo con su edad y su madurez. Además, también dispone que todos los menores deben de tener el derecho de mantener en una base regular una relación y contacto personal y directo con sus progenitores, a no ser que eso sea contrario a sus intereses.

Analizando estos casos, y en general en la jurisprudencia comparada, la opinión del menor sirve como excepción para negarse a la restitución siempre que sea muy clara y coherente, bien formada y fundada, y en tanto no esté indebidamente influenciada por alguno de los progenitores⁵⁰.

En este sentido es interesante el análisis jurisprudencial que la docente Luciana B. Scotti hace sobre lo que se dice sobre el derecho del menor a ser oído en distintos países. La jurisprudencia australiana establece en la actualidad no sólo que el menor debe oponerse a la restitución, sino que la objeción debe demostrar un sentimiento fuerte más allá de la mera expresión de una preferencia o de deseos comunes. También en Austria, Bélgica, Canadá y Francia no vale solo como oposición del menor que éste simplemente prefiera la vida en el país de residencia o junto al padre sustractor. La jurisprudencia suiza ha resaltado la importancia de que los menores puedan distinguir lo que prefieren en un procedimiento de custodia y en un procedimiento de restitución. En Suiza, además, insisten en que el hecho de que el menor simplemente prefiera quedarse en el Estado de residencia o junto a su progenitor sustractor no es suficiente para entenderse que esta opinión del menor supone una oposición a la sustracción. También muchos tribunales de distintos Estados han insistido en que, si la oposición que hace el menor a la restitución al expresar su opinión no se ha formado individualmente sino que viene influenciada por el progenitor sustractor, no podrá utilizarse como oposición a la restitución. Es muy

⁴⁹ Convención de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1979, sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (BOE 21 de marzo de 1984).

⁵⁰ Scotti L.B., “las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños”. *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, noviembre de 2013 (disponible en <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/scotti-las-garantias-fundamentales.pdf>). Última consulta el 21/03/2016.

importante, no obstante, tener en cuenta la opinión del menor pues pueden sufrir mucho tras la restitución e incluso llegar al punto de hacerse daño a sí mismos⁵¹.

⁵¹ Scotti L.B., “las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños”. *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, noviembre de 2013 (disponible en <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/scotti-las-garantias-fundamentales.pdf>). Última consulta el 21/03/2016.

4. CONCLUSIÓN

Una vez analizada la jurisprudencia del TEDH con respecto a este tema se pueden concluir varias ideas. En primer lugar, los Estados gozan de un margen de discrecionalidad en estos asuntos aunque sin perjuicio de que sus decisiones puedan ser valoradas posteriormente por tribunales europeos. Además, en los casos de sustracción internacional de menores y restitución, el interés del menor de edad es primordial y prima sobre los intereses de los progenitores. Precisamente por este interés primordial del menor en procesos de sustracción internacional de menores es por lo que están las dos excepciones del artículo 13 del Convenio de La Haya analizadas en este Trabajo.

Además, se puede concluir de lo visto en las sentencias del TEDH que para evitar una restitución del menor es fundamental probar que efectivamente la restitución entraña el grave riesgo de un daño físico o psíquico al menor. Es muy importante la necesidad de evaluación, examen y verificación completa y concienzuda de toda la situación familiar, de los factores que rodean la restitución para garantizar que no se incumple el artículo 13 del Convenio de La Haya y, por otro lado, que la posible negativa a la restitución está completamente justificada y fundamentada. El TEDH considera que hay una obligación procedimental para las autoridades nacionales de examinar la demanda de restitución del menor, las alegaciones sobre la existencia de un grave riesgo para el menor en caso de restitución y motivar una decisión atendiendo a las circunstancias del caso.

Por eso, en el Caso Karrer contra Rumanía, el TEDH acepta la restitución que se produjo pues no se probó suficientemente la excepción del artículo 13 b) del Convenio de La Haya. Sin embargo, en los Casos X contra Letonia; Sneersone y Kampanella contra Italia y Neulinger y Shuruk contra Suiza sí que se probó y era claro el grave riesgo de daño físico o psicológico que la restitución le generaría al menor. Los jueces nacionales deben probar que la restitución es contraria a los intereses del menor para justificar su negativa, pero al mismo tiempo deben acreditar cuando procedan a una restitución que dicha restitución no es contraria a los intereses del menor.

Para el TEDH, a la hora de valorar la proporcionalidad de la medida estatal de restitución concerniente a un niño que ya se había adaptado a su país de acogida, es necesario tener en cuenta los intereses y el bienestar del menor y en particular la seriedad de las dificultades que

se encontrará al regresar a su país de origen, así como la solidez de los lazos sociales, culturales y familiares con el país de origen y el país de acogida.

Sin embargo, la negativa a tener en cuenta las objeciones a la restitución susceptibles de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 13 del Convenio de La Haya y la falta de motivación de la decisión de rechazo a tales objeciones es contrario a las exigencias del artículo 13 del Convenio de La Haya y al objeto en sí del Convenio de La Haya. Estos límites del artículo 13 del Convenio de La Haya son necesarios y no desvirtúan el Convenio de La Haya. Si no existieran estos límites en el Convenio de La Haya y en el Reglamento Bruselas II Bis podría parecer que lo mejor para los intereses superiores del menor sería siempre ser restituido al país donde tenía su residencia habitual en el momento de la sustracción. Sin embargo, en este sentido se podría llegar al absurdo de restituir un menor a Siria, en plena guerra, porque es donde tenía su residencia habitual en el momento de la sustracción y porque es donde reside el progenitor que ha sufrido la sustracción y ha visto vulnerados sus derechos de custodia. Es por esto por lo que son necesarios las excepciones del artículo 13 del Convenio de La Haya, que en el caso anterior se aplicarían en caso de que dicha restitución suponga un grave riesgo de daño físico o psicológico o una situación intolerable para el menor. O, por otro lado, que el menor sea oído y se oponga a la restitución.

Los menores tienen que tener la posibilidad de ser oídos y de incluso poder evitar una restitución. Sin embargo, en el Caso Raw et Autres contra Francia, el TEDH considera que sí se debió proceder a la restitución a pesar de la opinión contraria de los menores, alegando que esta opinión en principio contraria no era inmutable. Es por ello por lo que, para el TEDH, la expresión de la opinión de un menor no tiene por qué evitar una restitución.

En definitiva, el gran perjudicado en supuestos de sustracción internacional de menores es el propio menor de edad que no puede ser usado como un objeto por sus progenitores. Para evitar, por ello, que este menor sufra una restitución contraria a sus intereses son fundamentales estas dos excepciones analizadas del artículo 13 del Convenio de La Haya.

5. BIBLIOGRAFÍA

a) Legislación:

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (BOE 30 de marzo de 2010).
- Convención de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1979, sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (BOE 21 de marzo de 1984).
- Convención de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño (BOE 31 de diciembre de 1990).
- Convenio Europeo, de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (BOE 10 de octubre de 1979).
- Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (BOE 24 de agosto de 1987).
- Reglamento 2201/2003, 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 (BOE 23 de diciembre de 2003).

b) Jurisprudencia:

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Gnahoré contra Francia. 19 de septiembre de 2000. *Requête no.* [40031/98](#).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Hokkanen contra Finlandia. 9 de diciembre de 1993. *Application no.* [19823/92](#).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Karrer contra Rumanía. 21 de febrero de 2012. *Application no.* [16965/10](#).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Maumousseau y Washington contra Francia. 6 de diciembre de 2007.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª). Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza. 8 de enero de 2009. *Application no.* [41615/07](#).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). Caso Raw et Âutres v. France. 7 de marzo de 2013. Referencia HC/E/127.
- 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 3ª). Caso X contra Letonia. 13 de diciembre de 2012. Demanda n.o [27853/09](#).

c) Obras doctrinales:

- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. “*Sustracción Internacional de Menores: una visión general*” en Y. Gamarra Chopo (coord.) “*El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*”. Zaragoza. Institución Fernando el Católico (C.S.I.C). Excmo. Diputación de Zaragoza. 2011. Págs. 115-155.
- Pérez-Vera, E. *Informe explicativo del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Madrid. Abril de 1981. Págs. 6, 7 y 32.
- Scotti L.B., “las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños”. *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, noviembre de 2013.
- Observación General Número 12 del Comité de los Derechos del Niño, de 20 de julio de 2009, sobre el Derecho del Niño a ser escuchado. CRC/C/CG/12.

d) Sitios web:

- DerechosHumanos.net. Herramientas para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (disponible en <http://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm>). Última consulta: 06/04/2016.
- *European Court of Human Rights*. HUDOC Search Case-Law (disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%20>). Última consulta: 06/04/2017.
- *European Court of Human Rights. The Court. Composition of the Court* (disponible en <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=>). Última consulta: 06/04/2016.
- *Hague Conference on Private International Law*. 28: Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre Sustracción Internacional de Menores (disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>). Última consulta: 06/04/2017.
- 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>). Última consulta: 01/03/2017.