

Sesiones Trinitarias (*Trinity Term*)

[2011] Corte Suprema del Reino Unido (UKSC) 27

Apelación de: [2011] Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales en lo Civil (EWCA Civ) 361

SENTENCIA

E (Niños) (FC)

ante

Lord Hope, Vicepresidente

Lord Walker

Lady Hale

Lord Kerr

Lord Wilson

FECHA DE LA SENTENCIA

10 de junio de 2011

Fecha de la vista: 23 y el 24 de mayo de 2011

Apelante

Henry Setright, Letrado de la Corona

David Williams

(Freemans Solicitors)

*Interventor (la organización Reunite
International)*

Richard Harrison

Jennifer Perrins

(Bindmans LLP)

Apelado

James Turner, Letrado de la Corona

Ian Cook

(TLT LLP)

*Interventor (la organización The AIRE
Centre)*

Deirdre Fottrell

Radhika Handa

(Mishcon de Reya)

Apelado

Baronesa Scotland, Letrada de la
Corona

Edward Devereux

(Dawson Cornwell)

*Interventor (la organización Women's
Aid Federation of England)*

Stephen Knafler, Letrado de la Corona

Teertha Gupta

Irena Sabic

Neil Jeffs

(Sternberg Reed)

LADY HALE Y LORD WILSON DICTAN LA SENTENCIA DE LA CORTE

1. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Neulinger y Shuruk c/ Suiza* [2011] 1 FLR 122 generó preocupación, e incluso consternación, en algunos sectores debido al impacto que podría tener en la aplicación del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 ("el Convenio de La Haya"). El Tribunal Federal de Suiza rechazó el argumento de una madre, según el artículo 13b del Convenio de La Haya, de que existía un grave riesgo de que la restitución del niño a Israel le causaría un daño físico o psíquico o lo pondría en una situación intolerable. No obstante, la Gran Sala del Tribunal Europeo sostuvo que la ejecución de la orden constituiría una injerencia injustificable en el derecho al respeto de la vida privada y familiar de la madre y del niño, protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ("CEDH").

2. El Tribunal de Apelación admitió el recurso de apelación que nos ocupa porque "ya era hora de que el tribunal [de Apelación] en pleno revisara esta causa destacada, para que entendieran en ella los jueces de la sala y profesionales especializados": [2011] EWCA Civ 361, párrafo 5. Esta Corte lo admitió por la misma razón, ya que consideramos inevitable que, tarde o temprano, la interrelación entre estos dos instrumentos internacionales, ambos incorporados ahora al derecho del Reino Unido, deba resolverse. Pero también consideramos otros dos puntos importantes: en primer lugar, el artículo 3(1) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 ("la CDN") exige que, en todas las medidas concernientes a los niños, una consideración primordial a la que se debe atender es el interés superior del niño. Esta obligación representó una gran parte del razonamiento del tribunal de Estrasburgo en la causa *Neulinger*. Recientemente, en esta Corte, se analizó la interrelación de esta obligación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la causa *ZH (Tanzania) v Secretary of State for the Home Department (ZH (Tanzania) c/ Ministro del Interior)* [2011] UKSC 4, [2011] 2 WLR 148. En segundo lugar, el artículo 13b no ha sido directamente el objeto de debate en esta Corte ni en la Cámara de los Lores, aunque hubo observaciones importantes al respecto en dos causas de la Cámara de los Lores: *Re D (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* (Niño) (Sustracción: derechos de custodia) [2006] Cámara de los Lores del Reino Unido

(UKHL) 51, [2007] 1 AC 619 y *Re M (Children) (Abduction; Rights of Custody)* (Niños) (Sustracción: derechos de custodia) [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288.

3. En resumen, el Sr. Henry Setright, Letrado de la Corona, presenta un argumento de tres puntos en nombre de la madre sustractora:

(i) El artículo 3(1) de la CDN es aplicable tanto a la decisión de restituir a un niño a su lugar de residencia habitual, de conformidad con el Convenio de La Haya, como a cualquier otra decisión relativa a un niño. La manera actual de abordar el artículo 13b, al menos en los tribunales de Inglaterra y de Gales, no respeta debidamente la obligación de que el interés superior del niño sea una consideración primordial.

(ii) Este argumento está respaldado por la decisión de la Gran Sala en la causa *Neulinger*, que es la autoridad principal sobre la primacía del interés superior del niño en la interpretación y la aplicación de los derechos establecidos en la Convención.

(iii) En todo caso, para cumplir debidamente con el propósito del Convenio de La Haya, es necesario interpretar y aplicar el artículo 13b de conformidad con sus propios términos. Los comentarios que se han agregado a su interpretación en el derecho inglés no son necesarios. Ya es bastante restringido de por sí.

4. La baronesa Scotland, Letrada de la Corona, apoya estos argumentos en nombre de la media hermana de las dos niñas cuya restitución se solicitó. Señala que la decisión de restituir a las niñas a Noruega sí "concierno" a su hermana mayor, que se encuentra estrechamente involucrada en el cuidado diario de las niñas, por lo que también se debería atender al bienestar de esta hermana como una consideración primordial. Además, comparten la convivencia familiar, por lo que separarlas equivaldría a injerir en su derecho a que se respete esa vida familiar.

5. En definitiva, como veremos, hay muchos puntos en común entre el Sr. Setright y la baronesa Scotland, por un lado, y el Sr. James Turner, Letrado de la Corona, quien representa al padre, por el otro. Difieren, por supuesto, en el resultado deseado de la causa. También hemos recibido intervenciones escritas y orales de las organizaciones Reunite y the AIRE

Centre, y una intervención escrita de la organización Women's Aid Federation of England.

6. Las partes reconocen que el contexto en el que surgen estos casos ha cambiado en muchos aspectos con respecto al contexto en el que se redactó originalmente el Convenio de La Haya. Todo indica que el caso paradigmático que tenían en mente los autores originales del Convenio era el de un progenitor insatisfecho que no tenía el cuidado principal del niño y se lo arrebató al progenitor que sí tenía el cuidado principal (véase, por ejemplo, *TB v JB (Abduction: Grave Risk of Harm)* [TB c/ JB (Sustracción: grave riesgo de daños)] [2001] 2 FLR 515, párrafo 43; PR Beaumont y PE McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction* (1999), p 3). De ahí que el Convenio establezca una distinción deliberada (en los artículos 3 y 5) entre los derechos de custodia y los derechos de visita, y (en los artículos 3b y 13a) entre los derechos de custodia en ejercicio y los que no se ejercen, y que sí proteja a los primeros, pero a los segundos solo de manera limitada. La inclusión del derecho de un padre que no ejerce la custodia principal a vetar viajes al extranjero dentro de los "derechos de custodia" es una interpretación más reciente (discutida en *Re D*). Hoy en día, sin embargo, el caso más común es el de un progenitor que tiene el cuidado principal del niño, cuya relación con el otro progenitor se ha roto, que se va con los niños, usualmente para volver a vivir con su propia familia. Hay muchas más relaciones internacionales ahora que en los años setenta, cuando se negoció el Convenio, por lo que volver a vivir con la propia familia significa, cada vez con más frecuencia, cruzar una frontera internacional. Además, los viajes internacionales son mucho más sencillos y baratos, especialmente dentro de la Unión Europea, donde no suelen haber controles fronterizos.

7. Es común, también, que el progenitor sustractor alegue que la relación parental se rompió debido a la violencia doméstica y al maltrato por parte del otro progenitor. Por eso, sostiene, tuvo que marcharse en secreto. Tenía demasiado miedo como para hacer otra cosa, y tiene demasiado miedo como para volver. Los críticos del Convenio reclaman que los tribunales suelen hacer caso omiso de estas afirmaciones, que son demasiado reacios a reconocer el daño que sufren los niños al presenciar actos de violencia entre sus padres, y que están demasiado dispuestos a aceptar que a la víctima, si es una víctima, será protegida debidamente por los tribunales del

país requirente: véase, por ejemplo, “*The Hague Convention and the Flight from Domestic Violence: How Women and Children are being returned by Coach and Four*” (1999) (El Convenio de La Haya y la huída de la violencia doméstica: cómo se envía de regreso a mujeres y niños), de M. Kaye, 13 *International Journal of Law, Policy and Family* 191. En particular, se dice que los tribunales de los países de sistema jurídico anglosajón están demasiado dispuestos a aceptar los compromisos del progenitor demandante; sin embargo, estos compromisos no son ejecutables en los tribunales del país requirente y, de hecho, el concepto de “compromisos” no se suele entender fuera del ámbito del derecho anglosajón. De todos modos, la identidad probable del sustractor ha cambiado, y esto cambia la eficacia de las medidas de protección, algo que no era tan evidente cuando se firmó el Convenio.

8. Sin embargo, las partes entienden que no existe una solución fácil a estos problemas. El objetivo principal del Convenio es disuadir a los padres (o a cualquier otra persona) de tomar la ley en sus propias manos y adelantarse al resultado de un conflicto entre ellos sobre el futuro de la crianza de sus hijos. Si se produce una sustracción, el siguiente objetivo es restituir a los niños lo antes posible a su país de origen, para que cualquier controversia pueda resolverse allí. El progenitor demandante no debería tener que soportar la molestia y los gastos de viajar al Estado requerido para resolver allí el litigio sobre los hechos. El progenitor sustractor no debería obtener una ventaja injusta al lograr que ese litigio se resuelva en el país al que ha ido. Y casi siempre hay una controversia sobre los hechos, ya sea sobre quien se encargará del cuidado efectivo de los niños, sobre dónde deberían vivir o, en las causas en las que se alega violencia doméstica, sobre si esas acusaciones eran fundadas. Este tipo de controversias se suelen resolver mejor en el país donde vivía la familia. Por lo tanto, una cosa es decir que el contexto fáctico ha cambiado, y otra cosa es decir que el cambio debe dar lugar a un cambio en la interpretación y la aplicación del Convenio de La Haya.

9. Estas son cuestiones de principios generales, importantes en la gran mayoría de las causas del Convenio de La Haya, porque, en esas causas, la mayoría de las declaraciones de la defensa mencionan el artículo 13b. Sin embargo, se deben resolver estas cuestiones en el contexto de un caso real, que concierne a personas reales, tres de las cuales estaban presentes en la

sala mientras escuchábamos las intervenciones durante el juicio oral. Llegaremos al detalle de los hechos de la causa cuando consideremos cuál debería ser el resultado del recurso de apelación. Por el momento, un resumen será suficiente.

10. La causa versa sobre dos niñas, a las que llamaremos Livi y Milly, para visualizarlas sin dejar de respetar su anonimato. Livi tiene siete años y Milly, cuatro. Nacieron en Noruega, de madre británica y padre noruego, quienes se casaron poco después del nacimiento de Livi. Vivieron toda la vida en Noruega, hasta que la madre las trajo a este país en septiembre del año pasado. La madre tiene una hija mayor, Tyler, que tiene casi 17 años. Tyler vivía con la familia en Noruega, iba a la escuela allí y ayudaba a cuidar a sus medio hermanas. La madre afirma que todas le tenían mucho miedo al padre por su temperamento y su comportamiento violento, especialmente hacia las mascotas, aunque ejerció violencia física sobre ella solo una vez. Tyler apoya las afirmaciones de la madre. El padre las niega. La madre sufre de un trastorno de adaptación, provocado por los efectos de esta causa, sumados a una serie de factores previos. Una psiquiatra ha advertido que su estado puede empeorar, y que puede adoptar conductas autolesivas y suicidas si se ve obligada a regresar a Noruega, a menos que se adopten ciertas medidas de protección. La jueza de primera instancia, Pauffley, decidió que las medidas de protección serían suficientes, ya que "la sugerencia de que la reacción subjetiva de la madre a una restitución forzada representa un grave riesgo de daño físico o psíquico para las niñas es infundada". De hecho, desde el punto de vista de las niñas, "restituir las a Noruega para que sus futuros se decidan allí es, claramente, atender a su interés superior" (párrafos 36 y 37).

11. En el Tribunal de Apelación, las tres sentencias se centraron en la cuestión del caso *Neulinger*. Como señaló el juez Thorpe en el párrafo 85, el recurso de apelación era necesario para que el tribunal tuviera la oportunidad de revisar las resoluciones recientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El tribunal concluyó que esas resoluciones no requerían un cambio en el abordaje actual. La presente causa se consideró "una causa común dentro del marco del Convenio de La Haya" (párr. 84). La jueza de primera instancia había dictado "una resolución admirablemente justa y clara frente a las cuestiones sobre las que tenía que decidir" (párr. 85).

Artículo 3(1) de la CDN

12. El artículo 3.1 de la CDN establece lo siguiente:

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

Si bien la CDN no se ha incorporado a nuestra legislación interna, existen muchos ejemplos de leyes nacionales que exigen que los tribunales y las autoridades públicas consideren el bienestar de los menores que les conciernen. A veces, como en la primera cláusula del artículo 1 de la Ley de la Infancia (*Children Act*) de 1989, se ordena a los tribunales que el bienestar del niño sea la consideración "principal"; a veces, como en la primera cláusula del artículo 25 de la Ley de Causas Matrimoniales (*Matrimonial Causes Act*) de 1973, es la "primera" consideración; a veces, como en el artículo 11 de la Ley de la Infancia (*Children Act*) de 2004 y en el artículo 55 de la Ley de Fronteras, Ciudadanía e Inmigración (*Borders, Citizenship and Immigration Act*) de 2009, se exige que las autoridades públicas desempeñen sus funciones teniendo en cuenta la necesidad de salvaguardar y promover el bienestar de los menores. Los dos últimos, en particular, están inspirados en las obligaciones internacionales que nos incumben en virtud de la CDN. Como se señaló en el párrafo 25 de *ZH (Tanzania)*, "una consideración primordial" no es lo mismo que "la consideración primordial", y menos aún que "la consideración principal". El tribunal apoyó la opinión adoptada en la Corte Suprema de Australia en la causa *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh (Ministro de Inmigración, Ciudadanía y Asuntos Multiculturales c/ Teoh)* (1995) 183 CLR 273, 292, en el sentido de que, para tomar una decisión, "habría que tener en cuenta el interés superior de los niños como una consideración primordial, y preguntarse si alguna otra consideración era más importante que esa".

13. No existe ninguna disposición que exija expresamente al tribunal que conoce de un caso regulado por el Convenio de La Haya que haga del interés superior del niño su consideración primordial; menos aún podemos

aceptar el argumento de la organización Women's Aid Federation of England de que el artículo 1(1) de la Ley de la Infancia de 1989 se debe aplicar a fin de hacer que sea la consideración primordial. En esta causa, el conflicto no es sobre la crianza de las menores. Es sobre la decisión de dónde deberían estar las menores cuando se resuelva esa cuestión, ya sea mediante acuerdo o mediante procedimiento judicial entre los padres, o de alguna otra manera.

14. Por otro lado, el hecho de que el interés superior del niño no se encuentre establecido expresamente como una consideración primordial en las causas reguladas por el Convenio de La Haya no significa que no sea lo más importante del proceso. El Preámbulo del Convenio establece que los Estados signatarios están "[p]rofundamente convencidos de que los intereses del niño son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia", y "[d]eseosos de proteger al niño, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos...". Por supuesto, este objetivo beneficia a los menores en general: el objetivo del Convenio es tanto el de disuadir a la gente de sustraer ilícitamente a menores, como el de velar por el interés superior de los menores que han sido sustraídos. Pero también tiene por objeto velar por el interés superior de cada niño en particular. Para ello, plantea ciertas presunciones refutables sobre cuál es el mejor modo de lograrlo (véase el párrafo 25 del Informe Explicativo de la Profesora Pérez-Vera).

15. En ninguna parte del Convenio se establece que el objetivo sea velar por el interés de la persona adulta, la institución u otro organismo cuyos derechos de custodia se han visto vulnerados por la sustracción (aunque a veces esto es lo que le parece al padre sustractor). La premisa es que hay una persona que ha quedado privada del menor que también tiene un interés legítimo en el bienestar del niño a futuro: si no existe esa persona, el traslado no es ilícito. Se presume, entonces, que si hay un conflicto sobre cualquier aspecto de la futura crianza del niño, los intereses del niño deben ser de suma importancia en la resolución de ese conflicto. No se debería permitir que la acción unilateral se anticipe a esa resolución o la retrase. Por lo tanto, la siguiente presunción es que, para velar por el interés superior del niño, será necesario restituirlo al país en donde tiene su residencia habitual. Se considera que devolver a un niño al ambiente que le

resulta familiar es algo bueno en sí. Como establece nuestra propia Ley de la Infancia de 1989 en el artículo 1(3)(c), el efecto que producen sobre un niño los cambios de circunstancias es siempre un factor relevante a la hora de decidir qué es lo mejor. Además, se considera que restituir al niño a su residencia habitual promoverá la mejor solución posible de cualquier disputa sobre su futuro, ya que los tribunales y las autoridades públicas de ese país tendrán un mejor acceso a las pruebas y a la información.

16. Esas presunciones se pueden refutar, aunque en limitadas circunstancias, todas inspiradas en el interés superior del niño. Es así que el Estado requerido puede negarse a ordenar la restitución de un niño si hubiera transcurrido un período mayor a un año al momento de iniciarse el procedimiento, y el niño se hubiera integrado a su nuevo ambiente (artículo 12); o si el demandante hubiera consentido o aceptado el traslado o la retención, o no estuviera ejerciendo sus derechos en ese momento (artículo 13a); o si el niño se opusiera a la restitución y hubiera alcanzado una edad y un grado de madurez en los que resultara apropiado tener en cuenta sus opiniones (artículo 13); o, por supuesto, si "existe un grave riesgo de que la restitución del niño lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al niño en una situación intolerable" (artículo 13b). Todas estas son situaciones en las que las presunciones generales subyacentes sobre cuál es la mejor manera de velar por los intereses del niño pueden resultar inválidas. Ahora entendemos que, aunque los niños no siempre saben qué es lo mejor para ellos mismos, tienen una percepción clara de lo que sucede a su alrededor y tienen sus propias opiniones sobre la manera correcta y apropiada de resolver los conflictos.

17. Esta opinión, de que el Convenio de La Haya tiene en cuenta el interés superior, no sólo de los niños en general, sino también de cada niño en particular, como una consideración primordial, se ve confirmada, en lugar de socavada, por lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo ("Bruselas II revisado"), que refuerza y (según el artículo 60) prevalece sobre el Convenio de La Haya en las causas entre los Estados miembros de la Unión Europea (excepto Dinamarca). El considerando 12 del Reglamento señala que "Las normas de competencia [...] en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del niño, y en particular en función del criterio de proximidad". El artículo 11.2 exige que se dé al niño posibilidad de

audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; y esto se hace ahora de manera habitual en este país, no solo en las causas de la UE, sino en todas las causas reguladas por el Convenio de La Haya, tras la decisión de la Cámara de los Loes en la causa *Re D*. Además, el artículo 11.4 establece que los tribunales no pueden denegar la restitución de un niño basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya, "si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del niño tras su restitución". Como se estableció en el párrafo 52 de la causa *Re D*, esto significa que se debe demostrar que dichas medidas serán eficaces para proteger al niño. Además, hace hincapié en que el propósito del artículo 13b es garantizar que el niño no se enfrente a un grave riesgo de daño tras su restitución. Sin embargo, cuando no se restituye a un niño debido a alguna de las excepciones dispuestas en el artículo 13, los artículos 11.6 a 11.8 establecen un procedimiento mediante el cual los tribunales del Estado requirente pueden, no obstante, tomar una decisión sobre la custodia del niño, decisión que será ejecutable en el Estado requerido.

18. Concluimos, por lo tanto, que tanto el Convenio de La Haya como el Reglamento de Bruselas II revisado se han concebido teniendo como consideración primordial el interés superior de los niños en general y de cada uno de los niños involucrados en estos procedimientos en particular. Es posible que haya formas de mejorarlos aún más a la luz de este fin: véase, por ejemplo, "*The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights*", de R. Schuz (2002) 12 *Transnational Law and Contemporary Problems* 393. Pero, si el tribunal aplica fielmente sus disposiciones, sobre las cuales hablaremos más adelante, creemos que también estará cumpliendo con el artículo 3.1 de la CDN. Observamos que el tribunal de Estrasburgo ha llegado a la misma conclusión: véase, por ejemplo, *Maumousseau y Washington c/ Francia*, demanda n° 39388/05, 6 de diciembre de 2007, párrafo 68.

El CEDH y Neulinger

19. Hasta hace poco, ha sido principalmente el progenitor demandante quien ha acudido al tribunal de Estrasburgo alegando que el hecho de que

no hayan restituido a su hijo conforme a lo dispuesto en Convenio de La Haya vulnera los derechos que le otorga el artículo 8. El tribunal ha sostenido que la obligación positiva prevista en el artículo 8, de lograr la reunión de padres e hijos, debe interpretarse a la luz de las obligaciones establecidas en el Convenio de La Haya. Por lo tanto, si el Estado requerido no cumple con las obligaciones establecidas en el Convenio de La Haya, el tribunal constata una vulneración del artículo 8: véase, por ejemplo, *Ignaccolo-Zenide c/ Rumanía* (2000) 31 EHRR 212, párrafos 94, 95; *Monory c/ Rumanía y Hungría*, demanda n° 71099/01, 5 de julio de 2005; cf. el seguimiento de *Re D, Deak c/ Rumanía y el Reino Unido* [2008] 2 FLR 994, en los que no se constató vulneración del artículo 8, ya que tanto los Estados requirentes como los requeridos cumplieron con las obligaciones que les incumbían en virtud del Convenio de La Haya.

20. Por otro lado, en la causa *Maumousseau y Washington c/ Francia*, la denuncia fue que el funcionamiento efectivo del Convenio de La Haya, al ordenar la restitución de la hija del demandante a su residencia habitual en los Estados Unidos —ya que la madre se la había llevado a Francia de vacaciones y luego se había negado a devolverla—, constituía una vulneración de los derechos establecidos en el artículo 8. El Tribunal desestimó la denuncia. La obligación positiva de reunir a los padres con sus hijos se debe interpretar a la luz de las obligaciones contempladas en el Convenio de La Haya y en la CDN (párrafo 60). Para decidir si la interferencia es necesaria en una sociedad democrática, la cuestión decisiva es "si se logra un equilibrio justo entre los intereses en juego: los del niño, los de ambos progenitores y los del orden público" (párr. 62). La consideración primordial del interés superior del niño comprende una serie de aspectos (párr. 66): por ejemplo, "garantizar que el niño se desarrolle en un ambiente sano y que ninguno de los progenitores pueda tomar medidas que sean perjudiciales para su salud y su desarrollo; en segundo lugar, mantener los vínculos con su familia, salvo en los casos en los que ésta haya demostrado ser inapropiada para hacerlo" (párr. 67). El concepto del "interés superior" del niño fue también una consideración primordial en los procedimientos regulados por el Convenio de La Haya (párrafo 68). El Tribunal estuvo totalmente de acuerdo con la filosofía en la que se basa el Convenio de La Haya (párr. 69). No estuvo de acuerdo con que la interpretación que los tribunales nacionales le otorgaron al artículo 13b fuera necesariamente incompatible con el concepto del interés superior del

niño (párr. 71). No se puede "ordenar la restitución de un niño de manera automática o mecánica en ningún caso" una vez que se invoca el Convenio de La Haya, debido a las excepciones "basadas en consideraciones objetivas con respecto a la persona real del niño y a su entorno" (párrafo 72). En esta causa, los tribunales franceses "examinaron a fondo la situación familiar y una serie de factores de carácter fáctico, emocional, psicológico, material y médico, y evaluaron de manera equilibrada y razonable los intereses de cada persona [...] Al hacerlo, no identificaron ningún tipo de riesgo de que [la niña] quedaría expuesta a daños físicos o psíquicos en caso de ser restituida..."(párrafo 74). Por lo tanto, el tribunal estimó que el interés superior de la niña, que radicaba en su pronta restitución a su entorno habitual, se había tenido en cuenta en los tribunales franceses (párr. 75). En consecuencia, se consideró que no hubo vulneración del artículo 8, a la luz del artículo 13b del Convenio de La Haya y del artículo 3.1 de la CDN (párrafo 81).

21. Luego vino *Neulinger*, donde, una vez más, la denuncia fue que ejecutar una orden en aplicación del Convenio de La Haya para restituir al niño a Israel sería una vulneración del artículo 8. Esta vez, se presentó ante la Gran Sala, que estuvo de acuerdo. Repitió mucho de lo que se había dicho en *Maumousseau*. Las obligaciones del artículo 8 se deben interpretar teniendo en cuenta el Convenio de La Haya (párr. 132). Sin embargo, el tribunal era competente para examinar los procedimientos de los tribunales nacionales a fin de determinar si, al aplicar el Convenio de La Haya, habían respetado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular, el artículo 8 (párr. 133). La cuestión decisiva era analizar si se había logrado un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos del niño, de los padres y del orden público, teniendo presente que la consideración primordial debía ser el interés superior del niño (párr. 134). Los intereses del niño constan de dos partes: mantener los lazos familiares y asegurar que se desarrolle en un ambiente sano, y no en uno que cause daños a su salud y a su desarrollo (párr. 136). Se trata de la misma filosofía presente en el Convenio de La Haya, que exige la pronta restitución del niño sustraído, a menos que exista un grave riesgo de que la restitución del niño lo exponga a daños físicos o psíquicos o lo ponga en una situación intolerable. En otras palabras, el concepto del interés superior del niño también es un principio en el que se basa el Convenio de La Haya. Algunos tribunales nacionales lo

han mencionado expresamente al aplicar el artículo 13b (párr. 137). Luego, siguen los dos párrafos que han causado preocupación:

"138. Del artículo 8 se desprende que la restitución de un niño no puede ordenarse de manera automática o mecánica cuando es aplicable el Convenio de La Haya. El interés superior del niño, desde la perspectiva de su desarrollo personal, dependerá de diversas circunstancias individuales, en particular, de su edad y grado de madurez, de la presencia o ausencia de los padres y de su entorno y sus experiencias. [...] Por esa razón, esos intereses se deben evaluar en cada caso en concreto. Esta tarea incumbe principalmente a las autoridades nacionales [...]"

139. Además, el tribunal debe garantizar que el proceso de toma de decisiones que conduce a la adopción de las medidas impugnadas por el tribunal nacional sea justo y que se permita a los interesados presentar todos sus argumentos. [...] Con este fin, el tribunal debe determinar si los tribunales nacionales han examinado a fondo la situación familiar y una serie de factores de carácter fáctico, emocional, psicológico, material y médico, y si han llevado a cabo una evaluación equilibrada y razonable de los intereses de cada persona, con una preocupación constante por determinar cuál sería la mejor solución para el niño sustraído en el contexto de una solicitud de restitución a su país de origen (véase *Maumousseau* y *Washington*, [...] párr. 74)".

22. Como señaló el juez Aikens del Tribunal de Apelación (párrafos 105 a 107), veremos que, en el párrafo 139, el Tribunal ha convertido la descripción fáctica de lo que hicieron los tribunales franceses en el párrafo 74 de *Maumousseau* en una obligación. Al hacerlo, el Tribunal parece convertir el proceso de toma de decisiones rápido e inmediato previsto por el Convenio de La Haya en un examen completo del futuro del niño en el Estado requerido, precisamente lo que el Convenio de La Haya busca evitar. Además, en los países que son parte del Reglamento de Bruselas II revisado, el órgano jurisdiccional del Estado requerido no tendría competencia para adoptar esa decisión.

23. Es interesante que los principios adoptados en *Neulinger* se hayan resumido en términos casi idénticos a los que hemos resumido

anteriormente en dos causas posteriores: *Raban c/ Rumanía*, demanda n° 25437/08, 26 de octubre de 2010, en la que un padre se quejó de que los tribunales rumanos no habían ordenado la restitución de su hija cuando, en su opinión, deberían haberlo hecho; y *Van den Berg y Sarri c/ los Países Bajos*, demanda n° 7239/08, 2 de noviembre de 2010, en la que una madre se quejó de que los tribunales neerlandeses habían ordenado la restitución de su hija y habían desestimado su caso en aplicación del artículo 13b. Hay otra causa similar más reciente, *Lipkowsky y McCormack c/ Alemania*, demanda n° 26755/10, 18 de enero de 2011. Pero, en todas estas causas, el tribunal de Estrasburgo desestimó la posibilidad de que se hubiera vulnerado el artículo 8, y sostuvo que las denuncias eran inadmisibles. No correspondía a ese Tribunal cuestionar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales en aplicación del artículo 13b y, al examinar si el resultado vulneraba el artículo 8, le concedió a los tribunales nacionales un amplio margen de apreciación por evaluar los hechos del caso en concreto.

24. Por lo tanto, es importante comprender lo que decidió la Gran Sala al estimar que habría una vulneración en la causa *Neulinger*. Los tribunales suizos tuvieron opiniones divididas sobre si restituir al niño a Israel lo pondría en un grave riesgo de daño, especialmente a la luz de la firme negativa de la madre a regresar con él. Pero, finalmente, llegaron a la conclusión de que era razonable esperar esa actitud por parte de la madre. Es importante tener en cuenta que la Gran Sala sostuvo que esta decisión estaba dentro del margen de apreciación otorgado a las autoridades nacionales (párrafo 145). Sin embargo, la madre solicitó a Estrasburgo medidas cautelares para impedir la ejecución de esta orden, y se las otorgaron. Los suizos no ejecutaron la orden y la Gran Sala tardó tres años desde la sentencia del tribunal suizo y cinco años desde la salida del niño de Israel para dictar una resolución. En esas circunstancias, y dada la evolución de la situación del demandante, el tribunal no estaba convencido de que la restitución a Israel velaría por el interés superior del niño. Además, la madre sufriría una injerencia desproporcionada en su derecho al respeto de la vida familiar si se viera obligada a regresar con él (párr. 151).

25. El Presidente del tribunal de Estrasburgo ha reconocido extrajudicialmente (en un trabajo presentado en el Coloquio franco-británico-irlandés sobre derecho de familia el 14 de mayo de 2011) que el párrafo 139 de *Neulinger* se puede interpretar como una exigencia a los

tribunales nacionales para que abandonen el abordaje rápido e inmediato que prevé el Convenio de La Haya y la interpretación restrictiva de las excepciones del artículo 13, y adopten, en cambio, una evaluación exhaustiva y aislada de los aspectos generales de la situación. Pero sostiene que "eso es demasiado amplio; la declaración está dirigida expresamente al contexto específico de los procedimientos para la restitución de un niño sustraído. La lógica del Convenio de La Haya es que un niño que ha sido sustraído debe ser restituido a la jurisdicción más adecuada para proteger sus intereses y su bienestar, y es allí donde se debería analizar la situación de forma exhaustiva". *Neulinger* "no indica, por tanto, un cambio de dirección del tribunal de Estrasburgo en el ámbito de la sustracción de niños". Por lo tanto, el Presidente ha ido lo más lejos posible, extrajudicialmente, para disipar la preocupación que ha generado el párrafo 139 de la sentencia de la causa *Neulinger*. Por supuesto, como señaló el juez Aikens en el Tribunal de Apelación, no corresponde al tribunal de Estrasburgo decidir sobre las obligaciones previstas en el Convenio de La Haya. Su función es decidir sobre las obligaciones previstas en el CEDH.

26. Por lo tanto, se puede decir que tanto *Maumousseau* como *Neulinger* reconocen que las garantías del artículo 8 se deben interpretar y aplicar a la luz del Convenio de La Haya y de la CDN; que la consideración primordial de todas ellas es el interés superior del niño; que en todas las causas reguladas por el Convenio de La Haya en las que se plantea esta cuestión, el tribunal nacional no ordena la restitución de manera automática y mecánica, sino que examina las circunstancias particulares del niño a fin de determinar si la restitución sería fiel a lo establecido en el Convenio; pero esto no es lo mismo que un examen completo del futuro del niño; y que es, como mínimo, improbable que, si se aplica correctamente el Convenio de La Haya, sea cual sea el resultado, se produzca una vulneración de los derechos del niño o de alguno de los padres. La vulneración en la causa *Neulinger* no surgió de la aplicación correcta del Convenio de La Haya, sino de las consecuencias de retrasos posteriores.

27. Es posible imaginar otros casos, muy inusuales, en los que una restitución podría constituir una vulneración del CEDH. Como señala la organización The AIRE Centre, no se puede deportar a una persona a un país en el que corra un riesgo real de ser sometida a torturas o a tratos o penas inhumanos o degradantes, o en el que se le niegue un juicio justo

(una posibilidad que se debatió en *Maumousseau*). Esto podría surgir, en teoría, si el progenitor sustractor se enfrentara a tal riesgo y se pudiera restituir al niño sin él. En tal caso, como señaló la Cámara de los Loes en el párrafo 65 de la causa *Re D*, y de nuevo en el párrafo 19 de la causa *Re M*, sería ilegal que el tribunal, como autoridad pública, actuara de manera incompatible con los derechos contemplados en el Convenio. Pero eso está muy alejado de la sugerencia de que el artículo 8 "triunfe" sobre el Convenio de La Haya: en prácticamente todos los casos, como ha demostrado el tribunal de Estrasburgo, marchan de la mano.

28. Con esta conclusión, pasamos a discutir, finalmente, el artículo 13b del Convenio de La Haya.

Artículo 13b

29. El artículo 12 del Convenio de La Haya exige que el Estado requerido restituya inmediatamente al niño a su país de residencia habitual si ha sido trasladado ilícitamente en vulneración de los derechos de custodia. Hay una excepción para los niños que han permanecido en el Estado requerido durante 12 meses o más. El artículo 13 prevé otras tres excepciones. Nos ocupamos de la segunda:

“... [el] Estado requerido no está obligad[o] a ordenar la restitución del niño si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: (a) [...] ; o (b) existe un grave riesgo de que la restitución del niño lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al niño en una situación intolerable. [...] Al examinar las circunstancias a las que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas deben tener en cuenta la información que sobre la situación social del niño proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del niño” (el énfasis es nuestro).

30. Como se señaló en una sentencia unánime de la Cámara de los Loes en el párrafo 51 de la causa *Re D*, que el juez Thorpe citó en esta causa:

"Es obvio, como señala la profesora Pérez-Vera, que estas excepciones al deber de restitución deben ser interpretadas de forma

restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado: [Informe Explicativo del Convenio de La Haya], párrafo 34. Las autoridades del Estado requerido no deben llevar a cabo su propia investigación y evaluación de lo que sería mejor para el niño. Existe un riesgo de que la aplicación extensiva del artículo 13b, que se centra en la situación del niño, pueda conducir a este resultado. No obstante, debe haber circunstancias en las que una restitución inmediata sería contraria a los intereses del niño, como también sería contraria al objeto del Convenio exigirla. Una aplicación restrictiva del artículo 13 no significa que no se deba aplicar nunca".

31. Tanto la profesora Pérez-Vera como la Cámara de los Lores se refirieron a la aplicación del artículo 13, no a su interpretación. Compartimos la opinión expresada por la Corte Suprema de Australia en *DP c/ Autoridad Central de la Mancomunidad de Naciones* [2001] HCA 39, (2001) 206 CLR 401, párrafos 9, 44, de que no hay necesidad de que el artículo sea "interpretado en sentido estricto". Su aplicación es restringida de por sí. Las palabras del artículo 13 son bastante claras y no necesitan más elaboración ni comentarios.

32. En primer lugar, está claro que la carga de la prueba incumbe a la "persona, institución u otro organismo" que se opone a la restitución del niño. Les corresponde a ellos presentar pruebas para demostrar la procedencia de las excepciones. No hay nada que indique que el nivel de convicción requerido en materia probatoria sea distinto a la valoración conocida en derecho inglés como *balance of probabilities*. Pero, al evaluar las pruebas, el tribunal deberá tener en cuenta las limitaciones que implica el carácter inmediato del proceso del Convenio de La Haya. Rara vez es apropiado escuchar testimonios de las alegaciones formuladas en virtud del artículo 13b, por lo que ni esas alegaciones ni su refutación suelen ser objeto de repreguntas.

33. En segundo lugar, el riesgo que corre el niño debe ser "grave". No basta, como en el contexto del asilo, por ejemplo, con que el riesgo sea "real". Debe haber alcanzado un cierto nivel de seriedad para poder calificarlo como "grave". Aunque "grave" es una característica del riesgo más que del daño, en el lenguaje corriente existe un vínculo entre ambos. Por lo tanto, un riesgo relativamente bajo de muerte o de lesiones graves

podría calificarse como "grave", mientras que, para otras formas menos severas de daño, se requiere un mayor nivel de riesgo.

34. En tercer lugar, no se define qué significa un "peligro grave físico o psíquico". Sin embargo, estos términos adquieren valor con la alternativa "o que de cualquier otra manera" se ponga al niño "en una situación intolerable" (el énfasis es nuestro). Como se estableció en el párrafo 52 de *Re D*, "'intolerable' es una palabra fuerte, pero, cuando se aplica a un niño, debe interpretarse como 'una situación que no se debe esperar que tolere ese niño en particular en esas circunstancias particulares'". Esas palabras se pensaron detenidamente, y se pueden aplicar tanto al daño físico o psíquico como a cualquier otra situación. Todo niño tiene que soportar una cierta cantidad de asperezas y de tumultos, de incomodidad y de angustia. Es parte de crecer. Pero hay algunas cosas que no se puede esperar que tolere un niño. Entre ellas, por supuesto, se encuentran el abuso físico o psicológico o el descuido. Entre ellas se encuentra, también, como entendemos ahora, la exposición a los efectos dañinos de ver y de oír un abuso físico o psicológico hacia su propio progenitor. El Sr. Turner sostiene que, si existe tal riesgo, la fuente es irrelevante: por ejemplo, cuando la percepción subjetiva de los acontecimientos por parte de la madre conduce a una enfermedad mental que podría tener consecuencias intolerables para el niño.

35. En cuarto lugar, el artículo 13b mira hacia el futuro: la situación que tendría lugar si se restituye al niño inmediatamente a su país de origen. Como se ha señalado muchas veces, esto no significa necesariamente que se le devuelva el niño a la persona, institución u otro organismo que solicitó la restitución, aunque, por supuesto, puede ser así si esa persona tiene derecho a exigirlo. Y, lo que es más importante, la situación a la que se enfrentará el niño cuando regrese dependerá fundamentalmente de las medidas de protección que se puedan establecer para garantizar que no se vea obligado a enfrentarse a una situación intolerable. El Sr. Turner sostiene que, si el riesgo es lo suficientemente grave como para entrar en el ámbito de aplicación del artículo 13b, el tribunal no tiene en sus manos solo el futuro inmediato del niño, ya que la necesidad de medidas de protección eficaces puede persistir.

36. Existe una tensión entre la incapacidad del tribunal para resolver controversias sobre los hechos entre las partes y los riesgos a los que se

enfrentaría el niño si las acusaciones resultaran ser ciertas. El Sr. Turner sostiene que hay una solución sensata y pragmática para este problema. Cuando se hacen acusaciones de violencia doméstica, el tribunal debe analizar en primer lugar si, en caso de ser ciertas, existiría un grave riesgo de que el niño se viera expuesto a daños físicos o psíquicos o que de cualquier otra manera se lo pusiera en una situación intolerable. Si es así, el tribunal debe analizar cómo se puede proteger al niño contra ese riesgo. Las medidas de protección adecuadas y su eficacia variarán, obviamente, en cada caso y en cada país. Aquí es donde son útiles los acuerdos para la cooperación internacional entre los jueces de enlace. Sin esas medidas de protección, el tribunal no tendrá más opción que hacer lo mejor que pueda para resolver las cuestiones controvertidas.

37. El Sr. Setright agrega que sería aún más útil que existieran mecanismos para reconocer y ejecutar las órdenes de protección (y, al menos entre los países con el sistema jurídico anglosajón, los compromisos asumidos ante los tribunales) dictadas en el Estado requerido, con el fin de proteger a los niños cuando se los restituye al Estado requirente, por lo menos hasta que los tribunales del Estado requirente conozcan del caso (si es que lo hacen en algún momento). El Reglamento de Bruselas II revisado contempla claramente que entren en vigor las medidas adecuadas, pero, sin este tipo de mecanismos, puede que esto no sea siempre posible. Por lo tanto, aprovechamos esta oportunidad para instar a la Conferencia de La Haya a que estudie la posibilidad de establecer un mecanismo mediante el cual, cuando los tribunales del Estado requerido identifiquen las medidas de protección específicas que sean necesarias frente al rechazo de la excepción del artículo 13b, dichas medidas se puedan ejecutar en el Estado requirente, al menos por un período temporal, antes de restituir al niño.

38. Pasamos, por lo tanto, a aplicar estos principios sencillos a los hechos de esta causa.

Aplicación a esta causa

39. Los padres se conocieron en España en 2001 y se instalaron juntos en Noruega. Tyler vivía con ellos. El padre tuvo un matrimonio anterior y tiene tres hijos mayores que viven en Noruega, quienes visitaban a la familia con frecuencia. Livi nació el 19 de mayo de 2004 y los padres se

casaron el 16 de diciembre de 2004. Milly nació el 10 de abril de 2007. Tyler se fue de Noruega en agosto del año pasado para venir a vivir con sus abuelos maternos en Inglaterra. Poco después, el 7 de septiembre, la madre también vino, y trajo a las niñas, con intención de quedarse aquí en forma permanente. En ese momento, el padre estaba trabajando en Suecia, y la madre no le pidió permiso. Es sabido que se trata de un traslado ilícito según lo establecido en el Convenio de La Haya. El padre presentó una solicitud a la Autoridad Central noruega el 17 de septiembre de 2010, y el proceso judicial se inició el 6 de octubre. La madre se basa en el artículo 13b para resistirse a la restitución de las niñas.

40. La madre (con el apoyo de Tyler) acusa al padre de actitudes que, en caso de ser ciertas, representan un caso clásico de abuso psicológico grave. Dice que nunca ejerció violencia física hacia ella (excepto en un incidente en el que le golpeó la cabeza con los nudillos), pero que siempre sintió que él estaba al borde de la violencia extrema y que, si ejerciera esa violencia, la mataría. Cuenta incidentes de violencia física hacia otras personas y bienes, de maltrato hacia las mascotas, de matar al gato de la familia, de rociar a los periquitos de la familia con lavandina y de matar a un conejo que era la mascota de Tyler cuando ellas no estaban. Alega que el padre es dominante y controlador, que se encargaba de comprar la comida para la familia, que no dejaba que ella manejara mucho dinero y que no quería que ella trabajara fuera de la casa. Dice que a las niñas las asustaba su ira, que era duro con ellas y las golpeaba demasiado fuerte, y cuenta un incidente en particular en el que perdió los estribos con Livi y le pateó el trasero tan fuerte con las botas de obrero que la niña voló por el aire y aterrizó en la nieve.

41. El padre niega todas estas acusaciones, aunque acepta que se enoja de vez en cuando y que mató al gato, que se había vuelto peligroso, y al conejo de Tyler, porque la madre se lo había pedido. A su vez, dice que le había preocupado cada vez más el consumo de alcohol y de drogas por parte de la madre. Le sugirió que buscara ayuda en su médico de cabecera. Pero el médico sostiene que no tiene registro de esto. Tampoco hay ningún registro de denuncias de violencia doméstica, ni ante el médico ni ante la policía. Si bien el padre no acepta haber sometido a la madre o a los niños a ningún tipo de abuso físico o emocional, ha estado dispuesto a ponerse de acuerdo y a tomar ciertos compromisos para tranquilizar a la madre:

retiraría la denuncia que había presentado a la policía sobre la sustracción; no utilizaría ni amenazaría con recurrir a la violencia, no acosaría a la madre, no la molestaría ni se pondría en contacto con ella, salvo a través de sus abogados; no le quitaría ni intentaría quitarle la custodia de las niñas mediante una orden de un tribunal noruego ni mediante un acuerdo; abandonaría el hogar matrimonial a la espera de una orden del tribunal en la causa por la custodia de las niñas, y no se acercaría a menos de 500 metros sin el permiso del tribunal; pagaría todos los gastos del hogar y 1.000 coronas noruegas a la madre en concepto de manutención de las niñas, menos las prestaciones que recibiera. Ha depositado 4.000 coronas con sus abogados para cumplir esta promesa durante cuatro semanas.

42. El 5 de noviembre de 2010, la jueza Pauffley dictó dos órdenes. Una fue que Tyler fuera parte en el procedimiento. La razón principal para tomar esta decisión fue el estado mental de la madre. Se sugirió que la propia Tyler había precipitado la mudanza de la familia a Inglaterra. Tenía un papel protector en su relación diaria con las niñas. Y "puede aportar conocimientos a la jueza de una manera en la que su madre, debido a la depresión y al agotamiento, tal vez no pueda". Al mismo tiempo, la jueza autorizó a la madre y al padre a instruir a un psiquiatra para que realizara informes sobre el estado psiquiátrico o psicológico de la madre, el impacto que tendría en ella regresar a Noruega y qué se podría hacer para mejorarlo.

43. Las partes instruyeron a la Dra. Kolkiewicz, quien presentó un informe psiquiátrico principal y tres informes complementarios breves. También prestó testimonio en la audiencia final de la solicitud del padre, que tuvo lugar los días 24 y 25 de noviembre de 2010, frente a la jueza Pauffley. La Dra. Kolkiewicz diagnosticó que la madre padecía un trastorno de adaptación. Se trata de un "estado de angustia y perturbación emocional grave que surge de un período de adaptación a un cambio significativo en la vida". La vulnerabilidad individual es más importante que en otros trastornos psiquiátricos. La madre tenía una predisposición para padecer este trastorno como resultado de una separación temprana de su padre, una exposición a largo plazo a la violencia doméstica severa que su padrastro ejercía sobre su madre, presenciar la incapacidad de su madre para ponerle fin a eso, y el rechazo de su padre cuando era adolescente. Adoptó una filosofía de "lo que sea por una vida tranquila" que la incapacitó para

afrontar los problemas de su propio matrimonio. El último factor estresante fue la incoación de este procedimiento.

44. La profesional de la salud opinó que el trastorno tenía en ese momento un impacto mínimo en la capacidad de la madre para cuidar a las dos niñas más pequeñas. Si se dictaba una orden para su restitución y no se proporcionaba el apoyo adecuado, existía un "riesgo alto de que la gravedad del trastorno de adaptación empeorara, lo que daría lugar a una descompensación psicológica asociada a autolesiones deliberadas o al suicidio". Además, aumentaría significativamente el riesgo de que el trastorno se convirtiera en un trastorno depresivo. Sin embargo, con el apoyo adecuado y una resolución rápida de los problemas relacionados con la custodia de las niñas, era probable que el trastorno siguiera su curso sin complicaciones y se resolviera en un plazo de seis meses. Las medidas de protección específicas que recomendó fueron: intervenciones psicológicas periódicas, como el asesoramiento o la terapia cognitivo-conductual (TCC); una orden judicial que impidiera que el padre conozca su dirección y se acerque físicamente a ella; y el apoyo de familiares cercanos, en particular de su madre, y de organismos públicos. Éstas deberían ponerse en marcha antes de que la madre regresara a Noruega. Mucho dependería del tiempo que se tarde en resolver los asuntos en Noruega. Durante la audiencia, la Dra. Kolkiewicz habló con el médico de cabecera de la familia en Noruega, quien le indicó que podría hacer que la madre viera a un psiquiatra en el plazo de una semana y que podría recibir el asesoramiento necesario o la TCC.

45. Durante la audiencia, la jueza solicitó información sobre la situación jurídica en Noruega al juez noruego de enlace internacional. En resumen, el juez Selvaag respondió lo siguiente: si ambos padres comparten la responsabilidad parental, no es posible trasladar a las niñas a otro país sin un acuerdo; pero sí es posible solicitar la responsabilidad parental exclusiva para poder hacerlo; normalmente eso requiere un acta de mediación, pero se pueden dictar medidas cautelares sin el acta; el tribunal puede prohibir que uno de los progenitores visite la propiedad para proteger a las niñas; la facultad de prohibirlo también está establecida en la Ley de Matrimonio (probablemente con el fin de proteger a la esposa); y se puede pedir una orden de restricción a la policía local. Se puede acceder a asistencia letrada gratuita por probadas razones económicas. La jueza Pauffley también

solicitó información sobre cuál era el punto de vista de los tribunales noruegos sobre los compromisos ofrecidos al tribunal inglés para asegurar una "llegada fácil" de las niñas al momento de su restitución, pero de la respuesta se desprende claramente que no se entendió la pregunta: decía que los tribunales no están involucrados en la restitución de niños conforme al Convenio de La Haya. Se sugirió que esto se aclarara, pero el juez Thorpe (como organizador de esta cooperación internacional) indicó que no estaba dispuesto a hacerle más preguntas a un juez noruego que, sin duda, estaba muy ocupado. La propia jueza Pauffley consideró que la información proporcionada sobre los recursos disponibles para mantener a uno de los progenitores alejado del hogar resolvía en gran medida esta cuestión.

46. El argumento principal de la madre para resistirse a la restitución fue, y sigue siendo, que la restitución representa un gran riesgo para su propia salud mental y, como es y ha sido siempre la principal cuidadora de las niñas, existe un grave riesgo de que esto las ponga en una situación intolerable, a menos que existan medidas de protección reales y efectivas. La jueza abordó ese argumento en sus propios términos y analizó las pruebas para decidir si las medidas de protección disponibles serían suficientes para evitar ese riesgo. En cuanto a la primera de las recomendaciones de la Dra. Kolkiewicz, le pareció suficiente que las intervenciones psicológicas estuvieran disponibles y que se llevarían a cabo pocos días después del regreso de la madre; en cuanto a la segunda, la serie de compromisos del padre la convencieron de que habría un hogar seguro para la madre en el que podría sentirse protegida de la atención no deseada del padre; consideró "casi seguro" que la familia de la madre se aseguraría de que recibiera el apoyo adecuado en Noruega, tanto durante las etapas iniciales de la restitución como en los momentos importantes a lo largo del proceso judicial. Además, la tranquilizó el relato del juez noruego sobre la situación jurídica en ese país, los indicios de que se dispondría de asistencia letrada y el hecho de que ya se había identificado a un abogado noruego para que representara a la madre. También estaba segura de que, aunque Tyler se quedara en Inglaterra, viajaría regularmente a ver a su madre y a sus hermanas.

47. Por lo tanto, la jueza Pauffley declaró "infundada" la sugerencia de que la reacción de la madre a una restitución forzada causaría un grave riesgo

de daño físico o psíquico para las niñas. Concluyó, en el párrafo 37, que "restituir a las niñas a Noruega para que sus futuros se decidan allí es, claramente, velar por su interés superior. Son niñas muy pequeñas. No se podría decir, ni por asomo, que hayan echado raíces en este país. Volverán a un ambiente en el que vivirán ambos padres, aunque a cierta distancia el uno del otro [...] Considero que sus necesidades de bienestar apuntan enfáticamente a una restitución inmediata". El Tribunal de Apelación, tras haber descartado la alegación de *Neulinger*, consideró que se trataba de una causa simple.

48. Aunque la jueza hizo referencia, en el párrafo 8, a que "el riesgo debe ser grave y el daño, severo", que no es exactamente lo que dice el artículo 13b, es evidente que estaba siguiendo el curso sensato y pragmático que se propugna en los casos de presunta violencia doméstica. Además, se negó a resolver las alegaciones disputadas entre los padres. Pero aceptó que el riesgo de deterioro de la salud mental de la madre, en caso de verse obligada a regresar a Noruega, podría constituir también un grave riesgo para las niñas. Por lo tanto, examinó con detenimiento la forma en la que se aplicarían las medidas de protección recomendadas por la Dra. Kolkiewicz.

49. No tenemos ninguna razón para dudar que el riesgo para la salud mental de la madre, ya sea el resultado de la realidad objetiva o de la percepción subjetiva de la realidad de la madre, o una combinación de ambas, es muy real. Tampoco tenemos ninguna razón para dudar que, si la salud mental de la madre se deteriorara de la manera descrita por la Dra. Kolkiewicz, representaría un grave riesgo de daño psíquico para las menores. Pero la jueza analizó detenidamente cómo se podrían evitar estos riesgos. El caso más alto que se puede plantear es que parte de su conclusión se basa en los compromisos asumidos ante el Tribunal Superior de Justicia (High Court of England and Wales), que no son ejecutables en Noruega, en lugar de basarse en alguna orden dictada por los tribunales noruegos. Pero la jueza se mostró segura frente a las respuestas provistas por el juez Selvaag en cuanto a los recursos disponibles. Tampoco hay nada en esta historia que sugiera que el padre no es un hombre de palabra. La jueza confió en que cumpliera las promesas solemnes que hizo ante ella; le pidió que las hiciera porque consideraba que era lo mejor para los intereses de las menores que él tanto quería; por poco que entendiera o aceptara los sentimientos de la madre, debía aceptar lo que la jueza pensaba que era

mejor para sus hijas. Ciertamente, no corresponde a un tribunal de apelación disentir con la evaluación de la jueza.

Tyler

50. Por supuesto, Tyler no es objeto de este procedimiento. Nadie le está ordenando que regrese a Noruega. Sin embargo, tiene un gran interés en el resultado de la causa. Las pruebas que presentó confirman las alegaciones de la madre sobre el clima de miedo que se vivía en la familia y añaden algunas razones adicionales sobre por qué quiso marcharse. Si se ordena la restitución de sus hermanas, la madre, sin duda, regresará con ellas. En ese caso, Tyler se verá dividida entre la preocupación por su madre y sus hermanas pequeñas y el deseo de llevar adelante su propia vida aquí. Nos informan que está muy estresada, pero que ha decidido que no puede volver a Noruega y que tiene la intención de quedarse aquí. Esta situación compromete, indudablemente, sus derechos en virtud del artículo 8, así como la obligación impuesta por el artículo 3.1 de la CDN de hacer de su bienestar una consideración primordial. Pero, teniendo en cuenta todos los derechos establecidos en el artículo 8 y el artículo 3.1 que concierne este caso, la injerencia en sus derechos se puede justificar en defensa de los derechos de otros, en particular, de sus hermanas pequeñas. Tiene una edad en la que bien podría haberse ido para asistir a la universidad en este país, sin importar la situación familiar, y tendrá muchas oportunidades para mantenerse en contacto con su madre y con sus hermanas, ya sea que permanezcan en Noruega o, como esperan la madre y ella, que, finalmente, se muden a este país de manera legal.

51. Tyler podría simplemente haber presentado pruebas en apoyo de las alegaciones de su madre. El artículo 6.5(e) del Código Procesal de Familia (Family Proceedings Rules) de 1991 (SI 1991/1247) [vigente al momento pertinente; véase ahora el artículo 12.3 del Código Procesal de Familia (Family Procedure Rules) de 2010 (SI 2010/2955)] dispone que "cualquier otra persona que, a juicio del tribunal, tenga un interés suficiente en el bienestar del menor" será parte en el procedimiento de sustracción de menores. Correspondía a la jueza sopesar si tenía un interés suficiente. Claramente, tenía interés; y la jueza lo consideró suficiente debido al estado mental "debilitado" de la madre. No nos corresponde discrepar.

Conclusión

52. En resumen, el Convenio de La Haya está diseñado para el beneficio de los menores, no de los adultos. El interés superior, no solo de los menores en general, sino también de cada uno de los menores involucrados, es una preocupación primordial en los procesos regulados por el Convenio de La Haya. Concordamos con el tribunal de Estrasburgo en que, en este sentido, el interés superior tiene dos aspectos: reunirse con ambos padres lo antes posible, de modo que ninguno obtenga una ventaja injusta sobre el otro con el paso del tiempo, y crecer en un "ambiente sano" en el que no corran el riesgo de sufrir daños. El Convenio de La Haya está diseñado para lograr un equilibrio justo entre esos dos intereses. Si se aplica correctamente, es muy improbable que se produzca una violación del artículo 8 o de otros derechos del Convenio, a menos que se den otros factores. La causa *Neulinger* no requiere apartarse del procedimiento inmediato normal, siempre que la decisión no sea arbitraria o mecánica. Las excepciones a la obligación de restitución son, por naturaleza, de alcance restringido. No requieren ninguna interpretación ni comentario adicional. Ahora se reconoce que la violencia y el abuso entre los padres pueden constituir un grave riesgo para los menores. Cuando existen alegaciones controvertidas que no se pueden juzgar ni verificar objetivamente, la investigación se deberá centrar, sin duda, en la suficiencia de las medidas de protección que puedan adoptarse para reducir el riesgo. Cuanto más clara sea la necesidad de protección, más eficaces tendrán que ser las medidas.

53. Solo añadiríamos lo siguiente: partimos de la base de que todos los padres aman a sus hijos y quieren lo mejor para ellos. Incluso si los padres se pelean entre sí, deberían ser capaces de determinar qué es lo mejor para sus hijos. Ellos, y no los tribunales, son los expertos cuando se trata de sus propios hijos. Deberían ser capaces de visualizar los intereses de sus hijos separados de los propios. Deberían ser capaces de negociar la solución "menos perjudicial" para sus hijos, con la ayuda de un mediador cualificado si es necesario. Pero solo podrán hacerlo si están dispuestos a respetarse mutuamente en pie de igualdad. La mediación no funcionará si se permite que una de las partes domine o intimide a la otra. Es por eso que, generalmente, se considera inapropiada en casos de presunta violencia o abuso doméstico. Cualesquiera que sean los aciertos y los errores de estos

padres, se trata de una madre que necesitará mucha comprensión y mucho apoyo. Sin embargo, tenemos la esperanza de que, una vez superado el trauma de esta causa, se pueda ayudar a estos padres, ya sea mediante nuestros buenos colegas del sistema judicial de familia en Noruega o de alguna otra forma, a alcanzar una solución sensata y práctica para el bien de toda la familia.

54. Se desestima el recurso de apelación.