

LOS TRIBUNALES DE ESTRASBURGO Y LUXEMBURGO ANTE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES*

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS

Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Revista de Derecho Europeo 44
Octubre - Diciembre 2012
págs. 41 a 60

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ORDEN DE RESTITUCIÓN. SUPUESTOS DE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CEDH. III. ORDEN DE NO RESTITUCIÓN. SUPUESTOS DE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CEDH. IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La jurisprudencia del TEDH en supuestos de sustracción internacional de menores se ha incrementado de forma muy notable en los últimos años. En un principio, la solicitud de protección se ceñía a la vulneración del artículo 8 del CEDH por inexecución de las órdenes de devolución. En la actualidad el TEDH se ha pronunciado sobre la compatibilidad de órdenes de restitución adoptadas por las autoridades nacionales en interpretación y aplicación de normas de distinta fuente con el respeto al artículo 8 del CEDH. El TJ también ha recibido y resuelto numerosas cuestiones prejudiciales en asuntos de la misma materia. Resulta interesante analizar el contraste entre la jurisprudencia de Estrasburgo y de Luxemburgo en estos asuntos.

ABSTRACT: This study deals with the decisions of the ECHR in cases of international child abduction. In an increasing body of case law the ECHR has stated the violation of article 8 of the European Convention of Human Rights by the domestic authorities. The ECJ has solved the same issue. It will be interesting to contrast the case law of Strasbourg and Luxembourg as far as these matters are concerned.

* Este trabajo se incorpora en el marco del Proyecto de investigación «Gobernanza y reforma internacional tras la crisis financiera y económica: el papel de la Unión Europea», Referencia: DER2010-20414-C02-02 (subprograma JURI).

PALABRAS CLAVE: Sustracción internacional de menores. Vulneración del artículo 8 del CEDH.

KEYWORDS: International child abduction. Breach of article 8 of the European Convention of Human Rights.

Fecha recepción original: 11 de julio de 2012

Fecha aceptación: 2 de octubre de 2012

I. INTRODUCCIÓN

La sustracción internacional de menores es un fenómeno muy antiguo que en la actualidad presenta rasgos diferentes. Estos nuevos caracteres están motivando cambios en la jurisprudencia e iniciativas, desde distintos sectores, encaminadas a modificar los instrumentos de regulación¹. El dato de mayor interés es que alrededor del sesenta y ocho por ciento de los supuestos es el progenitor que directamente se encarga del cuidado del menor quien lo sustrae, principalmente las madres²; esta circunstancia se tiene muy en cuenta por las autoridades del Estado al que el menor fue trasladado cuando deciden bien su restitución o su permanencia.

Una vez producida la sustracción de un menor tanto el pronunciamiento de las autoridades competentes, es decir la orden de restitución o en su caso de no restitución, así como el modo de hacerla efectiva (ejecución o inejecución) tienen que respetar el artículo 8 del *Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma en 1950 (en adelante CEDH), y ello porque se trata de una materia que se integra dentro del derecho a la vida privada y familiar. Como consecuencia de su pertenencia a la esfera del derecho protegido por el 8 del CEDH su configuración se traza a través de los pronunciamientos del TEDH. No sólo ha sido reclamada la protección del derecho recogido en el artículo 8 del CEDH ante la actuación de las autoridades nacionales también, en diversas ocasiones, se ha argumentado la infracción del artículo 6.1 del CEDH³.

En el marco de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*, de 7 de

1. Resulta de interés por ejemplo la reforma en materia de sustracción en la Ley suiza, BUCHER, A., «Reforme en matière d'enlèvement d'enfants: la loi Suisse», *Nuovi strumenti del Diritto Internazionale Privato*, Liber Fausto Pocar, 2009, pp. 182-197.
2. Analyse statistique des demandes déposées en 2003 en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants Partie I – Rapport Général Établie par le Professeur Nigel Lowe drawn up by Professor Nigel Lowe Document préliminaire No 3, Partie I, d'octobre 2006 à l'intention de la Cinquième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants d'octobre – novembre 2006, pp. 21-23.
3. STEDH, as. *Deak vs. Rumania y United Kingdom*, de 1.12.2008. Sin embargo en la STEDH as. *Ancl vs. Turkey* de 17.2.2009, el Tribunal no entendió que hubiera vulneración del artículo 6.1 del CEDH que protege el derecho de toda persona a que su causa sea oída en un periodo de tiempo razonable y que en el marco del CLH de 1980 se reconduce a la obligación de tramitar y actuar por las autoridades judiciales y administrativas en los supuestos de sustracción internacional con la máxima urgencia.

diciembre de 2000 (en adelante CDFUE) el reconocimiento del derecho a la vida privada y familiar se hace en el artículo 7. El TJ, encargado de que la interpretación y aplicación de las normas de la UE se produzca conforme a los derechos de la Carta, ya se ha pronunciado sobre el contenido del derecho a la vida privada y familiar en un supuesto relativo también a la sustracción internacional de menores⁴. Tras partir de la equivalencia entre los artículos 7 de la CDFUE y 8 del CEDH, el TJ recoge la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 del CEDH para la interpretación de su homólogo en la Carta⁵. Esta actuación es respetuosa con el artículo 53.3 de la Carta, precepto conforme al cual se ha de procurar, para aquellos derechos que reconocidos en la Carta coincidan en el CEDH, un sentido y alcance similar al que éste último texto les confiere.

La orden de restitución del menor al Estado de su residencia habitual del que fue desplazado puede ser consecuencia del mecanismo adoptado en el *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* (en adelante CLH de 1980) o en el supuesto de que la sustracción sea en la UE de una sentencia dictada sobre el derecho de custodia para cuyo efectivo cumplimiento es necesaria la restitución de un menor vía artículo 11.8⁶ del *Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000 (DOUE n° L 338/1, de 23.12.2003)* (en adelante R. 2201/2003).

Los instrumentos jurídicos que acabamos de mencionar aplicables ante una situación de sustracción interparental de un menor permiten que las autoridades competentes se pronuncien, bien ordenando la devolución del menor al Estado de su residencia habitual o bien estableciendo que no procede dicha restitución. En cualquiera de las dos situaciones se requiere que la decisión de las autoridades competentes, su ejecución o en su caso inejecución respete el contenido del artículo 8 del CEDH. El cometido del TEDH es el control de los resultados tanto de la normativa (ya sea de fuente interna, convencional o institucional) como de la aplicación que las autoridades nacionales hacen de ella⁷.

4. STJ, de 5.10.2010, as. *J.McB vs. L.E* (C-400/10 PPU).

5. La doctrina ha resaltado la importancia que en este asunto el TJ ha dado la jurisprudencia del TEDH en relación al respeto al derecho a la vida privada y familiar, RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «Secuestro internacional de menores: ilicitud del desplazamiento y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Comentario a la STUE de 5 de octubre de 2010), *La Ley*, n° 7538, Sección Tribuna, 30 de Dic. 2010, Año XXXI.

6. La regulación de la sustracción en la UE conlleva la aplicación conjunta del R. 2201/2003 y del CLH de 1980 para la tramitación de la orden de retorno en el Estado al que el menor ha sido trasladado. Hay que observar que la incorporación de la sustracción internacional de menores en el R. 2201/2003 ha provocado que se trate de una materia comunitarizada, de forma que los EM tendrán que contar con una Propuesta de Decisión del Consejo para declarar la aceptación de la adhesión de Estados no miembros al CLH de 1980 en interés de la Comunidad.

7. El TEDH ha repetido en numerosas ocasiones que no se trata de sustituir a las autoridades nacionales, caso STEDH, as. *Ilker Ensar Uyanik vs. Turquía*, de 3.5. 2012, apartado 54.

En los casos de desplazamiento ilícito de menores el TEDH en la mayoría de los supuestos ha decidido sobre si el artículo 8 del CEDH se había vulnerado o no en situaciones en las que se había ordenado la devolución del menor al Estado de su residencia habitual siendo la inejecución de dicha orden la que se somete al *test* de protección del derecho de relación del menor con sus progenitores (véase el epígrafe II apartado A).

En el marco de órdenes de restitución dictadas por las autoridades nacionales el TEDH ha valorado en pronunciamientos más recientes si la ejecución de dicha orden, y por tanto el regreso del menor al Estado de su residencia habitual, era o no acorde con el artículo 8 del CEDH (véase epígrafe II apartado B).

Junto a los anteriores supuestos el TEDH se ha pronunciado sobre la vulneración del artículo 8 del CEDH al dictar las autoridades nacionales una orden de no devolución de un menor al Estado de su residencia habitual en base al CLH de 1980 (véase el epígrafe III).

II. ORDEN DE RESTITUCIÓN. SUPUESTOS DE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CEDH

Dictar una orden de restitución supone que la autoridad competente no ha aplicado ninguna de las excepciones al retorno posibles en el marco del CLH de 1980 y en consecuencia, a juicio de dicha autoridad, procede la devolución del menor al Estado de su residencia habitual. En este escenario la protección que se solicita al TEDH puede provenir: o de quien beneficiado por la orden de restitución se encuentra ahora que la misma no se ejecuta y entiende por ello vulnerado el artículo 8 del CEDH (véase el apartado A), o de quien perjudicado por la orden de restitución (progenitor sustractor) su último recurso es requerir la protección del TEDH con el fin de que este entienda que la ejecución de la decisión de devolución es contraria al derecho a la vida privada y familiar (véase el apartado B).

Pasamos a analizar cada supuesto y la interpretación que el TEDH ha dado a través de sus decisiones teniendo en cuenta en particular su incidencia en los instrumentos jurídicos aplicados a la resolución del asunto.

A) *Inejecución de decisiones de restitución*

Una vez dictada una orden de restitución al Estado de la residencia habitual del menor hay que hacerla efectiva y por tanto comienza su proceso de ejecución. Tanto las legislaciones internas respecto a la ejecución como la actuación de las autoridades nacionales han sido objeto de enjuiciamiento por el TEDH, quien mediante sus decisiones ha establecido los parámetros de adecuación de ambos aspectos al artículo 8 del CEDH.

En estas situaciones es el progenitor amparado por el pronunciamiento de restitución quien solicita la protección del TEDH ante el incumplimiento de la decisión por parte de las autoridades nacionales. ¿Qué aspectos se aprecian por

el TEDH para considerar si ha habido o no vulneración del artículo 8 del CEDH?

En primer lugar el TEDH en su jurisprudencia ha valorado la intervención de las autoridades estatales en orden a hacer eficaz la ejecución de la decisión o para garantizar el efectivo respeto del menor a relacionarse con sus progenitores:

a) El TEDH ha evaluado las medidas positivas que han de tomar las autoridades del Estado en cuyo territorio se ha de efectuar la ejecución de la decisión de retorno. Pronunciamientos como el as. *Ignaccolo-Zenide (R.I.Z.) vs. Rumanía*, de 25.1.2000, as. *Silvestre vs. Austria*, de 24.3. 2003, as. *Maire vs. Portugal*, de 20.6.2003, as. *HN vs. Polonia*, de 13.9.2005, as. *Karadzic vs. Croacia*, de 15.12.2005, as. *Bianchi vs. Suiza*, de 22.6.2006, son casos en los que el TEDH ha condenado al Estado por el incumplimiento de las obligaciones asumidas de conformidad con el CLH de 1980 en particular en el artículo 7. En todos estos casos el Estado en el que se dicta la decisión y en el que se ha de ejecutar es el mismo.

b) De igual forma el TEDH ha valorado la actuación de las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor y del que fue desplazado en orden a hacer eficaz la decisión de devolución. Así sucedió la STEDH, as. *Iglesias Gil vs. Reino de España*, de 29.4.2003. En este supuesto España es condenada por incumplimiento de las obligaciones asumidas en base al CLH de 1980, pero se distingue de los anteriores en que el territorio donde se dicta la decisión es distinto de aquel en el que ésta ha de ejecutarse. En este caso se pone especialmente de relieve que no se trata sólo de que las autoridades tomen medidas conforme al ordenamiento interno, teniendo este que ser suficiente para el cumplimiento de las obligaciones positivas del artículo 8 del CEDH⁸, además se trata de que la intervención de las autoridades nacionales sea acorde a las obligaciones asumidas a través del CLH de 1980. A la vista de lo anterior el TEDH entiende que las autoridades, en aplicación del referido Convenio, tienen la obligación de actuar de oficio y conseguir con ello la devolución del menor; en consecuencia, la inacción de las autoridades provoca, a juicio del Tribunal, la vulneración del artículo 8 del CEDH al no proteger el derecho de relación del hijo con la progenitora.

En segundo lugar otro de los aspectos valorados por el TEDH a la hora de estimar la vulneración del artículo 8 del CEDH por la inejecución del pronunciamiento que ordena la devolución del menor ha sido la transformación de una situación nacida como ilícita en lícita como consecuencia del cambio de las circunstancias. A través de pronunciamientos como la STEDH, as. *Silvestre vs. Austria*, de 24.4.2003, el TEDH ha establecido que la imposibilidad de ejecutar una orden de retorno debido al transcurso del tiempo por la inacción de las

8. En este asunto el TEDH entiende que la legislación penal española en materia de sustracción era insuficiente y expone cómo el legislador español ha decidido reforzar la misma. Apartado 61.

autoridades nacionales vulnera el derecho contenido en el artículo 8 del CEDH. Así, y aunque la orden de restitución tenga que quedar sin efecto por el paso del tiempo, si esta situación se produce como resultado de la inacción de las autoridades nacionales se entiende que éstas no han cumplido con las obligaciones del artículo 11 del CLH de 1980 vulnerando con ello el CEDH.

B) Ejecución de decisiones de restitución

Hasta el momento el mayor número de pronunciamientos del TEDH en relación a la sustracción de menores versan sobre la vulneración del artículo 8 del CEDH con motivo de la inejecución de órdenes de restitución. En estos supuestos quien considera que sus derechos fundamentales no han sido respetados tiene en su poder una decisión a su favor que sin embargo no ha sido ejecutada.

En los siguientes asuntos la petición cambia y de lo que ahora se trata es de analizar si la ejecución de una orden de restitución vulnera o no el respeto a la vida privada y familiar. En consecuencia, ahora quien argumenta la vulneración de sus derechos fundamentales es quien ha cometido la sustracción y se encuentra ante una decisión dictada por la autoridad nacional que le es desfavorable. Este último dato hay que tenerlo muy en cuenta porque en definitiva quien cometió un hecho ilícito, conforme a la normativa aplicada, solicita ahora la protección del TEDH.

1) Orden de restitución dictada en aplicación del CLH de 1980

El primer pronunciamiento en el que el TEDH determina que la ejecución de la decisión de una orden de restitución, adoptada de conformidad con el CLH de 1980, vulnera el artículo 8 del CEDH es la STEDH, as. *Neulinger y Shuruk vs. Switzerland*, de 6 de julio de 2010⁹.

De forma breve los datos del asunto son los siguientes: una pareja formada por una nacional suiza y belga y un nacional israelí contraen matrimonio en Israel donde nace un niño en el año 2003. Tras desavenencias se inicia una batalla legal entre las partes en la que las autoridades de Israel determinan, entre otros aspectos, que la custodia la ostente la madre y la patria postestad –en la que incluye el derecho a decidir el lugar de residencia– sigue siendo conjunta. Distintas autoridades israelíes intervienen dado que la situación se

9. Este asunto fue resuelto en doble Sala, primero por la Sección 1ª del TEDH por cuatro votos contra tres donde se estimó que no se había producido una vulneración del artículo 8 del CEDH, Aranzadi Westlaw TEDH\2009\06. Posteriormente conoció del asunto la Gran Sala cambiando la decisión anterior y estableciendo que la ejecución de la decisión supondría una vulneración del artículo 8 del CEDH. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Comentario a la STEDH as. *Neulinger and Shuruk vs. Switzerland*», *REDI*, 2010-2, pp. 232-235. MARCHEGIANI, M., «Rispetto della vita private e familiare e sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza recente della Corte Europea dei Diritti Dell'uomo», *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, núm. 4, 2010, pp. 988-1010. WALQUER, L., BEAMOUNT, P., «Shifting the balance achieved by Abduction Convention: the contrasting approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice», *Journal of Private International Law*, Vol. 7, núm. 2, August, 2011, pp. 231-249.

deteriora e incluso se restringe al padre el derecho de visita. En el 2005, y aunque se deniega a la madre una solicitud para que pueda abandonar Israel, ésta sale del territorio rumbo a Suiza con el niño. Ante esto el progenitor inicia un procedimiento de restitución ante las autoridades suizas quienes, en primera instancia, deniegan el retorno al aplicar el artículo 13 (b) del CLH de 1980, confirmando la decisión de no devolución en el recurso de apelación¹⁰. Pero el progenitor recurre ante el Tribunal Federal suizo, autoridad que estima el recurso y decide que el menor ha de ser restituido a Israel. Ante esta decisión la madre y el niño interponen demanda ante el TEDH por vulneración del artículo 8 del CEDH. Acogiéndose al artículo 39. 1 del Reglamento de funcionamiento del TEDH, por el que el Tribunal a solicitud de una de las partes o de oficio puede señalar la adopción de medidas provisionales, el presidente de la Gran Sala indicó al Gobierno suizo que no procediera a la ejecución de la decisión de devolución del menor a Israel¹¹.

¿Qué aspectos analiza el TEDH para determinar que la ejecución de la orden de restitución vulneraría el artículo 8 del CEDH? El TEDH examina si las medidas que se han adoptado al interpretar y aplicar por las autoridades nacionales el CLH de 1980, y en particular el artículo 13 (b), vulneran del respeto a la vida privada y familiar de los solicitantes¹². En la valoración del TEDH, entre los aspectos fundamentales analizados, destacan:

– Apreciación por el TEDH de la situación en la que quedará el menor en el supuesto de que se ejecute la decisión de restitución. Este control descansa en dos factores que no están recogidos de forma expresa en el CLH de 1980 pero cuya aplicación se reconduce a la causa de excepción al retorno contemplada en el artículo 13 (b) del citado texto. Ambos factores son claves y su valoración es esencial si se tienen en cuenta los rasgos a los que ya aludimos en la introducción de este trabajo y que caracterizan en la actualidad a los supuestos de desplazamiento ilícito de menores:

1º) La relevancia que se confiere al hecho de que la madre sustractora pueda o no acompañar al menor al Estado de la residencia habitual¹³ cuando

10. En el artículo 13 (b) se establece: «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: (...).

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».

11. Apartado 5. El artículo 39.1 del Reglamento de funcionamiento del TEDH, texto de mayo de 2012, establece: «La chambre ou, le cas échéant, son président peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure».

12. Apartado 141.

13. Véase sobre este aspecto la exposición que hace A. Bucher y la reacción de las autoridades suizas demandando una aplicación más adaptada del CLH de 1980 al interés del menor, «Réforme en matière d'enlèvement d'enfants: la loi Suisse», p. 185.

ésta es la principal cuidadora del menor. En el asunto *Neulinger y Shuruk vs. Switzerland* queda demostrado que si la madre no retorna con el menor al Estado de la residencia habitual supone sin duda un perjuicio para el niño, según los informes realizados por los expertos. Por tanto, este dato se incluye como elemento clave a la hora de decidir si la devolución del menor le colocaría en una situación intolerable. Ahora bien, esta circunstancia hay que valorarla con mucho cuidado para evitar que quien sustrajo al menor se aproveche y que su negativa a regresar active la excepción al retorno de la letra (b) del artículo 13 del CLH de 1980. La jurisprudencia nacional, en general, ha sido reticente a la hora incluir esta circunstancia en la excepción al retorno del menor del artículo 13 (b)¹⁴.

En este contexto, en el marco del asunto *Neulinger y Shuruk vs. Switzerland* las autoridades suizas proceden a analizar si la madre cuenta o no con motivos justificados para negarse a regresar a Israel; es decir se analiza si el regreso es asumible por la sustractora¹⁵. La Corte Federal en su decisión de 16 de agosto de 2007 determina que sí procede la restitución del menor en compañía de la madre dado que ésta no tiene argumentos justificados para no volver con el menor a Israel. Finalmente el TEDH en su decisión considera que forzar a la madre a regresar a Israel supone una injerencia desproporcionada en el derecho a la vida privada y familiar¹⁶. La postura del TEDH es consecuencia de la valoración que se realiza en torno al hecho de que la madre se vea sometida en Israel a un proceso penal y la situación en la que quedaría el menor en este Estado si ello sucede¹⁷.

2º) Encadenada a la anterior consideración el TEDH valora la situación en la que quedará el menor en el supuesto de que aún regresando la madre a Israel ésta se encontrara inmersa en un proceso penal, esto último supondría que el restablecimiento del *status quo* al que se aspira como fin último con el regreso del menor al Estado de su residencia habitual no quedaría garantizado. Es patente el recelo que muestran las autoridades sobre la idoneidad del progenitor para cuidar al menor valorando los escasos recursos financieros con los que cuenta así como por su poca estabilidad personal¹⁸.

Es decir, conforme a los argumentos del TEDH, se requiere un análisis

-
14. Muy crítico con la jurisprudencia suiza al respecto se muestra BUCHER, A., «Réforme en matière d'enlèvement d'enfants: la loi Suisse», pp. 195-196. Véase a modo de ejemplo la jurisprudencia citada en la STEDH, as. *M.R. y L.R. vs. Estonia*, de 15.5.2012. Apartado 32.
 15. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Comentario al Auto de la AP de Barcelona (Sección 1ª) de 21 de junio de 1997», *REDI*, 1998-2, p. 233.
 16. Apartado 151.
 17. Apartados 149, 150. Ya expresamos una valoración negativa sobre la penalización que las legislaciones internas de los Estados han hecho en el caso de sustracción de menores, con esta interpretación lo criticamos más todavía en la medida que se emplea como elemento a tener en cuenta para aplicar de forma más extensa la excepción del artículo 13 (b) del CLH de 1980.
 18. Apartado 150.

completo de la situación en la que además de tener en cuenta las circunstancias de la devolución las autoridades valoran la realidad en la que el menor queda en el Estado de su residencia tras el retorno¹⁹. Hay quien ha visto en este proceder un control del sistema del Estado de origen, resaltando, con sólidos argumentos, cómo en el razonamiento se disipa la frontera entre la decisión de retorno y el proceso de custodia que seguirá al anterior²⁰. Más adelante el propio Tribunal defiende en STEDH, as. *M.R. y L.R. vs. Estonia*, de 15 de mayo de 2012, un tratamiento muy cuidadoso de aquellos argumentos que se alegan para denegar el retorno cuando se asientan en cuestiones que han de tenerse en cuenta en el proceso de custodia y no en el de restitución dado que, como sostiene el TEDH, la decisión que ha de tomarse en aplicación del CLH de 1980 es sobre la restitución del menor y no sobre el referido derecho²¹.

– Otro elemento fundamental apreciado por el TEDH para pronunciarse sobre la posible vulneración del artículo 8 del CEDH por la ejecución de la decisión de retorno en el asunto *Neulinger y Shuruk vs. Switzerland* son las nuevas circunstancias acaecidas desde que se adoptó la orden de restitución y el momento de su ejecución.

El paso del tiempo ha sido un argumento constante en los pronunciamientos del TEDH a la hora de determinar la vulneración del artículo 8 del CEDH²²; ahora bien, la valoración que hasta el momento había hecho el Tribunal se dirigía a dilucidar si el retraso o demora en la actuación de las autoridades que tenían que ejecutar la orden de retorno había vulnerado o no el derecho a la vida privada y familiar. Sin embargo, en el asunto *Neulinger y Shuruk vs. Switzerland*, el TEDH no valora la actuación de las autoridades suizas o israelíes por la inejecución de la decisión. En este asunto el TEDH reconduce el paso del tiempo a la excepción a la devolución que se contempla en el artículo 12 (2) del CLH de 1980²³ y que permite denegar el retorno si se demuestra que el menor se ha integrado en su medio. Esta forma de proceder por parte del TEDH confiere a las autoridades suizas una justificación jurídica para no ejecutar la orden de restitución e infringir con ello las obligaciones que asume frente a otros Estados (en este caso Israel) por incumplimiento del CLH de 1980.

El TEDH recurre, como guía para resolver la cuestión en torno a la adecuación o no de la medida de retorno, a la jurisprudencia sobre expulsión de ex-

19. Este argumento se ha empleado en STEDH, as. *X. vs. Latvia*, de 13 de diciembre de 2011. Sin embargo este mismo argumento fue el motivo por el que dos jueces entendieron que el artículo 8 del CEDH no había sido vulnerado.

20. JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 105-106.

21. Apartado 47.

22. Véanse las consideraciones y decisiones enumeradas en la letra A) del epígrafe II.

23. Apartado 145. El artículo 12 (2) del CLH determina: «La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente».

tranjeros. Para valorar la proporcionalidad de la medida tiene en cuenta el interés del menor y su bienestar, y lo concreta tanto en las dificultades de integración del menor en el Estado de destino así como en la apreciación de los lazos del menor con el Estado de destino y con el Estado en el que se encuentra. A lo anterior suma las dificultades con las que se encontrarán en el Estado de destino quienes, como miembros de la familia, tengan que acompañar al menor en su regreso²⁴.

En el asunto *Neulinger y Shuruk vs. Switzerland* el TEDH se centra en mayor medida en determinar si el retorno del menor se adecua a su interés, valorado *in casu*, y ello con independencia de que la decisión de las autoridades nacionales sea conforme a lo previsto en el CLH de 1980²⁵. Es decir, la vulneración del artículo 8 del CEDH se produce porque dicho retorno no es acorde con el interés del menor y ello aunque la decisión se haya tomado en aplicación de las obligaciones establecidas en el CLH de 1980. Por tanto, si la medida de devolución se adopta en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el CLH de 1980 pero no se considera acorde con la valoración que para este supuesto se hace del interés del menor, la decisión supondría una vulneración del 8 del CEDH. Entonces ¿existe o no compatibilidad entre las obligaciones asumidas por las autoridades nacionales en aplicación del CEDH y las que también han de cumplir en aplicación del CLH de 1980? La pregunta no es baladí sobre todo si hay que responderla desde la perspectiva de las autoridades nacionales que han de tomar una decisión que si es de retorno en aplicación del CLH de 1980, habrán cumplido con las obligaciones asumidas al ratificar dicho texto, pero que, sin embargo, no pueden ejecutar porque vulnera otro compromiso internacional de protección de Derechos humanos es decir el CEDH.

A continuación vamos a analizar cómo el TEDH en decisiones posteriores con hechos semejantes rectifica la línea jurisprudencial abierta en el pronunciamiento del asunto *Neulinger y Shuruk vs. Switzerland*. Muestra de lo anterior es la STEDH, as. *M.R y M.L vs. Estonia*, de 15 de mayo de 2012, donde el Tribunal de Estrasburgo reconduce los argumentos que venía empleando.

También de forma muy breve los datos del asunto son: un nacional italiano y una nacional de Estonia tienen en 2009 un hijo en Italia, Estado donde tienen su residencia habitual. En 2011 con el consentimiento del progenitor la madre realizada un viaje a Estonia y decide no retornar a Italia. Hay que destacar que la progenitora alega haber sufrido abuso psicológico por parte de padre, abusos que éste niega, y también sostiene que ella es la principal cuidadora del menor. Las autoridades estonias determinan, en aplicación del CLH de 1980, la devolución del menor a Italia sin que sea aplicable ninguna de las excepciones al retorno que en el mismo se contemplan. El TEDH declara, conforme al apartado

24. Apartado 146.

25. La misma interpretación ha seguido en STEDH, as. *Raban vs. Romania*, de 26.9.2010. Es interesante el documento «The best interest of the child in the recent case-law of the European Court of Human Rights», Franco-British-Irish Colloque on Family Law, Dublin 14 May 2011.

3 (a) y 4 del artículo 35 del CEDH, inadmisibles la petición de la solicitante, quien argumenta que la orden de devolución de un menor dictada por las autoridades de Estonia, en aplicación del CLH de 1980, a Italia vulnera el artículo 8 del CEDH.

El pronunciamiento del TEDH establece que la medida por la que las autoridades nacionales ordenan la devolución del menor al Estado de su residencia habitual no supera el margen de apreciación permitido, esta decisión es contraria a la posición adoptada por el TEDH dos años antes en el asunto *Neulinger y Shuruk vs. Switzerland*.

En particular en el pronunciamiento del asunto *M.R y M.L vs. Estonia*, interesa destacar en primer lugar el tratamiento que el TEDH confiere al hecho de que la progenitora no acompañe al menor a dicho Estado. La penalización de la sustracción por los ordenamientos jurídicos de los Estados sirve como argumento para justificar la negativa del sustractor (principal cuidador del menor) a la hora de regresar al Estado de la residencia habitual. Además, aunque el sustractor retorne, se defiende que debido al proceso penal al que se le puede someter en dicho Estado, no queda asegurado el *status quo* que tenía el menor en el Estado de su residencia habitual. En el asunto *M.R y M.L vs. Estonia*, acogiendo el argumento del Tribunal estonio de Tartu, el TEDH argumenta cómo las autoridades italianas pueden hacer uso de la orden europea de detención y entrega de forma que no es necesario que la madre vuelva a Italia para ser encausada en un proceso penal; en consecuencia, el Tribunal excluye como argumento la imposibilidad de que la madre acompañe al menor por esta circunstancia²⁶. En segundo lugar otro de los razonamientos que venía siendo acogido era el examen que las autoridades nacionales tenían que realizar de las circunstancias del asunto. El TEDH en su pronunciamiento recalca la diferencia que tiene que haber entre el procedimiento de restitución, objeto de reglamentación por el CLH de 1980 sobre el que se han de pronunciar las autoridades del Estado donde el menor ha sido desplazado, y el procedimiento de custodia²⁷.

En suma, son dos asuntos con hechos semejantes para los que el TEDH emplea los mismos argumentos pero en distinto sentido. Para el primero –*Neulinger y Shuruk vs. Switzerland*– la medida nacional de restitución vulnera el artículo 8 del CEDH dado que la aplicación mecánica del CLH de 1980 no responde con el interés del menor *in casu*; mientras que en el segundo supuesto –*M.R y M.L vs. Estonia*– el TEDH declara inadmisibles la petición del solicitante.

2) Orden de restitución dictada en aplicación del R. 2201/2003

La sustracción de menores entre Estados de la UE encuentra su régimen de solución en el R. 2201/2003. La proyección del régimen de la Unión en la reglamentación del CLH de 1980 supone: de un lado que la última palabra en torno a la situación del menor la tengan las autoridades del Estado de la residencia habitual (en particular hay que tener en cuenta los apartados 4, 7 y 8 del

26. Apartado 14.

27. Apartado 49.

artículo 11, así como el apartado 1 del artículo 40 y del artículo 42); de otro la restricción en la aplicación de las excepciones al retorno recogidas en el texto convencional, en particular de la excepción del artículo 13 (b).

El TJ es el garante de que la aplicación en este caso del R. 2201/2003 se produce conforme a la CDFUE. Esta labor de control la ha realizado el TJ en asuntos a los que ya nos hemos referido como en la STJ de 5.10.2010, as. *J.McB vs. L.E* (C-400/10 PPU). Ahora bien, también el TEDH controla el respeto a los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, así ha quedado reflejado, entre otras, en la STEDH as. *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticartet Anomia, Sirketi vs. Irlanda*, de 30 de junio de 2005²⁸. En esta última decisión el TEDH trató la cuestión de la responsabilidad de Irlanda, Estado parte en el CEDH, por la ejecución de normas comunitarias²⁹; en efecto el TEDH no se ha pronunciado directamente sobre actos o normas de la Unión, pero sí lo ha hecho respecto a la ejecución por los Estados de dichas normas³⁰. A la vista de lo anterior se descubre un sistema dual entre la protección comunitaria de estos derechos y la que el CEDH encomienda al TEDH.

En el ámbito de la sustracción de menores se trataría de un caso en el que TEDH controla el respeto de un derecho, como por ejemplo el artículo 8 del CEDH, en la aplicación de las disposiciones R. 2201/2003³¹. Especialmente delicado es también el cumplimiento de las previsiones del artículo 6 del CEDH en aplicación del artículo 42 (2) del R. 2201/2003 cuando se posibilita la emisión de un título ejecutivo aunque no se haya escuchado a alguna de las partes en el proceso de origen³².

28. En este asunto el embargo llevado a cabo por las autoridades irlandesas a una compañía turca se hizo en aplicación de un Reglamento tras incluso haber interpuesto el Tribunal Supremo Irlandés una cuestión prejudicial ante el TJ sobre la que el Tribunal de Luxemburgo resolvió que la aplicación por las autoridades irlandesas de la norma comunitaria había sido correcta.
29. Anteriormente ya se había tratado otro asunto en el que la dualidad de regímenes de protección entraba en juego, STEDH, as. *Matthews vs. Reino Unido*, de 18 de febrero de 1999.
30. El apartado 153 de la Sentencia *Bosphorus* el TEDH establecía la responsabilidad de los Estados miembros del CEDH por sus actos tanto si estos eran consecuencia de normas internas como si lo eran por obligaciones derivadas de la pertenencia del Estado a una organización internacional.
31. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los Derechos Humanos relativos al proceso», *Soberanía del Estado y Derecho Internacional* Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Tomo II, Sevilla, 2005, pp. 695-716, en esp. p. 716.
32. Véase el caso *Aguirre Pelz* resuelto por STJ, de 22.12.2010, as. (C-491/10 PPU). Sobre el mismo ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Desplazamiento ilícito de menores dentro de la U.E. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído», *La Ley* N° 7578, de 28 de febrero de 2011. CARO GÁNDARA, R., «De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición: (El Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas)», *Diario La Ley*, N° 7641, de 31 de mayo de 2011. HERRANZ BALLESTEROS, M., «El control del juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del artículo 42 del Reglamento (CE) N. 2201/2003: el asunto Aguirre Pelz», *Revista General de Derecho Europeo*, (25) 2011, pp. 1-49.

En la materia de la sustracción internacional de menores el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado en STEDH, as. *Sneersone y Kampanella vs. Italy*, de 12 de julio de 2011, condenando al Estado italiano por vulnerar el artículo 8 del CEDH al dictar una orden de retorno en aplicación del R. 2201/2003.

Los datos del asunto se resumen: una pareja formada por un nacional italiano y letona tienen un hijo cuya residencia habitual se encuentra situada en Italia. La progenitora se marcha a Letonia con el niño ante la imposibilidad de obtener medios económicos para vivir en Italia. El progenitor insta la restitución del menor ante las autoridades letonas quienes determinan la aplicación del artículo 13 1 (b) del CLH de 1980 y conforme al cual determinan que no procede la restitución, dichas autoridades aprecian que las medidas del artículo 11 (4) del R. 2201/2003 no se han adoptado por las autoridades italianas³³. Las autoridades italianas, conforme al R. 2201/2003, dictan un orden de restitución, en aplicación de los apartados 4, 7 del artículo 11 dotándola de eficacia ejecutiva según el artículo 42 de la citada norma³⁴.

Antes de analizar la decisión hay que advertir que en este asunto el Gobierno letón en aplicación del artículo 227 del Tratado Constitutivo de la Comunidad (actual artículo 259 del Tratado de Funcionamiento de la UE) presenta ante la Comisión una acción frente a Italia en la que argumenta la vulneración por parte de las autoridades italianas de las previsiones del R. 2201/2003 dado que ni el menor ni la madre fueron escuchados en los procedimientos que se siguieron ante las mismas³⁵. La Comisión no constató infracción alguna en el procedimiento desarrollado ante las autoridades italianas y por tanto no procedió a presentar recurso por incumplimiento ante el TJ³⁶. En su opinión que las autoridades italianas no escucharan al menor no supone violación alguna de ningún instrumento ni del *Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* ni de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*; su argumento se basa en que dicho derecho no es absoluto y su ejercicio se encuentra bajo la discrecionalidad de las autoridades nacionales³⁷. En relación al hecho de que la madre no fuera oída en el procedimiento ante las autoridades italianas tampoco supone, a juicio de la Comisión, infracción alguna y ello porque la legislación procesal italiana contiene la tramitación por escrito y no en forma oral del asunto. En relación a esta alegación hay que tener presente que en el Espacio judicial europeo se combinan «el respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros» (artículo 67.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE). Esto último supondría dejar un

33. Artículo 11(4) del R. 2201/2003 establece: «Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo 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».

34. Apartado 31.

35. El mismo proceder se ha constatado en la STEDH, as. *Karoussiotis vs. Portugal*, de 1.2.2011.

36. En el Tratado de Funcionamiento de la UE véanse los artículos 258-260.

37. Apartado 42.

margen de apreciación a las modalidades de ejecución de tales derechos para ajustarse a las peculiaridades de los Estados miembros sin que con ello, evidentemente, se infrinja un derecho fundamental; en este sentido la Comisión argumenta que el procedimiento escrito es permisible «as long as the principle of equality of arms was observed»³⁸.

Tampoco encuentra la Comisión infracción alguna en la decisión de las autoridades italianas aunque estas hayan contrariado la decisión adoptada por las autoridades letonas y ello conforme a su opinión es posible por un aspecto muy importante en la aplicación del R. 2201/2003 y es que las autoridades de la residencia habitual tienen empleando palabras textuales «the final say»³⁹. La Comisión finaliza indicando que no existe infracción alguna en la actuación de las autoridades italianas no sin antes cuestionar la aplicación que las autoridades letonas hacen de la excepción al retorno recogida en el artículo 13 (b) del CLH de 1980⁴⁰.

Volviendo al pronunciamiento del TEDH ¿cuáles han sido a juicio del Tribunal los aspectos de la decisión adoptada por las autoridades italianas de la residencia del menor en aplicación del R. 2201/2003 que vulnerarían el artículo 8 del CEDH?

Después de apreciar que la medida adoptada por las autoridades italianas que ordena el retorno del menor supone una interferencia al derecho a la vida familiar el TEDH analiza si dicha medida cumple los requisitos del artículo 8.2 del CEDH lo que vendría a justificarla. Así en primer lugar determina que la orden de retorno se ha tomado conforme a la ley –en aplicación del artículo 12 del CLH de 1980 y el artículo 11 del R. 2201/2003–⁴¹; la medida persigue el fin legítimo de protección de los derechos y libertades del menor y del progenitor⁴²; y por último se pasa a valorar si esta medida es necesaria en una sociedad democrática. En esta valoración el TEDH aplica de nuevo un razonamiento que ya ha utilizado en diversos pronunciamientos como es la necesidad de que los instrumentos jurídicos que resuelven el asunto no se empleen de forma mecánica sino que se proyecten al supuesto concreto⁴³.

El TEDH reitera que su tarea es la de comprobar que las medidas adoptadas en aplicación del CLH de 1980 y del R. 2201/2003 se ajustan a las previsiones del artículo 8.2 del CEDH. Las autoridades italianas para ordenar la devolución

38. Apartado 43.

39. Esta facultad de control de lo que se denomina la autoridad de origen la defendió la Comisión en el asunto *Aguirre Pelz* llegando a argumentar que aunque la aplicación del artículo 42 del Reglamento no se ha hecho a la luz del artículo 24 de la CDFUE la Comisión sostiene que ni en este supuesto la autoridad del Estado de ejecución está facultada para ejercer el control y oponerse a la ejecución. Puede verse en la Opinión del Abogado General Y. Bot, as. (C-491/10 PPU), presentadas el 7.12.2010, apartado 119.

40. Apartado 44.

41. Apartado 89.

42. Apartado 90.

43. Apartados 85 (iv) y 91.

del menor se centran especialmente en el hecho de que se han propuesto una serie de medidas de protección sobre el menor que vendrían a neutralizar los motivos por los que las autoridades del Estado al que fue trasladado el menor deniegan su retorno, en particular la excepción del artículo 13 (b). A través del artículo 11.4 del R. 2201/2003 se trata de preparar y establecer que el retorno del menor al Estado de su residencia habitual se produzca con las medidas de protección adecuadas⁴⁴. Es evidente que el propósito de este último precepto del R. 2201/2003 no es otro que restringir la aplicación de la excepción contenida en el artículo 13 (b) del CLH de 1980 sobre la que se sustentaría una orden de no devolución del menor. Sin embargo, y como se deduce de la argumentación del TEDH, aunque se acuerden tales medidas esto no excluye de forma automática la aplicación de la excepción al retorno del menor contenida en el artículo 13 (b) del CLH de 1980. Esto último se debe a que el TEDH suscribe el posicionamiento de las autoridades que han de decidir en torno a la devolución o no del menor, sobre si las medidas adoptadas en aplicación del artículo 11.4 del R. 2201/2003 han abordado los riesgos identificados en interpretación de la excepción del artículo 13 (b) del CLH de 1980.

Ahora bien, el tratamiento del artículo 11.4 del R. 2201/2003 ha de hacerse correctamente. Su fin es tratar de reducir las órdenes de no restitución en base al artículo 13 (b) del CLH de 1980, pero si no se aplica dicho precepto ello no quiere decir que sirva como argumento para acudir de forma mecánica a la aplicación de la excepción al retorno del menor. Esta actuación supondría realizar una lectura en contrario del precepto del R. 2201/2003 e incluso conducir a situaciones para las que el artículo 11.4 seguramente no estaba pensando. Por ejemplo en este asunto, al igual que sucediera en el asunto *Neulinger y Shuruk vs. Switzerland*, el TEDH tiene en cuenta la circunstancia de que la progenitora no acompañe al menor –resaltando la falta de recursos económicos en los que se encontraría la madre si regresa a Italia dado que se encontraría desempleada–. Reiterando argumentos del asunto *Neulinger y Shuruk vs. Switzerland*, el TEDH valora también en el pronunciamiento del caso *Sneerson y Kampanella vs. Italy* la situación en la que el menor quedará de producirse el retorno a Italia. Si lo que se requiere para no aplicar el artículo 13 (b) del CLH de 1980 es que se acuerden las medidas adecuadas, en base al artículo 11.4 del R. 2201/2003, para paliar esta situación ¿qué medida habría que adoptar en base al artículo 11.4 del R. 2201/2003 para que la progenitora vuelva con el menor a Italia cuando el argumento utilizado por la madre es que no puede retornar porque no cuenta con los medios económicos para residir en Italia y este es el principal motivo que sirve de base para aplicar la excepción de la letra (b) del artículo 13 del CLH de 1980?⁴⁵.

44. El artículo 11.4 del R. 2201/2003 determina: «Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo 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».

45. Las medidas propuestas por el progenitor a las autoridades italianas y aceptadas por estas pueden verse en el apartado 28 y una valoración de las mismas por el TEDH en el apartado 94.

Puede afirmarse que el TEDH en esta decisión continua con la línea jurisprudencial abierta en el asunto *Neulinger y Shuruk vs. Switzerland* y determina que la ejecución de la decisión, adoptada en aplicación del R. 2201/2003, conlleva la vulneración del artículo 8 del CEDH.

A la vista del planteamiento anterior, ¿cómo tendrán que actuar las autoridades nacionales de los Estados miembros partes a su vez del CEDH? Si no ejecutan la orden de restitución incumplirán las obligaciones derivadas del R. 2201/2003, la decisión de las autoridades italianas ha sido certificada conforme a lo previsto en el artículo 42 del R. 2201/2003 siendo inmediatamente ejecutiva, pero es que si la ejecutan vulnerarían con su actuación el artículo 8 del CEDH. Hay que recordar que en el asunto *Bosphorus* el TEDH afirmó la responsabilidad de los Estados por sus actos con independencia de que estos fueran consecuencia de las obligaciones contraídas por la pertenencia a una organización internacional; ahora bien, esto último no es incompatible con las obligaciones que tienen como Estados partes del CEDH, de forma que no existirán distorsiones cuando el nivel de protección de los derechos humanos conferido por tal organización sea *equivalente*⁴⁶ al que procura el CEDH. Este principio de equivalencia, ya esbozado en pronunciamientos anteriores, se desarrolla en el asunto *Bosphorus*. Pero como sostuvo el TEDH esto no deja de ser una presunción que puede destruirse en el caso concreto si se demuestra que la tutela de tales derechos ha sido menor que la dispensada por el CEDH.

En cualquier caso no puede olvidarse cuál ha sido el posicionamiento del TJ en supuestos en los que las autoridades nacionales le han remitido una cuestión prejudicial preguntando sobre una posible facultad de control por parte de la autoridad del Estado miembro de ejecución en caso de graves violaciones de derechos fundamentales en la resolución que ha de ejecutarse. Como es sabido en la STJ, de 22.12.2010, as. (C-491/10 PPU) la interpretación del Tribunal de Luxemburgo estuvo orientada a reafirmar el sistema del R. 2201/2003 es decir a reforzar el control del juez de origen dejando, como se ha sostenido, «un secundario papel a los derechos fundamentales»⁴⁷. En efecto la interpretación del TJ se orienta a una aplicación más mecánica del R. 2201/2003 o cómo se ha expresado «más formal y respetuosa y acorde con las exigencias de la integración»⁴⁸. Esta forma de proceder no coincide con la que hace el TEDH

46. Equivalente como sostuvo el TEDH supone «comparable» no idéntica. El examen de la equivalencia se hace atendiendo tanto a los derechos sustantivos como a los mecanismos que permiten controlar su cumplimiento, as. *Bosphorus*, apartado 155.

47. ÁLVAREZ, S., «Desplazamiento ilícito de menores dentro de la Unión Europea». Véase el trabajo de GUZMÁN ZAPATER, M., «Supresión del exequátur y tutela de Derechos fundamentales: articulación en el sistema español», *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil, Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 142-160, en esp. pp. 151-160.

48. BOUZA VIDAL, N., «La integración del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores en el sistema Europeo de Derechos Humanos», *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 213.

donde la valoración de la compatibilidad de los instrumentos aplicables con el artículo 8 del CEDH se orienta más al caso concreto. No puede olvidarse al respecto el contenido de los artículos 52.1 y 52.3 de la CDFUE. Así mientras que de un lado se establece el propósito de procurar, para aquellos derechos que reconocidos en la Carta coincidan con los protegidos en el CEDH, un sentido y alcance similar al que éste último texto les confiere (artículo 52.3) planteando la relación entre el CEDH y la CDFUE en términos sinérgicos; de otro lado, previamente en el artículo 52.1, precepto referido al alcance de los derechos garantizados en la Carta, se establece que «(..) Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a las necesidades de protección de los derechos y libertades de los demás».

Los objetivos reconocidos por la Unión están predeterminados bien con carácter más general en el Tratado de la Unión Europea (TUE) o bien en otros preceptos donde se detallan objetivos y límites más concretos⁴⁹; a efectos de nuestro trabajo destaca, como objetivo de carácter general, el artículo 3 apartado 2 del TUE donde se proclama el establecimiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como objetivo propio de la Unión Europea. Con el planteamiento anterior, ¿supone que se ha de dar prioridad al establecimiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (presidido por libre circulación de las decisiones) aunque ello conlleve una disminución de las garantías de los derechos? No parece discutible que el TJ en su decisión del asunto de 22.12.2010, as. (C-491/10 PPU) ha priorizado la libertad de circulación de decisiones garantizando la efectividad del principio de reconocimiento mutuo de las decisiones en materia civil, configurado como objetivo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia conforme al artículo 67.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

A la vista de todo lo expuesto será interesante comprobar en un futuro si el TJ, ante un supuesto de sustracción en el que se argumente la vulneración del artículo 7 de la CEDF por la medida de restitución del menor adoptada en aplicación del R. 2201/2003, tendrá en cuenta o no la interpretación que a través de su jurisprudencia ha hecho el TEDH para estos casos sobre el mismo derecho recogido en el artículo 8 del CEDH; y ello a pesar del límite que parece suponer, para el alcance y sentido de los derechos fundamentales que coinciden en el CEDH y en la CEDF, el respeto a los objetivos de la Unión (artículo 52.1 y 52.3 de la CDFUE).

III. ORDEN DE NO RESTITUCIÓN. SUPUESTOS DE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CEDH

Cuando las autoridades del Estado al que el menor fue trasladado no orde-

49. Sobre el alcance de este importante precepto y su concreción, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, MANGAS A. (Dir.), GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.), Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 827 ss.

nan, tras la constatación de que el desplazamiento del menor fue ilícito, su restitución al Estado de la residencia habitual supone que alguna de las excepciones recogidas en el CLH de 1980 ha sido acogida. La función del TEDH será entonces verificar que la interpretación y aplicación por las autoridades nacionales de dicha excepción respeta el contenido del artículo 8 del CEDH.

El TEDH se ha pronunciado en el as. *Ilker Ensar Uyanink vs. Turquie*, de 3.5.2012. En esta decisión el TEDH sentencia que la orden de no retorno a los EEUU adoptada por las autoridades nacionales (turcas) al aplicar el CLH de 1980 vulnera el derecho a la vida privada y familiar del solicitante protegido por el artículo 8 del CEDH. En este supuesto se trataba de un matrimonio que residía en los EEUU y allí tuvieron una niña en febrero de 2006. Se marcharon a Turquía de vacaciones en agosto de 2007 donde la madre abandona al padre y decide no volver ni ella ni la niña a los EEUU donde tenían su residencia habitual. El progenitor interpuso una demanda de devolución de la niña ante la autoridad estadounidense el 28 de noviembre de 2007. Los tribunales turcos, contra un informe del procurador de la República⁵⁰, ordenaron la permanencia del menor en Turquía en aplicación del artículo 13 (b) del CLH de 1980.

Entre los aspectos que son tenidos en cuenta por el TEDH en la actuación de las autoridades nacionales destaca la inadecuada interpretación que a juicio del Tribunal de Estrasburgo hace la autoridad nacional de la excepción del artículo 13 (b) del CLH de 1980. Conforme al TEDH los argumentos de las autoridades nacionales no son suficientes para justificar el uso de la excepción (principalmente las autoridades nacionales se basan en la edad del menor así como en la necesidad de cuidados por parte de la progenitora); el TEDH determina que las autoridades nacionales no están exentas de hacer una valoración completa de la situación y que la falta de valoración de la misma conlleva la vulneración del derecho a la vida privada y familiar dado que ni la corta edad del menor ni la necesidad del cuidado del menor por la progenitora son argumentos suficientes para adoptar una orden de no restitución.

La STEDH as. *Karoussiotis vs. Portugal*, de 1.2.2011, resuelve un supuesto de sustracción de menores entre países de la UE, condenando a las autoridades portuguesas por la vulneración del artículo 8 del CEDH. Los datos del asunto brevemente son los siguientes: una nacional alemana y un nacional portugués residen en Alemania. Allí tienen un hijo. El progenitor encausado por un delito de tráfico de estupefacientes es expulsado de Alemania. El menor, acompañado de un familiar, viaja a Portugal a visitar a su padre; transcurrido el tiempo la madre viaja a Portugal a recoger al menor pero ante la negativa del padre a entregárselo vuelve a Alemania donde insta un procedimiento para el retorno del menor en aplicación del CLH de 1980. Trasladado el asunto ante las autoridades competentes portuguesas el Tribunal de Braga decide ordenar la no devolución del menor a Alemania dado que, conforme al R. 2201/2003 y el CLH de 1980, no califica el desplazamiento de ilícito. Finalmente y ante el recurso

50. Apartado 19.

presentado por la progenitora el Tribunal de Apelación portugués resuelve que el desplazamiento del menor a Portugal es ilícito pero en aplicación del artículo 13 (b) del CLH de 1980 el retorno del menor le pondría en una situación intolerable y deniega su devolución.

Aunque el Tribunal portugués ordenó la no restitución del menor a Alemania, motivo por el que lo incluimos en el este apartado, hay que observar que la condena a las autoridades portuguesas se produce por la dilación en la resolución del asunto⁵¹. La rapidez en la adopción de las medidas pertinentes se valora a la hora de garantizar el respeto al derecho contenido en el artículo 8 del CEDH. La duración del proceso de restitución ante las autoridades portuguesas (3 años y 10 meses) vulneró el CEDH y contraviene lo establecido en el R. 2201/2003 y en el CLH de 1980. En consecuencia, el TEDH entiende que el respeto de la vida familiar de la progenitora no se ha visto suficientemente garantizado tal y como requiere el artículo 8 del CEDH y ello porque no se ha dado cumplimiento al mandato de rapidez recogido tanto en el CLH de 1980 como en el R. 2201/2003.

IV. CONCLUSIONES

Se ha discutido mucho en diferentes foros sobre las posibles disfunciones y los modos de coordinación entre el Tribunal de Estrasburgo y de Luxemburgo en materia de protección de los derechos fundamentales. Los casos de sustracción internacional de menores con el aumento de pronunciamientos de los dos Tribunales se vislumbran como un buen banco de pruebas.

Las decisiones de las autoridades nacionales sobre sustracción internacional de menores son cada vez en mayor número objeto de cuestionamiento ante el TEDH. La interpretación y aplicación por las autoridades nacionales de los instrumentos jurídicos que resuelven los asuntos están bajo el control del Tribunal de Estrasburgo dado que se trata de una materia que se integra dentro del derecho a la vida privada y familiar. Pero también el Tribunal de Luxemburgo es el encargado de garantizar que la aplicación de las previsiones de la UE sobre la misma materia se produce con el respeto a los derechos reconocidos en la CEDF. Con este planteamiento, y en los supuestos concretos de sustracción en la UE, la evolución de la jurisprudencia del TEDH cada vez más inclinado a vigilar el cumplimiento de los derechos fundamentales establecidos en el CEDH por las autoridades nacionales al dar ejecución al Derecho de la UE, abre nuevos retos de coordinación con el TJ.

Un primer grupo de decisiones del TEDH han contribuido a la efectividad de las obligaciones que se derivan de la letra del CLH de 1980. Han sido casos en los que la inejecución de órdenes de restitución por la inactividad de las autoridades nacionales vulneró el artículo 8 del CEDH.

Un segundo grupo de decisiones del TEDH suponen una novedad impor-

51. Nos remitimos a las reflexiones que han sido hechas en la letra A) del epígrafe II.

tante. El CLH de 1980 establece un mecanismo casi ajeno a las consideraciones y pormenores del caso concreto, aunque en su articulado se prevén no sólo excepciones al retorno (art. 12 y art. 13) sino también una cláusula de orden público (art. 20). La idea clave es la restitución del menor a su entorno identificando esta decisión con el interés del menor. Sin embargo, el TEDH se inclina por excluir la aplicación de la regulación de los supuestos de sustracción de menores de forma mecánica. En este grupo se incluyen decisiones de las autoridades nacionales en aplicación del CLH de 1980 pero también del R. 2201/2003. Esto último conlleva que el TEDH adopta un razonamiento por el que modifica la idea del retorno automático del menor (CLH de 1980) o de que la última palabra la tienen siempre las autoridades del Estado de la residencia del menor antes del traslado (R. 2201/2003). En efecto el TEDH sostiene la necesidad de que los instrumentos jurídicos que resuelven el asunto no se apliquen de forma abstracta que llevaría a una restitución inmediata sino que la resolución se proyecte al supuesto concreto. Ahora bien, es cierto que en el pronunciamiento sobre el asunto *M.R y M.L vs. Estonia*, de 15 de mayo de 2012 el TEDH rectifica su orientación, aunque por el momento se trata de una decisión aislada y en la que el TEDH decidió no admitir la petición del solicitante; en consecuencia tendrán que seguirse pronunciamientos futuros.

Sin duda las autoridades nacionales deben de tomar buena nota de esta jurisprudencia. Su situación, como se ha apreciado a lo largo del trabajo, puede ser delicada ante el cumplimiento de decisiones que provienen de diferentes tribunales y cuyo contenido es inconciliable.