



1

# La jurisprudencia del TEDH sobre el interés superior del niño: la custodia y los derechos de visita como casos de estudio

Susana SANZ CABALLERO

Catedrática de DIP de la CEU UCH

Cátedra Jean Monnet de la UE

Miembro del Institut International des Droits de l'Homme

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE SU INTERÉS SUPERIOR ANTE EL TEDH. 2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CASO DE MALA RELACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES. 3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CASO DE RECHAZO DEL NIÑO A TENER CONTACTO CON UN PROGENITOR. 4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA POSIBILIDAD DE PROCURAR AL MENOR UN AMBIENTE MEJOR. 5. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA SEGURIDAD DEL MENOR. 6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL. 7. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE SU INTERÉS SUPERIOR ANTE EL TEDH

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tiene como función la aplicación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y de sus protocolos adicionales. Este convenio no cuenta con artículos específicos sobre la protección del niño y las pocas veces que menciona a los niños es en relación con el internamiento de menores en conflicto con la ley<sup>1</sup> y cuando habla de la posibilidad de restringir el acceso a la sala de audiencias en aquellos procesos judiciales que afecten

1. Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad:
1. «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: [...]



a menores<sup>2</sup>. Sin embargo, el art. 1 CEDH indica que toda persona sometida a la jurisdicción de un Estado parte goza de los derechos del CEDH y, por tanto, los niños también porque obviamente son personas<sup>3</sup>. Y son cada vez más los casos que se presentan ante el TEDH que afectan a niños. Sin embargo, en pocos de ellos el demandante es el niño, a menos que la demanda sea presentada a la vez por la madre y el niño conjuntamente, o por el padre y el niño, o los abuelos y el niño, es decir, por un adulto y el niño, normalmente un familiar suyo. Esto es así porque normalmente el niño ni es consciente de sus derechos ni mucho menos de los mecanismos legales internacionales que pueda tener para hacerlos valer, por lo que pocas veces es él quien demanda y quien aparece como víctima o, al menos, como única víctima ante el TEDH. Para demandar haría falta que un adulto le representara y presentara la demanda en su nombre en el Tribunal de Estrasburgo, esto es, que un adulto tomara interés en esa causa porque considerase que algún Estado parte del CEDH ha violado los derechos de ese niño, y haría falta que le asesorara y le ayudara a presentar la demanda. Por tanto, en la mayoría de los casos llegados al TEDH sobre protección de niños (con la excepción quizá de asuntos sobre malos tratos, abusos contra niños o los que afectan a menores no acompañados), en realidad sobre lo que se discute es sobre los derechos de un adulto que se siente víctima de alguna violación del CEDH pero en el que un niño también está afectado, por ejemplo porque ese adulto considere que se han violado sus derechos parentales, sus derechos de visita, o su intención de adoptar, su derecho a una vida familiar, etc.

Sin embargo, el TEDH, cada vez con mayor asiduidad, utiliza esos casos para, más o menos indirectamente, ir elaborando una concepción o teoría

- 
- d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente» [...].
2. Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo: 1. «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. [...]».
  3. Artículo 1. Obligación de respetar los derechos humanos: «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio».

propia sobre los derechos del niño, sobre la prioridad de su bienestar, sobre la necesidad de tener en cuenta su interés superior<sup>4</sup>. No siempre fue así, porque hay muchas sentencias, entre ellas las más antiguas en el haber del Tribunal (aunque a veces también ocurre con algunas recientes) en las que el TEDH se centra en contestar justo a lo que le han preguntado y pasa de puntillas o incluso ignora el análisis de cómo esa situación sobre la que se le ha cuestionado afecta a los niños involucrados, si no se le ha preguntado sobre ellos. Y dado que los asuntos ante el TEDH son presentados mayoritariamente por mayores de edad, el caso será estudiado desde la perspectiva de los derechos de ese adulto.

Un litigio en el que se demostró que a veces para el TEDH el interés superior del niño ha sido secundario para la resolución del caso si quien demandaba era un adulto y éste no invocó el argumento del interés superior del niño, fue el asunto X y OTROS / AUSTRIA asunto en el que se le preguntó al TEDH si no era discriminatoria la normativa austriaca que prohíbe a los homosexuales adoptar al hijo de su pareja cuando, sin embargo, si la pareja era heterosexual, la ley sí permitía dicha adopción<sup>5</sup>. En su análisis, el TEDH

4. Sobre el concepto del interés superior del niño, véase: CARDONA LLORENS, J.: «El interés superior del niño: balance y perspectivas del concepto en el 25.º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño», en *Revista española de desarrollo y cooperación*, 2014, pp. 21ss; SARDEGNA, P.C.: «Recepción del principio del interés superior del niño en el ámbito internacional», en *Cognitio Juris: Revista Jurídica*, 2012, vol. 6; CORTESE, M.: «What courts should consider when determining the children's best interest?», en *Child Law Practice*, 2015, vol. 34, pp. 142ss; FREEMAN, M.: «The best interests of the child? Is the best interests of the child in the best interests of children?», en *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, vol. 11, pp. 360ss; EEKELAAR, J.: «The Role of the Best Interests Principle in Decisions Affecting Children and Haut», en *International Journal of Children's Rights*, 2015, vol. 23, n. 1, pp. 3ss; EEKELAAR, J.: «The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determination», en *International Journal of Law and the Family*, 1994, vol. 8, pp. 42ss; POBJOY, J. M.: «The best interests of the child principle as an independent source of protection», en *International Comparative Law Quarterly*, 2015, vol. 64, n. 2, pp. 327ss; PARKER, S.: «The best interests of the child - principles and problems», en *International Journal of Law and the Family*, 1994, vol. 8, pp. 26ss; VAN DER LINDE, K.: «The best interests of the child: lessons from the first decade of the new millennium», en *J. S. Afr. L.*, 2011, pp. 126ss; SMYTH, C.: «The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court's Use of the Principle?», en *European Journal of Migration and Law*, 2015, vol.17, pp. 70-103ss; ZERMATTEN, J.: «The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function», en *International Journal of Children's Rights*, 2014, vol. 18, pp. 499ss; MOYO, A.: «Reconceptualising the "paramountcy principle": Beyond the individualistic construction of the best interests of the child», en *Afr. Hum. Rts. L.J.*, vol. 12, pp. 142ss.
5. STEDH, X y OTROS/AUSTRIA n. 19010 de 19 de febrero de 2013. Véase: STANYT, D.: «Whether a person can be discriminated in adoption because of sexual orientation?», en *International Journal of Baltic Law*, 2007, vol. 3, n.3, pp. 20ss. TROFAIER-LESKOVAR, V.: «The best Interests of the Child A General View of the legal Situation and

hace toda una digresión jurídica sobre la discriminación por razón de orientación sexual y acaba dando la razón a la pareja, en este caso de lesbianas, alegando que no se ha demostrado que vaya contra el interés superior del niño el crecer en una familia con progenitores homosexuales. No se entra a valorar aquí si es un interés legítimo la defensa de la familia tradicional, como alegaba el Estado austriaco, sino un detalle que afecta a este asunto y que no es otro que el niño no es huérfano de ninguno de sus progenitores. Sin embargo, el TEDH en este litigio parece olvidar que el niño –que cuando empezó el procedimiento contaba con 11 años– tiene padre, un varón que le quiere, que también se ocupa de él y lo visita, un padre con el que el niño mantiene una excelente relación, y que por tanto no hay necesidad de adopción, ni homosexual ni heterosexual, porque el niño tiene un padre y una madre, no es huérfano de padre.

En este caso, el TEDH no tiene realmente en cuenta el interés superior del niño, aunque lo mencione en su fallo. Solo dice que no va en contra del interés superior del niño la adopción homosexual, pero esa es una frase genérica que no tiene en cuenta las circunstancias concretas que afectaban al asunto de autos; se trata de una máxima sobre el interés superior del niño en general pero no sobre el interés superior específico de este niño austriaco en concreto, porque éste es un asunto en el que, posiblemente, vaya en contra del interés superior del niño el que, o bien el menor pueda llegar a tener tres progenitores, o bien, pierda el vínculo legal con su padre biológico.

Esto lleva al planteamiento sobre dónde reside realmente el interés superior del niño. Si la madre convive con su pareja y hay lazos familiares *de facto* entre ellas dos y el hijo de una de ellas, ¿el interés superior del niño es que esa relación sea reconocida legalmente hasta el punto de desplazar en sus derechos al padre biológico? ¿Reconocer una adopción en contra de la voluntad del padre biológico y rompiendo la relación entre padre e hijo va en favor del interés superior del niño? ¿O el interés superior del niño será mantener el vínculo con su padre? Con su solución, ¿el TEDH favoreció el interés superior del niño o más bien el interés de algunos de los adultos

---

the constitutional Case-Law in Austria», en *Vienna J. on Int'l Const. L.*, 2015, vol. 9, pp. 272ss; DIFONZO, J. H. & Stern, R. C.: «Breaking the Mold and Picking up the Pieces: Rights of Parenthood and Parentage in Nontraditional Families», en *Fam. Ct. Rev.*, 2013, vol. 51, pp. 104ss; ALVES DA FARIA, G.: «Family ties that bind: same-sex, same best interests. An analysis of the European Court of Human Rights' approach to the best interests of the child in gay parenting cases (Introduction)», 2013, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2431080> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2431080>

envueltos en el caso?<sup>6</sup> En todo caso, como en la demanda no se le preguntó al TEDH sobre el interés superior del niño afectado sino sólo sobre el derecho de adopción por parte de una persona homosexual, el TEDH se limitó a contestar a esto último.

Así pues, el TEDH es muy minimalista en su actuación y suele centrarse en contestar a lo que le han preguntado, no suele hacer grandes digresiones teóricas ni suele tener en cuenta argumentos que no le han sido planteados. El TEDH, a diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suele mantener una posición muy comedida y solo contesta escuetamente, no va más allá, no aplica la regla *ultra petita*. De manera que si en un caso no se le pregunta por el interés superior del niño, lo normal es que no lo saque a colación *motu proprio*. Y dado que, como se ha indicado, la mayoría de asuntos que llegan al TEDH son presentados por adultos y no por niños, el caso será estudiado desde la perspectiva de los derechos de ese adulto, más que desde la de los niños que estén afectados por el caso, de manera tal que esos adultos esgrimirán y alegarán habitualmente más sus derechos que los derechos del niño o el propio interés superior de ese niño.

Sin embargo, últimamente en asuntos que impliquen a niños, está empezando a mostrar mayor sensibilidad y a elaborar algo más sobre la protección de los niños y sobre su interés superior<sup>7</sup>. En esos casos, cada vez más a menudo, el TEDH se apoya para construir sus argumentos jurídicos no solo en el CEDH sino también en otros instrumentos internacionales relevantes, como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y, si son aplicables, también el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 o el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 1996. En estos asuntos el TEDH intenta llegar a una interpretación armoniosa entre el CEDH y esos otros tratados internacionales aunque siempre teniendo claro que su función y su razón de ser es la aplicación del CEDH.

Por tanto, pese a todo, el TEDH ha tenido la oportunidad de ir creando últimamente una interesante jurisprudencia sobre la protección de la

6. Véase la opinión parcialmente disidente a esta sentencia del TEDH de los jueces Casadevall, Ziemele, Kovler, Joçiené, Sikuta, de Gaetano y Sicilianos, que en nuestra opinión estuvieron mucho más acertados que la mayoría de la Gran Sala, especialmente el párrafo 8.
7. Algo que corrobora ORR, F.: «Do children require special protection under international human rights law?», en *King's Student L. Rev.*, 2014, vol. 43, n. 5, pp. 43ss., p. 49.

infancia<sup>8</sup>, que sobre todo se refiere al reconocimiento de lazos familiares, es decir, una jurisprudencia en la que el artículo del CEDH invocado ha sido habitualmente el artículo 8 CEDH, relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar. Aunque también hay casos en los que se ha invocado en lugar del art. 8<sup>9</sup> o junto a él, el derecho de propiedad (art. 1 Protocolo 1), el art. 3 (derecho a la integridad física), el art. 6 (derecho a un juicio justo y garantías del proceso), el art. 9 sobre la libertad religiosa, el art. 5 sobre el derecho a la libertad y a no ser detenido arbitrariamente o el 14 sobre la no discriminación. En ocasiones, también se ha invocado el art. 2 del Protocolo 1 sobre el derecho a la educación.

De las casi 3000 sentencias en las que se menciona la palabra «niño», en unos 700 casos, además de referirse a la protección de los niños, la sentencia también menciona explícitamente el «interés superior del niño», lo cual no equivale a decir en absoluto que el TEDH haya usado o elaborado profusamente en todas ellas sobre dicho concepto, simplemente quiere decir que aparece mencionado, a veces por el demandante, a veces en la parte de la sentencia en la que el TEDH reproduce la legislación y práctica nacional e internacional relevante, pero a veces incluso en el razonamiento jurídico del propio Tribunal, siendo estas últimas sentencias las que obviamente resultan más relevantes para este estudio. Cuando el TEDH alude al interés superior del niño en su argumentación jurídica en la mayoría de ocasiones no trata de definirlo ni de determinarlo, porque no es esa su función. Simplemente comprobará si el Estado demandado, en las decisiones que tomó, respetó el artículo del CEDH objeto de disputa y si dichas decisiones entraban dentro del margen de apreciación del Estado incluso en su manera de aplicar el interés superior del niño. En un menor número de casos el TEDH ha entrado a estudiar y analizar si realmente el Estado demandado evaluó y determinó correctamente el interés superior del niño e incluso en alguna ocasión el TEDH ha hecho referencia al trabajo del Comité de los Derechos del Niño y/o a Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. En algunas pocas de las más recientes se ha referido a la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño<sup>10</sup>

8. KILKELLY, U.: «Effective Protection of Children's Rights in Family Cases: An International Approach», en *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 2002, vol. 12, pp. 335ss.
9. GOMIEN, D.: «State powers and the best interests of the child under article eight of the European Convention on Human Rights», en *Neth. Q. Hum. Rts*, 1989, pp. 435ss.
10. Observación General n. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/c/GC/14 de 29 de mayo de 2013.

como instrumento interpretativo del interés superior del niño<sup>11</sup>, pero no ha hecho esto en todas ellas. De hecho, llama la atención cómo en algún caso posterior a la emisión de la Observación General 14, el TEDH ha mencionado en su fallo otras observaciones generales de dicho Comité pero no la 14, pese a que el interés superior del niño fuera invocado y utilizado como argumento en la sentencia<sup>12</sup>.

El TEDH siempre indica que su rol no es sustituir a las autoridades nacionales, y que estas cuentan con un amplio margen de apreciación para tomar sus decisiones dado que están en contacto directo con las partes afectadas<sup>13</sup>. Como las autoridades nacionales conocen mejor la situación concreta en su territorio, la función del TEDH no es remplazar al Estado regulando la disputa entre las personas afectadas por el litigio. Por el contrario, su función es revisar si las decisiones tomadas en cada caso por las autoridades nacionales entraban dentro de su margen de apreciación de acuerdo con lo que establece el CEDH o si se extralimitaron en el mismo. En otras palabras, lo que hace el TEDH es comprobar si las razones aportadas por el Estado para sustentar su decisión eran suficientes y estaban justificadas, si tuvieron en cuenta los intereses en liza y los ponderaron, incluido por supuesto el interés superior del niño, que ha de tener una consideración primordial. Porque dentro de ese margen de apreciación del Estado, hay que dar un peso fundamental al interés superior del niño<sup>14</sup>.

Hechas estas apreciaciones, que resultan importantes para entender el proceder del TEDH a la hora de tratar y aplicar el interés superior del niño, conviene indicar que el TEDH ha tenido la ocasión de ocuparse de la protección de los niños en todo tipo de ámbitos y materias tales como inmigración, expulsión, menores no acompañados, malos tratos, abandono, niños en conflicto con la ley, víctimas de delitos, propiedad, herencia, salud, custodia y responsabilidad parental, derechos de visita, adopción,

11. Entre éstas: STEDH NAZARENKO/RUSIA n. 39438/13 de 16 de Julio de 2015; STEDH G.S./GEORGIA n. 2361/13 de 21 de Julio de 2015; STEDH N. TS. Y OTROS/GEORGIA, n. 717776/12 de 2 de Febrero de 2016; STEDH VUJICA/CROACIA n. 56163/12 de 8 de Octubre de 2016.
12. STEDH M. Y M./CROACIA n. 10161/13 de 3 de Septiembre de 2015, en la que se citan la Observación General n. 8 sobre el derecho del niño a ser protegido contra los castigos físicos y otras formas de castigo crueles o degradantes de 2006 y la n. 12 sobre el derecho del niño a ser oído.
13. SAWYER, C.: «“One step forward, two steps back” - the European Convention on the Exercise of Children's Rights», en *Child & Fam. L. Q.*, 1999, vol. 11, pp. 151ss.
14. HEY, E. y KESSEJIAN, C.: «Judgment of the First Chamber of the ECtHR in the case *Ignaccolo-Zenide v. Romania* (request no. 31679/96, January 25, 2000)», en *International Law FORUM du droit international*, 2000, n. 2, pp. 71-72, p. 71.

sustracción, educación... En todos esos campos siempre se encuentra alguna sentencia en la que el TEDH profundiza de un modo más especial en la cuestión del respeto y la consideración del interés superior del niño. En muchas de ellas, el TEDH reitera y reproduce algunas fórmulas de su jurisprudencia previa que se antojan ya como el núcleo duro de la línea argumental en materia de protección de la infancia. Estas frases, de tan repetidas en las sentencias del TEDH, parecen una letanía que condensa el sentir del Tribunal, una suerte de mantra que no por repetido, deja de ser fundamental, y que constituye el germen de la teoría que empieza a elaborar Estrasburgo en materia de infancia. Entre ellas: 1) en los asuntos sobre niños el interés superior del niño siempre será una consideración primordial; 2) aunque el disfrute de la compañía mutua entre padres e hijos es un elemento fundamental de la vida familiar, a veces el interés superior del niño aconseja la separación, sobre todo cuando está en juego la seguridad del menor; 3) en caso de conflicto, a menudo el interés del niño tiene preferencia sobre otros, incluidos los de los padres; 4) aunque en casos de separación lo normal es que las autoridades faciliten el contacto entre padres e hijos, este derecho no es absoluto y depende de las circunstancias de cada caso; 5) llevar a cabo la reunión de padres e hijos por la fuerza suele ir en contra del interés superior del niño y debe limitarse; 6) y el paso de tiempo tiene consecuencias irremediables en casos que afectan a niños que no cohabitan con sus padres o con uno de sus padres. De hecho, esto último, los efectos inexorables del paso del tiempo, es un tema recurrente en la jurisprudencia del TEDH que afecta a infancia porque los niños crecen pronto y las situaciones se consolidan. En varias ocasiones el Tribunal incluso ha distinguido entre lo que considera como el interés superior del niño a corto plazo y el interés superior del niño a largo plazo, que pueden no coincidir.

En cualquier ámbito o temática, por tanto, siempre es posible encontrar alguna sentencia del TEDH en la que el Tribunal elabore de modo más profundo sobre el interés superior del niño. Y muchas veces no es en el texto principal de la sentencia sino en las opiniones separadas (bien sean concordantes o disidentes con las de la mayoría) donde se desarrolla de modo más completo el concepto. Dicho esto, y dado que existen miles de sentencias en las que el TEDH ha tenido que ocuparse de casos con niños, para poder realizar un trabajo científico con cierta coherencia y lógica, es necesario optar por alguna materia concreta. Así, este trabajo se centrará en la jurisprudencia del TEDH en relación a la atribución de la custodia y los derechos de visita, puesto que es el ámbito en el que más jurisprudencia ha emitido

el TEDH que afecte a niños<sup>15</sup>. Nuestro objetivo será ver cómo el TEDH elabora sobre el interés superior del niño en esa jurisprudencia, con el fin de comprobar si usa siempre los mismos criterios, si es coherente con sus fallos previos e, incluso, si la emisión de la Observación General 14 ha inspirado al TEDH una jurisprudencia más enfocada o más garantista respecto al interés superior del niño en casos de custodia y de derechos de visita.

Una vez acotado el tema de estudio, se ha procedido a estudiar las sentencias sobre custodia y derechos de visita más recientes, las cuales han sido clasificadas según cinco criterios: aquellas en las que hay mala relación entre los progenitores, aquellas en las que el hijo no quiere contacto con uno de los progenitores, aquellas en las que se separa al niño so pretexto de procurar al niño un ambiente mejor, aquellas en las que está en riesgo la seguridad del niño y las relativas a la sustracción internacional de niños.

## 2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CASO DE MALA RELACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES

En la jurisprudencia del TEDH sobre custodia, existe una importante saga de casos cuyo origen es la mala relación que existe entre los padres, uno de los cuales tiene atribuida legalmente la custodia de los hijos (normalmente la madre) y quien, por distintas razones, no accede a que el otro progenitor disfrute de derechos de visita o simplemente no respeta los derechos de visita que tiene ya otorgados el padre. No se puede hacer generalizaciones sobre cuál debe ser la solución en estos asuntos, porque aunque el TEDH mantiene como principio general que el disfrute de la compañía mutua entre padre e hijo es un elemento fundamental del derecho a la vida familiar, también reconoce que este no es un derecho absoluto y que puede decaer, entre otros motivos, si ello va en contra del interés superior del niño.

Dentro de estos casos, parece que el TEDH acepta que pueda hacerse una distinción de trato entre padres divorciados, que en principio sí tendrán derecho a esos derechos de visita, o padres solteros, entre los cuales esto no es tan evidente, al menos en algunos Estados europeos. En concreto, hay un grupo de casos sobre custodia que se refiere a padres biológicos, que nunca han convivido con la madre, y que quieren obtener bien derechos de

15. ELROD, L. D. & DALE, M. D.: «Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: The Interests of Children in the Balance», en *Fam. L.Q.*, 2009, vol. 381, pp. 381ss; BATT, J.: «Child Custody Disputes and the Beyond the Best Interests Paradigm: A Contemporary Assessment of the Goldstein/Freud/Solnit Position and the Group's *Painter v. Bannister* Jurisprudence», en *Nova L. Rev.*, 1992, vol. 16, pp. 622ss.

custodia, bien derechos de visita pero en los que las madres, con las que el niño convive, se los niega. La casuística puede ser un poco diferente, pero en general muchos Estados otorgan derecho de visitas a los padres divorciados y esto no es tan evidente con padres solteros. Los Estados a menudo justifican la diferencia en que entre los padres solteros abundan los que no quieren saber nada del niño pero la diferencia de trato obviamente existe y a veces el padre soltero no sólo ha alegado violación del derecho a la vida familiar sino también del derecho a no ser discriminado respecto a padres divorciados.

Sobre los derechos del padre biológico que no está casado con la madre, hay dos casos paradigmáticos contra Alemania con antecedentes de hecho muy similares pero con resultados totalmente diferentes y en los que se hace alusión al interés superior del niño. Son dos casos sobre niños adulterinos. En ambos casos una madre casada y con hijos tiene una aventura extraconyugal de la que queda embarazada. En ambos casos el padre legal del nuevo niño es el marido, que conoce la situación y la acepta aunque sabe que no es el padre biológico. En ambos casos el padre biológico quiere tener derecho de visitas. En ambos casos la legislación alemana se los deniega porque es muy estricta y deja decidir a los padres legales las personas que tendrán acceso al niño. Conviene añadir que en la legislación alemana el interés de los padres legales a que no se produzcan perturbaciones durante la infancia y la crianza de los hijos tiene preferencia sobre el interés del padre biológico.

Sin embargo, en uno de los casos el TEDH no encontró violación del CEDH y en el otro, sí. La única gran diferencia en los antecedentes de ambos casos era que en el segundo caso el padre biológico era africano y, como dice el informe psicológico que se aportó al caso en el órgano jurisdiccional interno, los niños –porque son gemelos– van a ver que tienen un color de piel diferente al de sus compañeros de clase y van a preguntar por sus orígenes, y tienen derecho a conocer sus raíces. En este caso, quizá la decisión del TEDH ponderó el interés superior del niño y se hizo a favor del mismo, puesto que en el primer caso (aquel en el que el TEDH no encontró violación del CEDH por el hecho de que los padres legales impidieran el acceso al niño por parte del padre biológico) el niño no tiene por qué hacerse preguntas sobre su origen (ya que tiene el mismo color de piel que su madre, su padre legal y sus hermanos) y en el otro caso, sí, puesto que su pigmentación los diferenciará del resto de su familia y compañeros de clase<sup>16</sup>.

16. Son los casos AHRENS/ALEMANIA n. 45071/09 de 22 de Marzo de 2012 y ANAYO/ALEMANIA n. 20578/07 de 21 de Diciembre de 2010.

El TEDH también considera que el problema para identificar y aplicar el interés superior del niño está en íntima relación con las disputas no resueltas que puedan existir entre los padres y con el paso del tiempo, que perjudica a la hora de establecer una relación madura en beneficio y en interés del niño. En TRDAN Y C./ESLOVENIA n. 28708/06 de 7 de diciembre de 2011, nos encontramos ante otro padre soltero pero esta vez la madre no está casada con otro. En este asunto hay mucha demanda cruzada entre ambos progenitores, hay peticiones de custodia individuales por parte de ambos y el TEDH alerta sobre el peligro del paso del tiempo para las relaciones padre/hijo. Sin embargo, el TEDH repite que no es quién para sustituir a las autoridades nacionales en la regulación de la custodia aunque añade que es importante la manera en que se implementen las medidas de acceso al niño, postulando que es mejor que no se usen medidas coercitivas para aplicar las medidas decididas por los autoridades cuando hay niños involucrados pero que éstas tampoco son descartables.

En el caso HOPPE/ALEMANIA n. 28422/95 de 5 de Diciembre de 2002 se intuye la idea de que el interés superior del niño es simplemente que los padres no peleen y se lleven bien. Sin embargo, en él se plantea la problemática cuando el menor afectado es tan pequeño que no se puede recabar su opinión. Se trata de dos padres divorciados. El padre quiere un cambio en el régimen de custodia –la quiere compartida– y quiere también visitas más frecuentes. Los padres se llevan mal y los informes psicológicos dicen que en esas circunstancias ni es posible la custodia compartida ni ampliar el régimen de visitas, algo que ratifica el TEDH porque no encuentra que Alemania haya violado los derechos del padre. El fallo se refiere algo al interés superior del niño dando a entender que las difíciles relaciones entre los padres no van a favor del interés superior del niño y que por ello las visitas producen stress al niño, que empezó el procedimiento siendo bebé y ahora tiene 3 años. El TEDH acepta que la limitación de las visitas iba en favor del interés superior del niño, que la autoridad parental debe ser fijada pensando en dicho principio, que la madre da un ambiente adecuado de cariño y educación al niño y que una custodia compartida si no hay cooperación entre los padres es contraproducente, porque el niño tendría que adaptarse a dos apartamentos, dos estilos de vida, dos estilos de educación, y que eso afectaría a su estabilidad. En este caso, la mala relación de los padres y la insistencia del padre en el reconocimiento de sus derechos en contra de los informes psicológicos sobre la salud mental del niño iban en contra del interés superior del niño.

Esta sentencia resulta además interesante porque el TEDH recuerda algunas de las máximas que se han acabado convirtiendo en el núcleo duro de su teoría sobre la protección de los niños en casos de custodia, y que reitera en su jurisprudencia posterior, a saber: el interés superior del niño es de crucial importancia en casos de custodia; las autoridades nacionales tienen el beneficio del contacto directo con los afectados; el TEDH no pretende sustituir a las autoridades nacionales en asuntos de custodia y visitas; el TEDH solo revisa si los Estados se han extralimitado en su margen de apreciación; debe alcanzarse un equilibrio entre los intereses del niño y los de los padres; dependiendo de la gravedad de la situación, el interés del niño tendrá preferencia sobre el de los padres; para un desarrollo armonioso, el niño debe tener contacto con los padres siempre que vaya en beneficio del menor; pero el objetivo no debe ser siempre que exista el contacto más amplio posible si el bienestar del niño requiere algo diferente.

En otro caso posterior sobre un niño de corta edad, sorprende la resignación con la que el TEDH aceptó que dadas las tensiones entre los padres, no violaba el CEDH denegar el derecho de visitas al padre por el riesgo de que dichas visitas pudieran poner en riesgo el desarrollo de la familia «residual» que forman madre e hijo<sup>17</sup>. En este asunto el TEDH acepta la tesis de que habría que demostrar que dichas visitas no solo no perjudican al niño, sino que le benefician. Resulta llamativo el sentido de la carga de la prueba, que además, es un agravio para los padres solteros. Parece más acertada la opinión de los jueces Pastor Ridruejo y Türmen, en su opinión separada, unos jueces que centran su análisis en el interés superior del niño e indican que lo que se debería haber hecho, y no se hizo, es preguntar al niño su opinión y que, si dada su tierna edad (de 3 a 5 años cuando tuvo lugar el proceso) esto no era posible, se debería haber recabado su opinión indirectamente a través de informe psicológico, en lugar de dar por hecho que la tensión entre los padres desaconsejaba dichas visitas. Porque lo cierto es que muchas veces se invoca el interés superior del niño pero a menudo las autoridades olvidan que este principio incluye el derecho a ser oído<sup>18</sup>. Quizá el interés superior del niño pasaba por obligar a los padres a ir a terapia, o que las

17. STEDH, SAHIN/ALEMANIA n. 30943 de 8 de Julio de 2003,

18. BOEZAART, T.: «*Listening to the Child's Objection*», en N.Z. L. Rev. 357 2013, pp. 357ss; KRAPPMANN, L.: «*The weight of the child's view (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child)*», en *International Journal of Children's Rights*, 2010, vol. 18, pp. 501ss; LUCKER-BABEL, M.-F.: «*The right of the child to express views and to be heard: An attempt to interpret Article 12 of the UN Convention on The Rights of the Child*», en *International Journal of Children's Rights*, 1995, vol. 3, pp. 391ss; BOSISIO, R.: «*Children's Right to Be Heard: What Children Think*», en *International Journal of Children's Rights*, 2012, vol. 20, pp. 141-154.

visitas fueran preparadas y monitorizadas por psicólogos, en lugar de dejar que sea el progenitor que ostenta la custodia quien tenga el control porque, en ese caso, a fuerza de tensionar el ambiente, conseguirá alejar definitivamente al niño de su padre. Estos dos jueces se plantean si va a favor del interés del niño el que éste quede totalmente distanciado de su padre por una posible actitud obstruccionista achacable a la madre.

### 3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CASO DE RECHAZO DEL NIÑO A TENER CONTACTO CON UN PROGENITOR

Hay casos sobre derechos de visita en los que lo que se plantea es qué hacer cuando es el niño quien no quiere ver al progenitor que no vive con él, normalmente el padre. El TEDH, en los casos en los que el niño rechaza al progenitor con el que no convive, trata de comprobar si las autoridades nacionales han respetado el interés superior del niño en las decisiones que han tomado sobre el derecho al respeto a la vida familiar. Para ello el Tribunal tendrá en cuenta factores tales como por ejemplo, si las autoridades hicieron todo lo posible para que las partes implicadas acudieran a terapia, o si han preparado las reuniones con el menor, o si han ofrecido tratamiento psicológico al niño que rechaza el contacto con el progenitor, o si han usado todos los medios a su alcance para que se lleven a efecto las reuniones programadas (sin descartar intervenciones con personal judicial o policial, aunque limitándolas al máximo), si han tomado las decisiones con diligencia, si han sancionado el comportamiento obstruccionista del padre que impide que los contactos tengan lugar, si han consultado al niño, su edad, su sexo, su grado de desarrollo y madurez, su experiencia vital, etc<sup>19</sup>.

En algunos de los casos esa actitud de rechazo del hijo puede deberse a la influencia del progenitor con el que vive, pero en otros, no. Uno de estos últimos casos es el caso SBÂRNEA/RUMANIA n. 2040/06 de 28 de noviembre de 2011, donde la negativa de la niña de ver a su padre comienza cuando éste se casa de nuevo y tiene otro hijo con su segunda esposa. El padre sospecha de que es la madre la que le influencia pero los servicios sociales y tribunales comprueban la buena voluntad de la madre. Ni el tribunal interno ni el TEDH dieron la razón al padre porque se pudo ver que la actitud del padre tampoco había contribuido a crear una buena relación padre-hija. Existían constantes demandas contra la madre, impago de la manutención de la hija, solicitud de sanciones penales contra la madre, uso

19. Véase STEDH ZDRAVKOVIC/SERBIA n. 28181/11 de 20 de Septiembre de 2016, caso en el que con quien convive el niño y quien dificulta los contactos es el padre.

de alguaciles para obligar a la hija a ir con él y amenazas a la niña. La niña tenía 9 años cuando empezó a negarse a ir con el padre, una edad a la que hay que oír la por fuerza como parte de su interés superior<sup>20</sup>. Sin embargo, el padre considera que su derecho constitucional a ver a su hija prima sobre los deseos de ésta. Según él, el interés superior de su hija consistía en no tener en cuenta la opinión de la menor porque la niña tenía que aprender que tenía responsabilidades.

Judicializar la relación paterno-filial y también la relación entre los ex cónyuges no es ir a favor del interés del niño, sobre todo cuando los psicólogos muestran que la tensión está afectando a la niña, que muestra ansiedad e inmadurez. La niña empieza a temer que su padre se la lleve a la fuerza. Y aunque el Tribunal reconoce que los deseos del niño no representan el único criterio para decidir sobre el mantenimiento de los vínculos entre un padre y un hijo, en este caso los respeta. El TEDH indica que la obligación de las autoridades nacionales de facilitar los contactos padre-hijo tras un divorcio no es absoluta y que a veces hace falta preparar dichos encuentros. Reconoce que una participación de los padres constructiva va a favor del interés del niño. El TEDH estudia aquí el interés del padre, de la madre, de la niña y el interés del estado de derecho, concluyendo que no se puede hacer culpable a una madre por no ser capaz de persuadir a la hija de ir con su padre o de tener una buena imagen del mismo. El TEDH estima que la insistencia del padre en mantener la demanda penal contra la madre no ha sido la mejor manera de crear un vínculo emocional con su hija.

Un caso en el que las opiniones separadas resultaron muy clarificadoras es el caso SOMMERFELD / ALEMANIA n. 31871/96 de 8 de Julio de 2003, sobre derechos de visita de un padre cuando la hija de 13 años no quiere ni oír hablar de él, no ha visto a su padre en los últimos 6 años y a quien considera como su padre verdadero es al marido de su madre. El TEDH, en su fallo, simplemente dice que vistos los informes psicológicos y la opinión de la niña tan hostil hacia el padre, y dada su edad ya madura para decidir lo que quiere, está claro que el interés de la menor es que no haya reunificación familiar de padre e hija porque el obligarle a verle puede afectar a su estabilidad emocional. También habla el TEDH de los efectos sobre los niños del inexorable paso del tiempo. Sin embargo, es en una opinión separada de los jueces Pastor y Türmen donde de nuevo se habla un poco más del interés superior del niño. En realidad, no mucho, solo un párrafo, pero

20. COLEY, M.: «Children's voices in access and custody decisions: The need to reconceptualize rights and effect transformative change», en *Appeal Rev. Current L. & L. Reform*, 2007, vol. 12, pp. 48ss.

en él estos dos jueces elaboran más que la Sala porque la Sala simplemente había dado por hecho que el interés de la menor era que padre e hija no se vieran, pero sin explicar razones. Sin embargo, estos jueces dicen que las razones dadas por los tribunales alemanes para justificar el rechazo del acceso, es decir, que la niña no quiere ver al padre, son convincentes y no son arbitrarias porque claramente forzar las visitas puede afectar a su equilibrio psicológico. Y aunque añaden que no es función del TEDH cuestionar los argumentos de los tribunales internos en relación con el interés superior del niño apostillan que salvo si esas argumentaciones son claramente arbitrarias o si dañan al niño o su desarrollo.

Algunos de estos casos también generan la duda sobre qué sentido tiene a veces preguntar su opinión a los niños sobre si quieren ver a su otro progenitor cuando aquél con el que conviven, les influencia, controla, manipula y les crea una imagen negativa del otro, hasta el punto de que el niño desarrolle aversión hacia él y le produzca ansiedad y temor el pensar en tener que verlo. ¿Está hablando el hijo cuando rechaza el contacto o está hablando el progenitor con el que convive?

#### **4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA POSIBILIDAD DE PROCURAR AL MENOR UN AMBIENTE MEJOR**

Hay una serie de casos sobre custodia en los que el TEDH también hace ver que el hecho de que un niño pudiera estar o vivir en un ambiente mejor no faculta a las autoridades para retirar la custodia a los padres. Si así fuera, llegaríamos a un totalitarismo en el que se podría separar a los hijos de los padres que no sean ricos, no vivan en una mansión, no le procuren un ambiente estimulante y no tengan tiempo de calidad que dedicar a su hijo.

En el caso KUTZNER/ALEMANIA n. 46544/99 de 26 de Febrero de 2002, a unos padres se les retira la custodia de sus hijas debido a su lento desarrollo mental, que parece que se deriva de que los padres tampoco tienen mucha capacidad intelectual y no las estimulan. Además, se dio a las niñas en acogida por separado, planteándose por tanto la cuestión de si realmente la solución fue mejor que el problema: ¿La solución de las autoridades fue en favor del interés superior del niño? ¿Se les preguntó a las niñas qué querían? El TEDH dice que en ese tipo de casos el Estado tiene la obligación positiva de buscar medidas alternativas menos intrusivas, como dar apoyo educativo a las niñas, o llevarlas a un internado –a lo que los padres no se oponían. Y sobre todo que había que haberles preguntado

a ellas. Curiosamente, en el caso el TEDH apenas cita de modo expreso el interés superior del niño.

Similar es el caso SAVINY/UCRANIA n. 39948/06 de 18 de Diciembre de 2008, sobre una pareja ciega y sus 7 hijos. Las autoridades asumen la tutela de algunos hijos en contra de la opinión de los padres por las condiciones de suciedad y miseria en las que viven. Pero el mero hecho de que el niño pueda vivir en un ambiente más beneficioso no justifica una retirada forzosa. Hay medidas menos radicales como prestar ayuda económica, el apoyo de los servicios sociales o la asistencia domiciliaria. Además, los niños no fueron escuchados. Y si las autoridades alegaban peligros, debían justificarlos, y si se les aparta de los padres debería ser de modo temporal, cosa que tampoco ocurrió, porque la separación fue definitiva. Lo llamativo de nuevo es que casi no se usa el argumento del interés superior del niño en la sentencia. Aunque el asunto claramente afecta al mismo, esta expresión se menciona solo dos veces. La sentencia condena al Estado por violar el derecho a la vida familiar de los padres, pero obviamente para dar esa solución el TEDH debió tener en cuenta el derecho al disfrute de la compañía de los padres que también tienen los niños.

De la misma manera, el TEDH ha considerado que retirar a unos padres con discapacidad la custodia de su hijo desde el momento del nacimiento y declarar al niño como disponible para adopción con la oposición de los padres y, además, sin derecho de visitas a menos que los padres adoptivos lo aprueben, son medidas que romperían totalmente los lazos entre padres biológicos e hijo y las raíces del menor. Estas medidas tan excepcionales sólo se justificarían si se demostrara que el contacto entre padres biológicos e hijo va en contra del interés del menor<sup>21</sup>.

Y recientemente, el TEDH condenó a Rusia por no revisar la decisión de retirar la custodia y los derechos de visita de un padre que tenía una ligera discapacidad mental alegando que mantenían la medida de alejamiento entre ambos para favorecer el interés superior del niño<sup>22</sup>. Sin embargo, los informes psicológicos y las evidencias demostraban que el padre quería a su hija, era capaz de cuidarla y que, con un cierto apoyo de los servicios sociales y cierta ayuda podía mantener y satisfacer las necesidades básicas de la menor. Sin embargo, se trata de un caso complejo porque el padre vive con la madre de la niña, que es esquizofrénica, y las autoridades rusas temen que pueda suponer un riesgo para la menor. Además, el padre tiene

21. STEDH P., C. y S. /REINO UNIDO, n. 56547/00 de 16 de julio de 2002.

22. STEDH KOCHEROV Y SERGEYEVA/RUSIA n. 16899/13 de 12 de septiembre de 2016.

un sueldo muy corto. El TEDH indica que, por un lado, no se han aportado evidencias médicas que demuestren que la enfermedad de la madre suponga un riesgo para la niña y, por otro, la falta de medios económicos no es un argumento suficiente para rechazar la custodia.

## 5. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA SEGURIDAD DEL MENOR

Capítulo aparte merecen los casos sobre derecho de visitas en los que lo que hay es miedo a que un progenitor pueda dañar al niño o al otro progenitor, porque ahí estamos hablando, si la amenaza es cierta, de riesgo para la seguridad de las personas. Obviamente la situación es diferente si realmente hay riesgo para el niño. El caso K. y T./FINLANDIA n. 25702/94 de 12 de Julio de 2001 va en esta línea. Se trata de un asunto dramático porque al niño lo separan de la madre, que es agresiva y tiene graves trastornos mentales, justo después del parto y sin avisarla ni prepararla, para evitar que se fugue llevándose al recién nacido. Posteriormente no se le garantiza derecho de visitas.

El TEDH da una de cal y otra de arena: por un lado, justifica que a veces hay que tomar medidas drásticas a favor del interés superior del niño cuando las autoridades nacionales estiman estar ante una emergencia con peligro para la seguridad e integridad física. Pero sin embargo se pregunta si no había medidas menos radicales. Aunque el TEDH afirma que no es quién para sustituir a las autoridades nacionales en su decisión de retirar la custodia porque las autoridades son las que conocen todos los datos y no duda de que tomaron la decisión para garantizar la seguridad del bebé, sin embargo critica veladamente la forma de actuar del Estado, recordando que una cosa es retirar la custodia a la madre por el riesgo de que no pueda hacerse adecuadamente cargo del bebé y otra cosa negarle el derecho de visitas, que permite al hijo mantener la relación con la madre biológica.

En el caso NUUTINEN/FINLANDIA n. 32842/96 de 27 de Junio de 2000 se dilucida el derecho de visitas de un hombre que maltrató a su novia embarazada y que se muestra agresivo con ella y con los trabajadores sociales. Estuvo encarcelado por estos hechos y muestra un carácter paranoico y perturbado. Eso lleva a una actitud obstruccionista de la madre quien no presenta al niño en muchas de las visitas acordadas y a que el padre pida una vez tras otra que se le impongan multas pecuniarias. Se menciona el interés superior del niño poco pero adecuadamente. Por ejemplo, ante la negativa del padre a reunirse con el mediador y con la madre si al encuentro

no acude también su hijo, las autoridades contestan que no porque va contra el interés superior del niño. El TEDH indica que la obligación del Estado de facilitar los contactos del niño con su padre no es absoluta, sobre todo si se conocen poco, y que pueden necesitar un periodo de preparación. También, que forzar los encuentros mediante la fuerza puede ir en contra el interés del niño y debe limitarse al máximo.

Otro caso sobre violencia es el caso VELJKOV/SERBIA n. 23087/07 de 2011, en el que una madre abandona el hogar por supuesta violencia psicológica. Los servicios sociales certifican que la niña sufre mucho por la ausencia de la madre pero ésta no acude a las visitas por miedo al padre. Y aunque es un caso en el que claramente el TEDH podría haber analizado largo y tendido sobre el interés superior del niño, lo hace poco y ni siquiera se proponen medidas como terapia para acercar posturas entre padre y madre o tratamiento psicológico para ambos, puesto que el uno es agresivo y la otra, depresiva.

Finalmente, el TEDH ha considerado proporcionada y adecuada la medida decidida por Rusia de no devolver la custodia de un niño a su padre y de restringir las visitas cuando éste mató a puñaladas a la madre delante del niño, fue ingresado en una clínica psiquiátrica de la que ya ha sido dado de alta y mantiene mala relación con la abuela materna del niño, que es la guardiana del menor y le proporciona un hogar y ambiente adecuados para su desarrollo. El TEDH también valoró que no se habían aportado informes psicológicos que determinasen que el padre no constituía un peligro para el menor<sup>23</sup>.

En suma, son numerosos los casos en los que la retirada de la custodia se debe a malos tratos por parte de los progenitores, o casos en los que hay negligencias graves respecto a los niños, pero en ellos curiosamente el TEDH habla y analiza poco el interés superior del niño, aunque sí repite varias fórmulas de modo repetitivo como son: el interés superior del niño es una consideración primordial, otros intereses deben ceder ante el mismo y no se deben adoptar medidas que dañen al niño o le afecten negativamente a nivel emocional o físico.

Quizá el que en casos en los que esté en juego la seguridad del menor se estudie poco el interés superior del niño se deba a que es obvio que en caso de maltrato lo primero es alejar al niño del foco del peligro. Pero luego suele haber toda una continuación del caso que podría dar lugar a una mayor elaboración jurídica por parte del TEDH sobre el interés superior del niño,

23. STEDH KRAPIVIN/RUSIA, n. 45142/14 de 12 de julio de 2016.

que es cuando ya ha pasado ese primer momento en el que se ha tenido que separar al hijo de los padres y que tiene que ver con el otorgamiento de derechos de visita. Y ahí el TEDH explica en unos casos más y en otros mucho menos cuáles son los criterios para determinar el interés superior del niño: ¿El interés superior del niño es que haya contacto con los padres para no desarraigarlo? ¿O afecta a su equilibrio emocional ver a quien no lo supo cuidar o incluso abusó de él?

Entre este tipo de casos, en los que hay poca argumentación sobre el interés superior del niño aunque sí sobre la seguridad e integridad del menor y sobre el derecho de los padres a mantener el contacto con el niño y a que las autoridades pongan todas las medidas que hagan posible esa reunificación, destacan los casos BUCHBERGER/AUSTRIA n. 32899/96 de 20 de Diciembre de 2001 y el caso T.P. y K. M./REINO UNIDO n. 28945/95 de 10 de Mayo de 2001. En este último se duda de la capacidad de una madre para proteger a su hijo porque hay sospechas de que ha sido sometido a abusos sexuales por parte de un varón. En él el TEDH indica que hay bastantes indicios de malos tratos y abusos y eso justifica la retirada de la custodia pero, en cambio, la separación se debe intentar que sea temporal y mientras tanto se deben poner en marcha medidas rehabilitadoras de la relación paterno-filial. Llama la atención que diga todo esto sin hacer alusión al interés superior del niño.

De hecho, muchas de estas argumentaciones no las dice el TEDH claramente, sino que se van deduciendo de la lectura de las sentencias porque el TEDH no es un tribunal cuyo objetivo sea identificar el interés superior del niño. Esto es, el TEDH no define o identifica ni cita tan claramente el interés superior del niño pero sin embargo, de los aspectos, factores y circunstancias que tiene en cuenta y valora queda claro que, aunque sin nombrarlo, está ponderándolo en muchos casos.

En algunos casos sobre retirada de custodia y derechos de visita, el TEDH ha profundizado más y ha dicho que una cosa es retirar al padre la custodia por malos tratos y dar al niño en acogida (lo cual puede ir en beneficio del interés superior del niño) y otra denegar posteriormente todos los derechos de visita porque podría ir en perjuicio del niño perder repentinamente todos sus vínculos o referentes. Así, en GNAHORE/FRANCIA n. 40031/98 de 19 de Septiembre de 2000 –sobre un padre que cría solo a sus tres hijos, que son hospitalizados a menudo con lesiones que les inflige el propio progenitor– el TEDH parece dar a entender que el interés superior del niño tiene que ver con dos ideas: crear un ambiente seguro para el niño

pero mantener también sus lazos familiares. Sin embargo, da preferencia al primer aspecto, esto es, la primera consideración a tener en cuenta es dar al niño un ambiente seguro en el que no haya riesgo para su salud ni para su desarrollo. Por eso el TEDH distingue entre el interés superior del niño en relación a la custodia –que obviamente le debe ser retirada al padre–, y el interés superior del niño en relación a las visitas, a las cuales el padre, y también los hijos, tienen derecho.

Hay un caso interesante y dramático sobre custodia en el que se plantea hasta qué punto el Estado puede retirar a unos padres la custodia si va luego a cometer una negligencia respecto a los niños y van a estar más en riesgo que cuando estaban bajo la custodia de los padres. Se trata del caso *SCOZZARI y GIUNTA/ITALIA* 39221/89 y 41963/98 de 13 de julio de 2000 en el que la situación de unos hermanos va de mal (padres incapaces de cuidarlos) a peor (colocación de los niños en una institución de acogida sospechosa de pedofilia y en la que se abusó de ellos) y donde el juez Zupancic expone su teoría sobre el interés superior del niño, indicando que es un concepto complicado. Este juez presume de cómo el TEDH ha contribuido con su jurisprudencia a hacer avanzar un Derecho de Familia Europeo y se permite resumir los principios que el TEDH ha ido acuñando en el Derecho de Familia Europeo. Entre ellos el primero sería que las interferencias en la vida de familia estarían justificadas si van a favor del interés superior del niño, si sopesan de modo equilibrado los intereses de los padres u otros familiares frente a los de los niños o si esas interferencias tienen como objetivo re-establecer la relación padre-hijo. También menciona como regla de procedimiento la necesidad de que las decisiones sean tomadas lo más rápidamente posible por los tribunales de familia. Además, reitera que las decisiones sobre niños no son estáticas, sino dinámicas, y que lo que puede ser positivo y bueno en un momento dado, cuando crezca el niño puede no serlo. Plantea este juez dos problemas polémicos: 1) Si el Estado no es capaz de hacer seguimiento y vigilancia del niño a cuyos padres retira la custodia y al que coloca en una institución de acogida, mejor que no les retire la custodia. 2) El poder de resolución de conflictos en materia de familia es estrictamente judicial y no debe ser dejado en manos de cuidadores, psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales ni familias de acogida porque los sistemas de custodia alternativos, aunque les presumamos buena fe, sin duda generarán a su vez nuevos conflictos entre los padres y las autoridades. Pese a que en este asunto lo más llamativo es esta opinión separada (porque en ella el juez Zupancic desarrolla una argumentación en relación con el interés superior del niño), cabe apuntar que, además, es uno de los pocos asuntos en el que el TEDH expresamente dice que se han violado

no solo los derechos de los padres demandantes sino también el interés superior del niño (párrafo 216).

## 6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL

En la jurisprudencia del TEDH relativa a la relativa a sustracción de menores hay dos fases claramente diferenciadas. Hasta la sentencia NEULINGER Y SHURUK/SUIZA n. 41615/07 de 6 de julio de 2010, el TEDH aplicaba casi a pies juntillas la regla general que establece el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que parte de la base de que hay que devolver al niño al país de origen sin mayor cuestionamiento<sup>24</sup>.

El Convenio de La Haya no menciona el interés superior del niño y parece que esto no fue casual, porque la relatora del Convenio, Elisa Pérez Vera, en su informe explicativo indica que esto se hizo para evitar los problemas de interpretación que plantea el concepto del interés superior del niño por las diferentes connotaciones que puede tener en función de cada cultura<sup>25</sup>. Sin embargo, detrás de la aplicación como regla general de la devolución del niño está una concepción determinada del interés superior del niño según la cual va a favor de este principio el devolver la situación al *status quo ante* puesto que uno de los progenitores, ilícitamente, sustrajo al menor de su entorno habitual<sup>26</sup>.

Por tanto, la jurisprudencia previa hasta el caso NEULINGER prácticamente no cuestionaba la aplicación casi inmediata del art. 1 del Convenio de La Haya, que establece dos reglas generales, a saber: que son los tribunales del país de donde el niño fue sustraído los encargados de decidir sobre la custodia y que el menor debe ser devuelto al país del que fue sustraído<sup>27</sup>.

24. WALKER, L. & BEAUMONT, P.: «Shifting The Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice», en *Journal of Private International Law*, 2011, vol. 7:2, pp. 231ss.
25. ALSTON, P.: «The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights», en *International Journal of Law and the Family*, 1994, vol. 8, pp. 1ss.
26. KELLER, H. & HERL, C.: «Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights», en *Nordic Journal of International Law*, 2015, vol. 84, n.2, pp. 270ss; PONJAVIC, Z. & VIKOVIC, V.: «Space for the child's best interests inside The Hague Convention on the civil aspects of international child abduction», *Rev. Eur. L.*, 2014, vol. 16, pp. 45ss; LEHRMANN, D.H.: «Advancing children's rights to be heard and protected: The model of representation of children in abuse, neglect and custody proceedings», en *Behav. Sci. Law*, 2010, vol. 28, n.4, pp. 463ss.
27. SMITH, A.: *International Parental Child Abductions*, 2014, ed. Congressional Research Service, 27 de Enero de 2014.

En cambio, el TEDH en NEULINGER reconoce que la devolución de los menores en caso de secuestro parental no puede ser tan mecánica porque así solo se da prioridad a la necesidad de celeridad en dicha devolución en perjuicio de otra necesidad crucial, a saber, la de estudiar el caso de modo pormenorizado, llegando el TEDH a la conclusión de que la diligencia no está reñida con la comprobación de las circunstancias concretas del caso, y no siempre irá a favor del interés superior del niño la devolución. Hay que pensar que en este asunto estamos hablando del eventual retorno de un niño a Israel, donde reside su padre, un judío ultraortodoxo, sin medios económicos para mantener a su hijo, que no tiene un hogar propio, que quiere integrar al hijo en su comuna, y cuya segunda esposa le dejó, como la primera, por malos tratos. El niño reside en Suiza desde hace años con su madre, quien lo sustrajo y se lo llevó a su país de origen ante la radicalización del padre. Se da la circunstancia de que, además, la madre podría ser juzgada según la legislación penal israelí si volviera al país por haberse llevado ilegalmente al niño y podría perder la custodia por ese motivo también.

De este modo, el TEDH pondera los intereses en liza: el del padre al retorno del niño, el de la madre a seguir en su país y cultura de origen, y el del niño a disfrutar de la compañía de ambos padres. Aunque no se puede lanzar el mensaje de que el progenitor sustractor pueda sacar ventaja de lo que hizo y consolide las consecuencias de la sustracción, lo cierto es que el TEDH también se plantea que, dado que el interés superior del niño debe tener una aplicación prioritaria, no está claro que vaya en beneficio del menor el retorno. El TEDH considera que no favorece el interés del niño que éste sea devuelto a manos del padre al precio de separarlo de quien ha sido desde siempre su principal cuidadora y sostén, es decir, la madre, la cual si permanece en Suiza, dejará de tener contacto con él y, si decide acompañarlo, puede acabar encarcelada. El TEDH considera que ninguno de estos escenarios va en beneficio del niño.

En muchos de los casos sobre sustracción parental como en éste, el TEDH invoca el interés superior del niño como argumento para comprobar si se ha violado o no el derecho al respeto a la vida familiar del art. 8 CEDH; en algunos de ellos analiza su contenido, trata de ponderar el interés superior del niño frente a los otros intereses en disputa y decide en consecuencia. En este sentido, la sentencia que resulta más clara y paradigmática es la sentencia X/LETONIA 27853/09 de 26 de noviembre de 2013, y lo es porque, de una vez por todas, el TEDH se aleja de una aplicación puramente mecánica del Convenio de La Haya, hace una interpretación del mismo en la que deja claro que la prioridad para el Tribunal es la aplicación del CEDH y analiza

pormenorizadamente los diferentes elementos que, en su opinión, deben tenerse en cuenta a la hora de ponderar los intereses en conflicto y que, por tanto, redundan en el respeto del interés superior del niño.

En X/LETONIA<sup>28</sup> el Tribunal afirma que una cosa es que sean las autoridades del país del que se sustrajo al niño las que estén legitimadas para fallar sobre la custodia del niño y otra cosa diferente que ello implique la devolución cuasi-automática del niño a ese país. El TEDH realiza en esta sentencia una lectura generosa de las excepciones a la regla general de devolución del niño que aparece fijada en el Convenio de La Haya y llega a la conclusión de que el interés superior del niño puede quedar en entredicho y el CEDH puede ser violado si las autoridades del país europeo a donde ha sido llevado el niño proceden a su devolución sin valorar otro tipo de circunstancias que aconsejarían su mantenimiento en el país europeo, como pueda ser, aparte de la circunstancia lógica de la propia seguridad del menor y posibles riesgos físicos y psicológicos que pueda sufrir si es devuelto, otros como el grado de integración del niño en la nueva sociedad, sus lazos afectivos y sociales, el idioma que habla, el tiempo que ha pasado desde la sustracción, su edad, su opinión, aspectos financieros, la posibilidad de que el progenitor sustractor pueda volver con él sin riesgo de ser encarcelado, su posibilidad de encontrar trabajo en dicho Estado, el hecho de que ambos padres ejercieran la responsabilidad parental de modo compartido antes de la sustracción o no, etc.

La lectura de esta sentencia confirma que es en este caso donde el TEDH ha fijado exhaustivamente sus pautas y los criterios a tener en cuenta para su jurisprudencia ulterior. Ahora el TEDH se vuelve más garantista y, sin renunciar a la premura con la que se deben tomar las decisiones sobre niños para que el tiempo no consolide las situaciones *de facto*, sin embargo, afirma la necesidad de hacer un estudio a fondo y completo de la situación familiar con el fin de respetar el interés superior del niño sin partir de la base de que la devolución del menor al país de origen siempre irá en favor del mismo. El TEDH demuestra que no basta con considerar el interés superior del niño en abstracto. Quizá en abstracto o de modo genérico, sea lógico pensar que el país de donde el menor fue sustraído esté en mejor situación para valorar el interés superior del niño en asuntos de custodia y que también

28. BALI, K. M.: «The rights-bearing child's best interests: Implications of the ECtHR's rejection of a child-return order in X v. Latvia», en *Regent Journal of Global Justice and Public Policy*, 2015, vol. 163, pp. 164ss; JEPPESEN DE BOER, C. G. y JONKER, M.: «Does the ECtHR get it "right" or "wrong" in international child abduction?», en *ECHR Blog*, 17 de Diciembre de 2013, accessible en <http://echrblog.blogspot.com>

el interés superior del niño esté mejor servido si se retorna al niño al lugar donde residía antes de la sustracción. Pero este planteamiento general no es acertado para todos los casos específicos, toda vez que puede haber factores diferentes que aconsejen otra solución. El interés superior del niño al fin y al cabo no es el mismo siempre sino que se conforma por la suma de distintos factores que tienen que ver con las circunstancias personales de los padres pero también con las necesidades afectivas del menor tras la ruptura, su grado de desarrollo, la preservación de su identidad, sus deseos y su opinión, así como otras circunstancias sociales, materiales, culturales e incluso religiosas que deben ser objeto de valoración y que contradicen la idea de que el retorno siempre será la solución ideal<sup>29</sup>.

Que los principios básicos sobre la aplicación del CEDH en casos de sustracción internacional de menores están establecidos en la sentencia X/LETONIA queda confirmado en la sentencia G. N./POLONIA, n. 2171/14 de 19 de julio de 2016, donde el TEDH lo recalca expresamente. Este caso trata sobre la madre de un menor, polaca pero residente con su marido e hijo en Canadá, quien aprovecha unas vacaciones en su país de origen para fijar su residencia en casa de los abuelos maternos con su hijo. En este caso, a la hora de ponderar el interés superior del niño tanto respecto a la cuestión del retorno del menor como a los derechos de acceso, el TEDH tiene en cuenta multitud de aspectos tales como el tiempo que ha pasado desde la sustracción, si ambos padres compartían la responsabilidad parental antes de la sustracción, si el país de origen es un país seguro, si no habría riesgo para el menor caso de retornar, si existen obstáculos para que la madre se desplace allí, si tendría la madre asegurado el acceso al niño si regresara al país de donde lo sustrajo, si no sería sancionada penalmente por la sustracción, o si por el contrario el niño está adaptado a su nuevo ambiente, si tiene recuerdos del padre, qué idioma habla, si el padre presentó la reclamación con diligencia, si la actitud de los padres en las audiencias y procesos judiciales fue constructiva, si la madre facilitó los contactos, si el niño quiere estar con el padre, si la madre se ha ocupado adecuadamente del menor, qué tipo de lazos afectivos y sociales tiene el niño en el país actual de residencia, si el padre puede procurar un hogar y medios de vida adecuados al menor, si ha intentado visitar al hijo, si contribuye a su manutención o si el proceso judicial no sufrió dilaciones indebidas.

29. PALACIOS GONZÁLEZ, M. D.: «Protección jurídica de los menores de edad», en *Derechos y garantías frente a las situaciones de vulnerabilidad*, 2016, Valvidares Suárez, M.L.(-coord.), Universidad de Oviedo, pp. 15ss, p. 22

En todo caso, a la hora de identificar y ponderar el interés superior del niño, hay que retener el dato de que, a menudo, las autoridades del país de donde fue sustraído el niño tienden a otorgar la custodia del niño al progenitor que sufrió la separación como modo de sanción contra el que unilateralmente sacó al niño del país. Algunos Estados incluyen la posibilidad de sancionar penalmente a dicho progenitor con penas de cárcel. Esto puede plantear graves problemas de cara a ver respetado el interés superior del niño porque en muchos casos el progenitor sustractor es justamente el que se ocupa de modo principal de la crianza del niño y no parece que sea lo mejor para el niño ver a su padre o madre encarcelados.

## 7. CONCLUSIONES

El derecho del niño a que su interés sea como una consideración primordial en los asuntos que le afectan ha ido entrando poco a poco en la jurisprudencia del TEDH relativa a custodia y derechos de visita, incluso en casos en los que existe una sustracción de menores. Aunque el TEDH huye de hacer grandes disquisiciones teóricas y se suele centrar en ver si el artículo del CEDH invocado por el demandante fue violado por el Estado demandado, sin embargo, considera y tiene muy en cuenta los factores del caso para dar su solución. En este sentido, a menudo estudia si el Estado se ha extralimitado en su margen de apreciación y no ha ponderado debidamente esos factores que envuelven al caso, muchos de los cuales pueden afectar al interés del niño. En dicha jurisprudencia, la emisión en 2013 de la Observación General 14 no parece haber supuesto un cambio radical puesto que en la mayoría de las sentencias posteriores a dicha Observación y en las que estaba en juego el interés superior del niño el TEDH no ha citado este principio, o lo ha citado pero no analizado, llegando incluso en algunas a citar otras Observaciones Generales del Comité distintas a la 14.

De este modo quizá indirecto, el TEDH ha ido construyendo una teoría propia sobre el interés superior del niño que no se aparta (sino que, por el contrario, sigue) lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño pero que, sin embargo, sí parece que empieza a mostrar cierta autonomía respecto al Convenio de La Haya, el cual obviamente sigue aplicando pero que, en aras del respeto del interés superior del niño, ya no de modo absolutamente mecánico.