



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**SEMINARIO WIKI
GRADO EN DERECHO
Derecho Internacional Privado
Curso 2017/2018**

**“SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y VIOLENCIA DE
GÉNERO”**

Coordinadora:

ANA GONZÁLEZ CRUZ

© Autores

ANA GONZÁLEZ CRUZ

PABLO GONZÁLEZ MENDO

JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ RAMOS

CRISTINA GRACIA GARROTE

ZEINALLA HITOS MÁRQUEZ

VIVIANA LÓPEZ GONZÁLEZ

SARA VERÓNICA LÓPEZ HERNÁNDEZ

MÓNICA LÓPEZ VALLE

INÉS MALLO ROMAR

ALICIA MARCOS VÁZQUEZ

ALEJANDRO BRAYAN MARTÍN PARCERO

LETICIA MONTEJO MARTÍN

FRANCISCO JOSÉ MORENO SALAS

EVA MUÑOZ MURES

MARIO OCAÑA SAN ROMÁN

JESÚS ÁNGEL RONCERO VARA

Profesora responsable:

ANTONIA DURÁN AYAGO

ÍNDICE

- I.** Concepto y contexto de la sustracción internacional de menores
- II.** Instrumentos legales para combatir la sustracción internacional de menores
- III.** Artículo 13.1 b) CH 1980: concurrencia de grave riesgo para impedir restitución.
Especial referencia a la violencia de género
- IV.** Jurisprudencia y sustracción internacional de menores
- V.** Prensa y sustracción internacional de menores

I. CONCEPTO Y CONTEXTO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1. CONCEPTO

La **sustracción internacional de menores** es el traslado de un menor a un país donde no reside llevado a cabo de forma ilícita dentro de un contexto de crisis familiar; además, constituye un delito tipificado en el artículo 225 bis del Código Penal¹, a cuyos efectos la sustracción puede tener una doble consideración:

1. **Traslado ilícito del menor:** uno de los progenitores traslada al menor a un lugar diferente al de su residencia sin consentimiento del progenitor con quien convive (otras personas o una institución, en su caso, a quien se confía su guarda o custodia). El fin de este traslado es obtener una resolución judicial que capacite al progenitor que lleva a cabo la sustracción a convivir legalmente con su hijo.

2. **Retención ilícita del menor:** se trata del supuesto en que el progenitor sustractor retiene al menor en un Estado diferente al de la residencia de los hijos.²

La sustracción internacional de menores se produce, generalmente, durante la separación de los progenitores o después de esta, y en algunas ocasiones, además, en un contexto de violencia doméstica. Como su propio nombre indica, se da en un contexto internacional, es decir, está presente un elemento de extranjería que se observa en la intervención de, al menos, dos Estados.

Se pueden extraer las siguientes **notas características de la sustracción internacional de menores**³:

- **El sujeto pasivo debe ser un menor de edad:** no hay una edad concreta establecida, pero los textos internacionales suelen situar los dieciséis años de edad, por debajo de los cuales se considerará al sujeto como menor; no obstante, en otros puede encontrarse la edad de referencia en los dieciocho años.

- **El menor debe ser trasladado o retenido en un país diferente al que tenía su última residencia habitual**⁴.

- **El traslado debe implicar una infracción de un derecho de custodia o de un derecho de visita otorgado a uno de los progenitores o a ambos:** también se puede dar en el caso de aquel derecho de esta índole concedido a una institución u órgano por una resolución judicial, administrativa o por acuerdo entre ambos cónyuges. Conviene matizar los conceptos de “derecho de visita” y “derecho de custodia” en cada caso concreto, pues no en todos los Estados se tiene la misma consideración sobre ellos⁵; en el caso español, el

¹ Artículo 225 bis del Código Penal (apartado 1): “*el progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años*”.

² Vid. Caso Juana Rivas.

³ Caracteres extraídos de las definiciones del portal de Cooperación Jurídica Internacional (Ministerio de Justicia de España) y de la Circular 6/2015, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

⁴ El Reglamento 2201 entiende que la residencia habitual del menor es aquella donde desarrolla su vida, es decir, donde se localiza el centro de integración social y familiar (artículo 8: foro general). En caso de sustracción ilícita, se entenderá que se mantiene la residencia habitual, salvo que el menor obtenga un permiso de residencia en el país al que haya sido trasladado (artículo 10).

⁵ Vid. Cuestión prejudicial C-400/10, planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 6 de agosto de 2010 por el Tribunal Supremo de Irlanda: versa sobre un litigio entre una pareja de hecho (unión *more uxorio*) con tres hijos, a los que la madre desplaza de Irlanda (lugar de residencia habitual de los niños) a Inglaterra; los tribunales irlandeses consideraron que tal traslado no era ilícito, pues conforme a la

derecho de custodia comprende también la libertad de elección del lugar de residencia del menor.

El derecho de custodia puede venir atribuido por:

- El Derecho del Estado en el que el menor reside habitualmente.
- Por una decisión judicial o administrativa recaída en el Estado de origen o en un tercer Estado.
- Por acuerdo con efectos legales llevado a cabo por los progenitores en el Estado de origen⁶.

• **El traslado, además, se debe llevar a cabo sin el consentimiento del otro progenitor (institución u organismo, en su caso), o sin autorización judicial:** se trata, por tanto, de una decisión unilateral que vulnera el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor; por norma general, se pretende conseguir la guarda y custodia en el país donde se ha trasladado al menor.

2. REGULACIÓN

La sustracción internacional de menores es un concepto introducido por primera vez en el ordenamiento interno español a través de **la Ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores.**

A través de esta Ley se introdujo el artículo 255 bis del Código Penal, que tipifica la conducta del progenitor que, sin justa causa, lleva a cabo la sustracción de su hijo menor de edad, trasladándolo sin permiso de su lugar de residencia habitual o reteniéndolo incumpliendo de este modo gravemente el deber establecido en una resolución judicial o administrativa.

También se introdujo el **artículo 103 del Código Civil**, que hace referencia a la sustracción de menores en su apartado 1º, párrafo 3º, estableciendo las medidas necesarias a adoptar cuando exista riesgo de sustracción por alguno de los cónyuges o por terceras personas, y entre las cuales se encuentran: la prohibición de salida del territorio nacional, la prohibición de expedición de pasaporte al menor o retirada del mismo si se hubiese expedido, así como el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

Recientemente nuestra legislación ha sufrido modificaciones en esta materia, regulando un nuevo proceso de medidas relativas a la restitución de menores en supuestos de sustracción internacional, y publicando una Ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil, así como una Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

En el ámbito internacional existen diversas normas en materia de sustracción de menores. El **Convenio de la Haya sobre Sustracción Internacional de Menores**, de 25 de octubre de 1980, tiene como principio inspirador la protección del menor y de sus intereses

legislación irlandesa, si los progenitores no están casados, el padre biológico no adquiere de manera automática la custodia del menor, sino que ha de solicitarla. Sin embargo, en el caso concreto, el padre no había solicitado y, por tanto, tampoco obtenido, el derecho de custodia sobre sus hijos. Esto es manifiestamente distinto a lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español, donde las normas de Derecho interno establecen la igualdad de trato entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, sin diferenciar tampoco entre filiación adoptiva y natural.

⁶ Si los progenitores pactan en tal acuerdo la “libertad de movimiento del menor” (incluyendo a países extranjeros), no existirá un traslado ilícito (*vid.* SAP Asturias de 30 de abril de 2007, sobre restitución de menores a Argentina).

en la esfera internacional cuando están en riesgo por producirse un traslado o retención ilícitos. La aplicación de las disposiciones de restitución del menor contenidas en este Convenio pretende conseguir la devolución del menor a su Estado de origen, sin valorar cuál es el Estado mejor situado para conocer de las cuestiones de fondo; por tanto, la finalidad es devolver al menor a su Estado de residencia habitual.

En la Unión Europea, el **Reglamento (CE) 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, regula los supuestos de restitución del menor sustraído ilícitamente, persiguiendo que esta se haga sin demora y basándose en lo dispuesto en el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980⁷. No obstante, exceptúa aquellos casos en que, por circunstancias concretas, el Estado miembro donde se encuentra el menor desplazado pueda oponerse a la restitución, sin perjuicio de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tiene su residencia habitual⁸.

La **Convención de la Haya, relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños**, de 19 de octubre de 1996, tiene como finalidad evitar conflictos en materia de competencia cuando se trata de materia de protección del menor. En la misma línea, se encuentra la **Convención sobre los Derechos del Niño**, adoptada por la Resolución 44/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, en cuyo texto se apela a los Estados partes a establecer medidas en materia de sustracción de menores⁹.

⁷ Considerando 17 del Reglamento 2201/2003, del Consejo.

⁸ En el caso de bebés, se entiende que tendrán su residencia habitual en donde se localiza su “centro social de vida”, es decir, donde normalmente habitan; por tanto, será allí donde estén las personas de las que dependan físicamente. Cuando se trate de mujeres embarazadas que se trasladan de un país a otro para dar a luz, no existe residencia habitual del menor en el primer país y, por tanto, no habrá traslado ilícito; esto es así porque el Convenio de la Haya de 1980 es aplicable a los menores que no hayan alcanzado los dieciséis años de edad, y un *nasciturus* no es un menor a estos efectos.

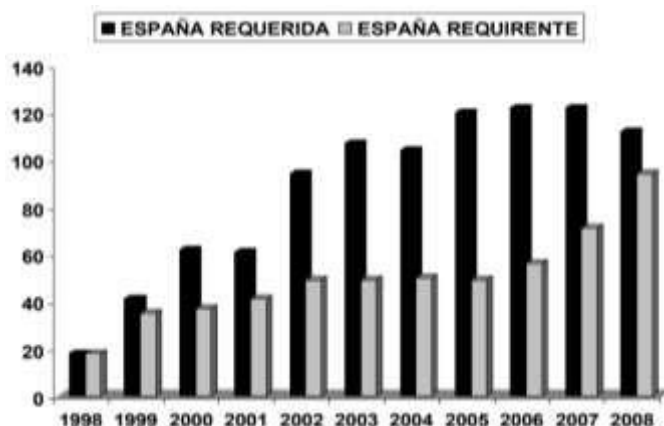
⁹ Artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

¹⁰ Matrimonios mixtos: entre personas de distinta nacionalidad.

3. CAUSAS

Los casos de sustracción internacional de menores se han incrementado en los últimos años por diversos motivos; por ejemplo, el aumento de matrimonios internacionales¹⁰.

En un estudio realizado por la Comisión especial para revisar el funcionamiento del Convenio de la Haya en 2003, España figuraba con un incremento exponencial de casos de sustracción internacional de menores¹⁰:



El gráfico muestra el crecimiento porcentual (eje X: 0-140) de casos de sustracción internacional de menores registrados entre 1998 y 2008 (eje Y).

PAIS	ESPAÑA COMO AUTORIDAD REQUERIDA				ESPAÑA COMO AUTORIDAD REQUERENTE				TOTAL GENERAL
	2.000	2.001	08/07/2002	TOTAL	2.000	2.001	08/07/2002	TOTAL	
ALEMANIA	5	9	2	16	8	5	1	14	30
ARGENTINA	1	2	5	8	2	2	1	5	13
AUSTRALIA	-	-	2	2	-	1	1	2	4
AUSTRIA	-	2	-	2	-	-	1	1	3
BELGICA	-	3	1	4	1	-	4	5	9
BULGARIA	-	-	-	0	-	1	-	1	1
CANADA	1	1	-	2	1	-	-	1	3
COLOMBIA	1	3	4	8	1	2	-	3	11
CHILE	1	1	-	2	-	1	2	3	5
DINAMARCA	-	-	-	0	-	-	1	1	1
ECUADOR	-	3	-	3	4	1	-	5	8
EE.UU.	6	5	-	11	4	7	2	13	24
FRANCIA	3	7	5	15	5	7	3	15	30
GRECIA	1	1	-	2	-	-	-	0	2
HUNGRÍA	-	1	-	1	1	-	-	1	2
IRLANDA	-	1	1	2	-	-	-	0	2
ISRAEL	1	1	-	2	-	-	1	1	3
ITALIA	2	2	1	5	5	-	-	5	10
MEJICO	3	3	2	8	1	-	1	2	10
MONACO	1	-	-	1	-	-	-	0	1
NORUEGA	1	2	-	3	1	-	-	1	4
PAISES BAJOS	-	-	-	0	1	3	2	6	6
PANAMA	-	1	-	1	-	-	-	0	1
PARAGUAY	-	-	-	0	-	1	-	1	1
PORTUGAL	1	1	1	3	-	-	-	0	3
BIELORRUSIA	1	-	-	1	-	-	-	0	1
REINO UNIDO	9	16	9	36	18	3	4	25	61
REP. CHECA	-	-	-	0	1	-	-	1	1
RUMANIA	1	-	-	1	-	2	-	2	3
SUECIA	-	1	1	2	3	2	1	6	8
SUIZA	-	-	1	1	4	3	1	8	9
TURQUÍA	-	-	-	0	-	2	-	2	2
URUGUAY	-	-	1	1	-	-	-	0	1
VENEZUELA	1	3	1	5	4	1	1	6	11
TOTAL	40	71	37	148	65	44	27	136	284

La tabla recoge los casos de sustracción internacional de menores ocurridos en los años 2000, 2001 y 2002 en los que España ha actuado como Estado requerido y requiriente¹².

¹⁰ Comparación hecha entre los datos obtenidos en el estudio de 1999 y los registrados en 2003.

¹² Fuente: Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional.

No existe un *numerus clausus* de causas que expliquen este aumento, sino que hay que analizar cada supuesto concreto; no obstante, hay voces¹¹ que consideran que la divulgación del Convenio de la Haya de 1980 y la labor de difusión llevada a cabo por el Ministerio de Justicia en España, así como los medios de comunicación, constituyen uno de los motivos por los que el número de casos registrados se ha incrementado.

Puede explicarse también este incremento por elementos que favorecen esta práctica en el entorno español, como son la abundancia de movimientos migratorios, el elevado número de turistas recibidos, el cambio conceptual de la institución familiar clásica o el aumento de parejas y matrimonios entre españoles y extranjeros.

La sustracción internacional de menores aparece en contextos de crisis matrimonial, normalmente cuando los contrayentes son de distintas nacionalidades; esto permite apreciar el denominado “nacionalismo judicial”, que es la tendencia de las autoridades de un Estado a proteger a sus nacionales, y que en ocasiones actúa como obstáculo a la protección del interés del menor.

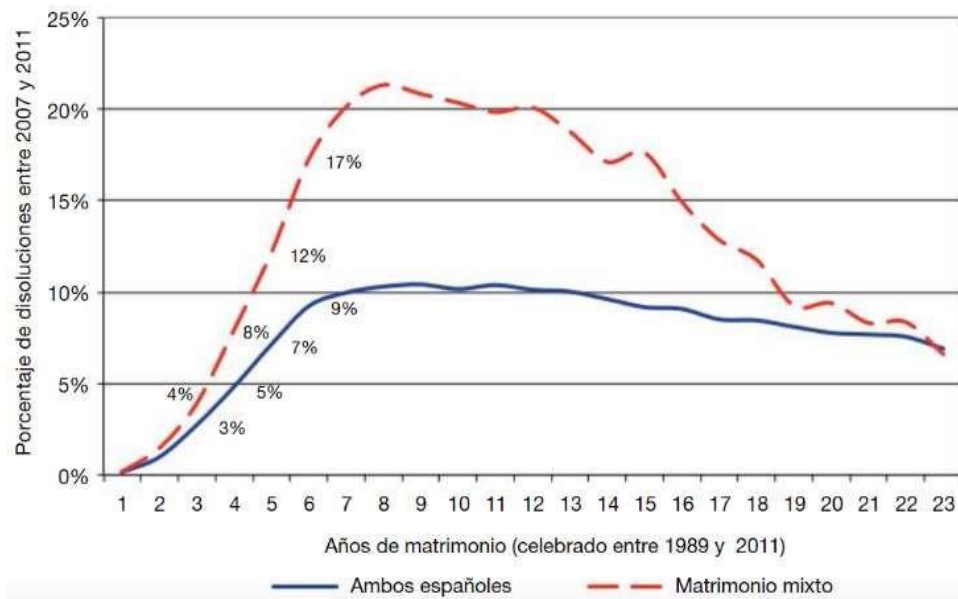
Las **causas que han incrementado la sustracción internacional de menores** no están tasadas, sino que dependen de factores volátiles influenciados por el contexto social, ideológico, cultural, etc., predominante en el momento; no obstante, pueden destacarse como causas más comunes las siguientes:

- **Avances tecnológicos y facilidades transfronterizas:** en la actualidad, la movilidad de personas a través de los diferentes Estados se ha favorecido gracias a la posibilidad de desplazamiento únicamente con un documento nacional de identidad¹² o con un pasaporte. Esto, unido al avance tecnológico, permite viajar de un lugar a otro del planeta en breves periodos de tiempo; no solo facilita la sustracción de un menor, sino que promueve las relaciones humanas interculturales.

- **Ruptura de matrimonios mixtos:** los matrimonios y parejas de hecho entre personas de diferentes nacionalidades han aumentado como consecuencia de la globalización y la tendencia a facilitar la libre circulación de personas. En España, los matrimonios mixtos se incrementaron un 63% desde 2012; estas uniones son más inestables debido a la diferencia cultural, algo que, en contextos de crisis matrimonial, puede llevar a uno de los progenitores a trasladar ilícitamente al menor al Estado del que el progenitor sustractor es nacional, con el fin de legalizar allí su guarda y custodia al amparo de sus leyes nacionales. Esta situación, permite configurar otra de las causas típicas de la sustracción internacional de menores.

¹¹ Carmen García Revuelta (miembro de la Autoridad Central Española) expresa sus valoraciones acerca de las normas aplicables en materia de sustracción internacional de menores en su artículo “*Aplicación práctica del Convenio de la Haya y el Reglamento 2201/2003. El papel de la Autoridad Central*”.

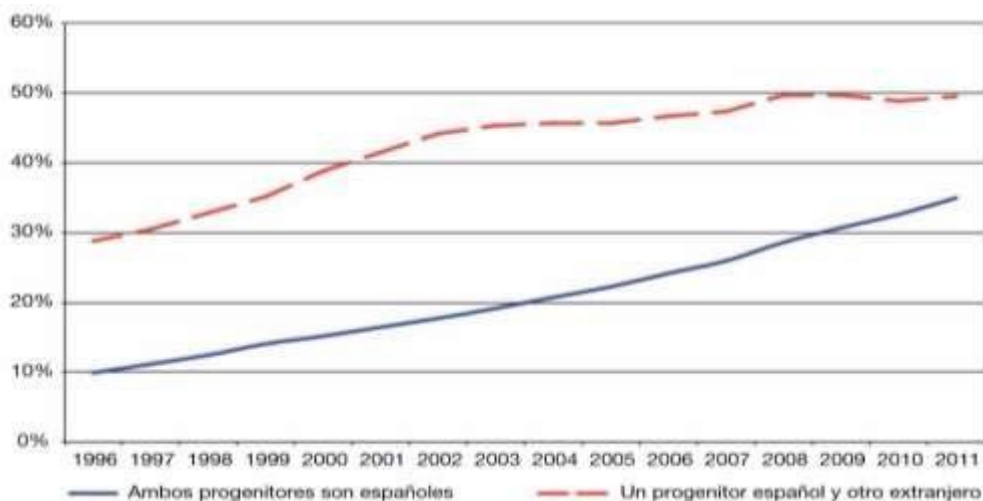
¹² Caso del espacio *Schengen*.



La gráfica¹³ recoge el porcentaje de disoluciones de matrimonios en el periodo 2007-2011 (matrimonios celebrados entre 1989 y 2011), y puede observarse que los matrimonios mixtos no solo tienen una duración en el tiempo menor, sino que el número de casos de disolución es notablemente más elevado.

Tipo de sentencia	Hombre español y mujer española con menor(es)	Hombre español y mujer extranjera con menor(es)	Hombre extranjero y mujer española con menor(es)
Separación de mutuo acuerdo	15.118	289	298
Separación contenciosa	6.569	217	228
Divorcio consensuado sin separación previa	144.297	4.032	4.067
Divorcio no consensuado sin separación previa	66.678	2.779	2.794

La tabla muestra las sentencias de separación y divorcio de matrimonios¹⁴ donde al menos hay un cónyuge español entre 2007 y 2011, donde puede observarse un número importante de unidades familiares donde los progenitores tienen nacionalidades diferentes.



¹³ Datos extraídos del INE.

¹⁴ La tabla no incluye los casos de parejas de hecho compuestas por personas de distinta nacionalidad.

Por otro lado, para el caso de las uniones de hecho¹⁵, se recogen en la gráfica los nacimientos registrados entre 1996 y 2011, donde puede apreciarse un crecimiento de hijos nacidos de parejas de hecho mixtas.

• **Nacionalismo judicial:** se entiende que los Estados tenderán a proteger a sus nacionales, por lo que el progenitor sustractor trasladará al menor al Estado del que aquel es nacional esperando obtener un pronunciamiento a su favor sobre la guardia y custodia del menor; esto lleva a que, en algunas ocasiones, prevalezca la nacionalidad de las partes sobre el interés superior del menor implicado.

• **Evolución de la institución familiar:** esta causa engloba diversos factores, pues no solo el concepto de familia ha ido cambiando con la introducción de nuevas instituciones (como las uniones de hecho, que en algunas cuestiones pueden subsumirse bajo la legislación aplicable al matrimonio¹⁶), sino que también se han normalizado las separaciones y divorcios. Otro aspecto a destacar es la incorporación de la mujer al mundo laboral, que permite una independencia económica entre los miembros de la pareja.

• **El controvertido “derecho de visita”:** normalmente, el progenitor titular de tal derecho tiende a atraer hacia sí al menor con el fin de resquebrajar la relación que este tiene con el progenitor con derecho de custodia. En el caso de la sustracción, este derecho es empleado para alejar al menor de su país de residencia o retenerlo fuera de este, impidiendo la aplicación efectiva del derecho de custodia que ostenta el otro progenitor.

• **Violencia de género:** es uno de los motivos que ha propiciado un cambio en el caso-tipo de sustracción, donde era el varón (por ser normalmente quien ostentaba el derecho de visita) quien llevaba a cabo el traslado o retención ilícitos. Actualmente, en más del 70% de los casos de sustracción, son las madres (quienes tienen atribuida la custodia) las que huyen con los menores del padre maltratador.

• **Transcurso del tiempo**¹⁷: los procedimientos legales dilatados en el tiempo permiten que el menor se integre en profundidad en el país al que ha sido trasladado, motivo que se arguye en los tribunales cuando otro Estado (aquel donde el menor tuviese la residencia habitual) solicita la restitución del menor, en el sentido de que tal restitución le reportaría más perjuicios que beneficios al menor ya adaptado en un nuevo país.

4. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL CONTEXTO ACTUAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La sociedad actual se enmarca en un mundo sin barreras territoriales, donde se incrementan las relaciones personales entre ciudadanos de distintos países y culturas, pero también el número de crisis matrimoniales y de parejas de hecho, propiciando situaciones en las que los hijos resultado de esas relaciones fracturadas sufren traslados ilícitos que vulneran sus derechos fundamentales.

¹⁵ Datos tomados del INE.

¹⁶ Un ejemplo claro de aplicación analógica de normas inicialmente pensadas para la unión matrimonial es la regulación de las relaciones paterno-filiales; de hecho, en base a los artículos 39.1 y 40 de la Constitución Española, se equipara la filiación matrimonial a la no matrimonial.

¹⁷ En algunos casos, el transcurso del tiempo (se suele fijar un año como periodo relevante) es motivo de denegación de la restitución del menor, siempre que se pruebe la integración física, psicológica y emocional del menor. No obstante, si el progenitor ha retenido al menor, se entiende que es complicada la integración efectiva de este, por lo que difícilmente es admitido como motivo de denegación.

La **problemática de la violencia de género** está presente en todos los ámbitos humanos, públicos y privados, como es el caso de la familia, que pese a ser un espacio de confort y seguridad es también propicio para la reproducción de las formas de dominio y violencia sobre las mujeres que son las principales víctimas, siendo sus agresores sus parejas.

La violencia contra la mujer -especialmente la ejercida por su pareja y la violencia sexual- constituye un grave problema de salud pública y una violación de los derechos humanos de las mujeres. La Organización Mundial de la Salud ha indicado que el 35% de las mujeres en el mundo (una de cada tres) han sufrido violencia física y/o sexual en algún momento de su vida, y en su mayoría la violencia ha sido ejercida por sus parejas.

Sin embargo, las víctimas de violencia de género no son únicamente las esposas, mujeres, novias, parejas, sino también los menores, pues la propia OMS ha reseñado que los niños que crecen en familias en las que hay violencia pueden sufrir diversos trastornos conductuales y emocionales, que pueden asociarse también a la comisión o el padecimiento de actos de violencia en fases posteriores de su vida. La violencia de pareja también se ha asociado a mayores tasas de mortalidad y morbilidad en los menores de 5 años (por ejemplo, por enfermedades diarreicas y malnutrición).

La sustracción de los menores por uno de los progenitores es siempre traumática, desde el momento en el que se le priva del contacto con su entorno, pero presenta un problema añadido cuando el traslado conlleva un cambio de residencia a otro país, en muchas ocasiones con otro idioma, e incluso otra cultura, porque además del sufrimiento que se inflige al niño, surgen enormes dificultades para conseguir su retorno. Esto es así porque la sustracción crea vínculos artificiales de competencia judicial con la finalidad de obtener la custodia o impedir el régimen de visitas del menor por parte del otro progenitor. Ello conllevará la intervención de distintos Tribunales y de diferentes Derechos internos, en los que el secuestrador busca obtener una decisión más favorable a sus intereses, legitimando su acción.

Actualmente, se aprecia un **cambio de tendencia en el contexto en el que se lleva a cabo la sustracción internacional de un menor**¹⁸, pues en la mayoría de los casos es la madre quien retiene o traslada ilícitamente al menor (o menores), mientras que dos décadas atrás, el caso tipo de sustracción era llevado a cabo por los padres, titulares generalmente de un derecho de visita, con el fin de obtener una resolución que les concediese la custodia en los Estados de donde eran nacionales.

Este cambio tendencial, en diversas ocasiones, ha tenido su encuadre en situaciones de violencia de género, y la madre es quien huye con sus hijos del otro progenitor; lo habitual es que sea la madre quien ostente el derecho de custodia.

En situaciones como estas, los derechos del menor quedan soslayados, pues quedará privado del derecho a ver sus progenitores (al menos a uno de ellos), y es aquí donde las autoridades deben intervenir con la intención de evitar que los progenitores utilicen a sus hijos como arma arrojadiza en el contexto de las crisis familiares.

5. PROBLEMÁTICA: VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR

La sustracción internacional de un menor vulnera:

¹⁸ Los datos indican que en España se producen en torno a 200 casos de sustracción internacional de menores al año.

- El artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, que obliga a los Estados Parte a garantizar el reconocimiento al principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño.

- El artículo 39 de la Constitución Española sobre el derecho a la protección de la infancia, específicamente en su apartado tercero, donde ordena a los padres “proteger a los hijos”.

- El artículo 160 del Código Civil, que reconoce el derecho de los menores a relacionarse con sus padres, así como también el derecho de los propios padres de relacionarse con sus hijos aun no disponiendo de la patria potestad.

En relación con la vulneración de los derechos del menor, hay que advertir que se parte de una relación de dependencia entre los progenitores (o instituciones, en su caso) y el menor; en este entorno, es donde el menor desarrolla su socialización primaria, y donde mayor desprotección se genera para el menor en un contexto de crisis familiar que desemboque en un supuesto de sustracción.

En este contexto, pueden darse diferentes situaciones que desemboquen en una modalidad de maltrato emocional hacia un menor; estos comportamientos pueden ser de rechazo, amenazas, violencia doméstica, aislamiento...¹⁹.

Todo ello afecta al bienestar físico y psíquico del menor, es decir, al interés superior de este, motivo por el cual se entiende que es el bien jurídico que debe ser protegido en los casos de sustracción, aunque no siempre ocurre así.

6. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La doctrina y la jurisprudencia en las resoluciones relativas al bien jurídico protegido en la sustracción internacional de menores señala el interés del menor como punto de configuración alrededor del cual se ha venido creando la legislación sancionadora de la sustracción de menores. Así lo proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer en su artículo 3.1 que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

Se puede observar de igual manera en la propia Exposición de motivos de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, cuando dispone que “*la protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Constitución. Ello ha sido especialmente así en aquellas cuestiones relacionadas con su custodia, tratando con ello de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores*”. En definitiva, para la legislación española en materia de menores se trata de un principio rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales.

Para conocer qué debe integrarse en el concepto “intereses del menor” es necesario acudir a la jurisprudencia, que suele incluir “el derecho del niño menor de edad a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular”, así como la paz en las relaciones familiares. De todo ello se derivará también como interés del menor la permanencia del mismo en su ámbito familiar, social, geográfico y cultural, tal y como establece la SAP Barcelona 189/2017: “*El bien jurídico protegido por el artículo 225 bis del*

¹⁹ Siguiendo las exposiciones de GARBARINO Y KOSTELNY, K (1992) Y PAÚL Y ARRUBARRENA (1995).

Código Penal no es otro que el derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo, conservando en supuestos de crisis de pareja la relación de educación y cariño hasta entonces llevada con ambos progenitores, así como a salvaguardar el marco geográfico en el que conformaba su desarrollo mediante un entramado de relaciones sociales, familiares, educativas o de esparcimiento, evitando que todo ello sucumba de manera mezquina en un ciego enfrentamiento propiciado por los desafectos de pareja y sin sujeción a la vía judicial legalmente establecida para -en supuestos de discrepancia-ponderar las circunstancias concurrentes y velar así por los derechos del menor”.

Por otra parte, el Convenio de la Haya sobre Sustracción Internacional de Menores viene entendiendo que el interés superior del menor equivale a su restitución.

Por último, debe hacerse referencia a una sentencia pionera del Tribunal Constitucional español donde se señala que el interés superior del menor está por encima de una pugna por su custodia. Esta resolución surgió a raíz del recurso de amparo presentado por una mujer frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que la obligaba a entregar a su hija de 5 años a su ex marido y padre de la niña, de nacionalidad suiza y residente en aquel país sin tener en cuenta que la niña estaba integrada ya en España. La Sala Segunda del TC decide anular la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid para ordenar la devolución de la niña argumentando que sus circunstancias no fueron tenidas en cuenta.²⁰

7. ANÁLISIS

La situación puede implicar dos situaciones: por un lado, el traslado de un menor de edad fuera de su entorno familiar y social habitual, donde se encontraba bajo la responsabilidad de una persona que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia y que no autorizó tal traslado; y por otro lado el traslado del menor, consentido por quien ejercía la custodia del mismo, pero con la consiguiente negativa de devolver al menor a su entorno habitual.

La persona que lleva a cabo el traslado del menor, o bien la responsable del traslado si la acción fuese realizada por un tercero forma parte del círculo familiar del menor en sentido amplio, aunque en la mayoría de los casos el individuo en cuestión es su padre o madre. El objetivo del sujeto que interviene en el traslado es conseguir de las autoridades de ese nuevo Estado el otorgamiento del derecho de custodia.

Frecuentemente, la persona que retiene al menor busca obtener una resolución del Estado al que ha trasladado al menor que legalice la situación de hecho que ha creado, aunque también puede optar por la inactividad, pues aun en el caso de que la otra persona que se ha visto privada de su derecho de custodia actúe rápidamente evitando la consolidación de esa nueva situación, el secuestrador se encontrará en una posición más ventajosa, pues él será quien haya elegido la jurisdicción que va a juzgar el caso, que será más favorable a sus pretensiones, ya que por ese motivo ha elegido esa jurisdicción y no otra.

En definitiva, de las diversas definiciones cabe resaltar que, de la tipología de sustracciones de menores existentes, aquella en la que concurre “transnacionalidad” es el supuesto más grave. Esto es así porque el progenitor que la lleva a cabo crea vínculos o fueros artificiales con otros Estados distintos al del entorno habitual del menor, buscando los Tribunales que más benefician la posición de los secuestradores, con el fin de que la disputa sobre la custodia sea resuelta del modo más favorable a sus intereses. Esta búsqueda de los Tribunales más favorecedores es especialmente dramática en los supuestos en que los

²⁰ <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-tc-sentencia-primeravez-interes-superior-menorencima-pugna-custodia-20160205113904.html>

progenitores son no solo de distintas nacionalidades sino pertenecientes a distintas culturas o civilizaciones.

Así lo ha entendido también el Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, también conocido como Informe

Pérez-Vera, que ha establecido que: “las situaciones consideradas resultan del uso de vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia de un menor”.

De este tipo de delitos se ha dicho que son “espadas sin filo”, ya que una vez que el menor sale de su Estado de residencia, lograr el retorno va a depender de la posibilidad de aplicar los convenios internacionales civiles en esta materia, que normalmente no están suscritos por todos los países –especialmente los países islámicos-, por lo que el reforzamiento del Derecho internacional va a ser clave para lograr la eficaz protección del bien jurídico.

Además, hay que reseñar que en los procesos de custodia debe ser tenido en cuenta que la falta de ejecución de las resoluciones judiciales puede modificar la valoración de cuál sea en cada momento el predominante interés del menor que durante años haya desatendido todas las decisiones judiciales que no le hayan convenido. En esta materia hay que prevenir un distanciamiento entre el hijo y el progenitor no titular del derecho de cuidado, y garantizar la continuidad de su relación, porque es un “padre de reserva” que en cualquier momento puede ser incorporado de nuevo al derecho de cuidado.

II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PARA COMBATIR LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Como se infiere del epígrafe anterior, la sustracción internacional de menores se ha convertido en un problema al que los Estados se han visto obligados a hacer frente. Sin embargo, el incremento de situaciones de sustracción en los últimos años, y con casos cada vez más mediáticos, no ha de llevarnos a pensar que sea una cuestión a la que los Estados no hayan prestado atención hasta ahora.

A distintos niveles y mediante diversos instrumentos, desde 1980 se han ido adoptando Convenios teniendo todos ellos en común preservar el interés superior del menor, si bien los medios utilizados para ello han sido variados y con mayor o menor éxito.

En este epígrafe se recoge el análisis de **instrumentos que tienen como objeto del restablecimiento de la custodia**, como el de Luxemburgo de 1980 en el seno del Consejo de Europa; el de la Haya de 1980 dentro de la Conferencia de la Haya o el más reciente Reglamento 2201/2003 en la Unión Europea. Del mismo modo, también se analizarán la Convención de Nueva York de 1989 sobre Derechos del Niño y el Convenio de la Haya de 1996 que busca una mayor cooperación en materia de protección de los niños. A nivel interno, también cabe destacar el Convenio bilateral firmado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos en 1997 en materia de derecho de custodia, visita y devolución de menores; y el procedimiento interno que se ha articulado a través del art. 778 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que adapta el procedimiento interno de devolución de menores a la legislación internacional.

1. CONVENIO EUROPEO RELATIVO AL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EN MATERIA DE CUSTODIA DE MENORES, ASÍ COMO AL RESTABLECIMIENTO DE DICHA CUSTODIA, HECHO EN LUXEMBURGO EL 20 DE MAYO DE 1980

1.1. Introducción

El Convenio de Luxemburgo fue adoptado en el seno del Consejo de Europa el 20 de mayo de 1980 si bien no entró en vigor para España hasta el 1 de septiembre de 1984. Es importante reseñar por las fechas, que el 25 de octubre de 1980 también se firma el Convenio de la Haya, del que España también es parte, estando en vigor desde el 24 de agosto de 1987.

Ese cierto paralelismo en la elaboración de ambos instrumentos será uno de los condicionantes a la **escasa aplicabilidad en la práctica que ha tenido el Convenio de Luxemburgo**. Tal y como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González²¹ ambos organismos internacionales habrían entrado en una “carrera competitiva” por ver qué organismo conseguía un convenio que pudiese solucionar el fenómeno de la sustracción internacional de menores. En lugar de ello, habría sido deseable, señalan ambos autores, que se hubiese trabajado en la **cooperación entre ambos organismos buscando una solución única y que verdaderamente pusiese fin al problema**. Sin embargo, se llegó a la elaboración de dos convenios que prevén mecanismos distintos para atajar el mismo fenómeno. Si bien ambos convenios son complementarios (art. 19 del Convenio de Luxemburgo y art. 34.2 Convenio de la Haya) **aplicándose aquel que resulte más favorable a la restitución del menor en cada caso**; el procedimiento y presupuestos que prevé el Convenio de Luxemburgo y que veremos a continuación, hace que la práctica habitual de las autoridades centrales españolas sea la de decantarse por aplicar el cauce previsto en el Convenio de la Haya²².

Una segunda circunstancia que ha reducido la aplicabilidad en la práctica del Convenio de Luxemburgo es la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003 aprobado en el seno de la Unión Europea y que vincula a todos sus Estados miembros, a excepción de Dinamarca. La primacía de la que goza el Reglamento 2201/2003 sobre el Convenio de Luxemburgo²³ provoca que su aplicabilidad quede circunscrita a aquellos conflictos en los que el menor haya sido trasladado desde un Estado parte del Convenio de Luxemburgo a otro Estado parte del Convenio, y al menos uno de esos dos no sea miembro de la Unión Europea. Todo ello, sin perjuicio de la consideración acerca de la complementariedad con el Convenio de la Haya a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior.

²¹ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (dir.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Cóllex, 2004, pp.168.

²² DE LA ROSA CORTINA, J.M. “El procedimiento para la restitución de menores en casos de sustracción internacional: perspectivas de futuro”. pp.14.

²³ El art. 20 del Convenio de Luxemburgo ya preveía la posibilidad de que en el futuro dos o más Estados contratantes pudiesen establecer una legislación uniforme, en cuyo caso estarían facultados para aplicar entre ellos dicha legislación y no el Convenio; siempre y cuando fuese notificado al Secretario General del Consejo de Europa.

1.2. Ámbito de aplicación

Entrando en el fondo, tal y como sistematizan Calvo Caravaca y Carrascosa González²⁴, la aplicación del Convenio de Luxemburgo requiere de la concurrencia de tres presupuestos tal y como se deduce del Convenio:

• **El sujeto trasladado de un Estado a otro debe ser un menor conforme a la definición que da el art. 1.a) del Convenio.** Es decir, ha de tratarse de un menor de 16 años y que conforme a la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad, no tenga derecho a fijar su residencia.

• **El traslado debe haber sido ilícito, conforme a la definición del art. 1.d).** Esta es una de las peculiaridades del Convenio de Luxemburgo con respecto al Convenio de la Haya y que precisamente hace que el último sea el preferido en la práctica²⁵. Para considerar que existe traslado ilícito y poder aplicar el Convenio de Luxemburgo, el traslado debe haberse producido (1) en infracción de una resolución relativa a la custodia y dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado; (2) el no regreso de un menor al finalizar el período de derecho de visitas o cualquier otra estancia temporal en el territorio de un Estado distinto al que se ejerza la custodia; o (3) que el traslado se declare ilícito posteriormente como consecuencia de una resolución ulterior al traslado que se refiera a la custodia y declare ilícito el traslado²⁶.

• **El menor debe haber sido trasladado de un Estado parte del Convenio a otro Estado parte del Convenio.**

El Convenio de Luxemburgo, al igual que el Convenio de la Haya, prevé la coordinación entre las autoridades centrales cuya designación está prevista en el artículo 2 del CL, habiendo sido designado en España como Autoridad Central la Subdirección de Cooperación Jurídica Internacional. A través de esta autoridad central no solo podrá la persona interesada pedir el reconocimiento y/o ejecución de una resolución relativa a la custodia que haya obtenido en otro Estado parte (art. 4); sino que también se prevén en el artículo 3 medidas de cooperación y coordinación entre las propias autoridades.

1.3. Competencia

Desde la entrada en vigor de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional, el procedimiento de exequátur se regula en los artículos 52 a 55 de dicha ley. Según el artículo 52 son competentes los **Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la persona frente a la que se solicita el exequátur**. Subsidiariamente, donde deban producirse los efectos o donde se solicite el exequátur.

Existe una **excepción a la regla de competencia** anterior para los supuestos del artículo 8 que se resumirán a continuación, en los que se traza una restitución de plano diseñado a través de la restitución inmediata del menor sin ningún exequátur de por medio²⁷.

²⁴ CALVO CARAVACA, AL y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JL. *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2009, pp.299.

²⁵ AZCÁRRAGA MONZANÍS, C. “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente” *Revista Bolivariana de Derecho*, julio 2015, nº20. Señala la autora que la exigencia de que exista una resolución previa que decida sobre la custodia es una de las principales diferencias entre el Convenio de Luxemburgo y el Convenio de la Haya de 1980 y que llevan a que se haya hecho un mayor uso del Convenio de la Haya, pese a ser posible su simultaneidad y complementariedad.

²⁶ Tal es así este último supuesto, que el art. 12 del Convenio de Luxemburgo prevé la aplicabilidad de este Convenio cuando exista resolución ulterior al traslado en la que se resuelva sobre el derecho de custodia.

²⁷ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Globalización...” op. cit.

1.4. Procedimiento

El Convenio de Luxemburgo opta por el **procedimiento del exequátur**, lo cual ha sido criticado por algunos autores como Reig Fabado²⁸ que señala que ello conlleva grandes dificultades derivadas de la larga tramitación en casos que necesitan de una respuesta rápida y eficaz. Sin embargo, otros como Calvo Caravaca y Carrascosa González señalan la importancia que supone la agilidad que se le da al procedimiento del exequátur a través de la limitación de las causas de denegación. Esa limitación de los motivos de denegación del exequátur va a depender del supuesto en el que podamos encajar cada caso, dado que se prevén distintos mecanismos en atención a diferentes situaciones.

En primer lugar, el artículo 8 recoge lo que Calvo Caravaca y Carrascosa González definen como el “**anti-exequatur**”, pues en ellas la autoridad central del Estado requerido dispondrá la restitución inmediata del menor; sin que pueda alegarse ninguno de los motivos recogidos en el Convenio, en el caso de que fuese necesaria la intervención de la autoridad judicial para cumplir con la restitución inmediata. Ello puede darse en dos situaciones:

- Cuando en el momento de entablarse el procedimiento en el Estado que dictó la resolución, o bien en la fecha de traslado de hecho si el mismo se produjo con anterioridad, tanto el menor como los padres solo gocen de la nacionalidad del Estado que ha dictado la resolución y, además, el menor tenga en el mismo su residencia habitual en el mismo²⁹.
- Cuando, bien por acuerdo homologado entre quien tiene la custodia del menor y la otra persona, o bien por resolución de la autoridad competente, se confiere un derecho visitas y una vez expirado el mismo, el menor no es restituido.

En cualquiera de los casos, es necesario que se haya dirigido a la autoridad central una solicitud de restitución dentro del plazo de seis meses a contar desde la fecha de trasladado sin derecho.

Un segundo escenario se contempla en el artículo 9 que prevé un “**exequátur simplificado**” para todas aquellas situaciones distintas a las previstas en el art. 8 y en las que la solicitud de restitución se formule igualmente dentro de los seis meses a contar desde el desplazamiento ilícito. Para esos supuestos se contemplan los siguientes motivos de denegación:

- Cuando la resolución haya sido dictada en ausencia del demandado (o representante legal) por no haberle sido notificado al demandado el escrito (o documento equivalente) por el que se incoa el procedimiento. No obstante, lo anterior, no será causa de denegación cuando la falta de notificación se deba a que el demandado ocultó el lugar de su paradero a quien entabló el procedimiento correspondiente en el Estado de origen.
- Cuando la resolución haya sido dictada en ausencia del demandado (o representante legal) la competencia de la autoridad que dictó esa resolución no estuviera fundada en alguno de los siguientes puntos de conexión: (1) la residencia habitual del demandado; (2) la última residencia común de los padres del menor, cuando al menos uno de los dos continúe residiendo habitualmente en la misma; o (3) en la residencia habitual del menor.
- Cuando la resolución fuera incompatible con una resolución relativa a la custodia que ya era ejecutoria en el Estado requerido con anterioridad al traslado del menor. No obstante, no será motivo de denegación del reconocimiento o ejecución cuando el menor hubiera tenido su residencia habitual en el territorio del Estado requirente en el año precedente a su traslado.

²⁸ REIG FABADO, I. “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Revista Bolivariana de Derecho*, julio 2015, n°20.

²⁹ Señalan los autores de referencia que este sería un supuesto de internacionalización ficticia de un supuesto interno.

También se aplicarán los motivos de denegación anteriores cuando aun no existiendo solicitud a la autoridad central, cuando se solicite el reconocimiento o ejecución en los seis meses siguientes al traslado sin derecho.

El artículo 9.3 prevé también que en ningún caso se podrá someter la resolución a un examen sobre el fondo.

El tercer y último escenario contempla un “**exequátur reforzado**” que se recoge en el art. 10. Este escenario está previsto para todos aquellos supuestos que no encajen dentro de los artículos 8 y 9; que serán, sustancialmente, aquellos casos en los que la solicitud se presente una vez hayan transcurrido ya seis meses desde la fecha de traslado ilícito³⁰. En estos casos, además de los motivos de denegación del artículo 9, se prevén los siguientes:

- Si los efectos de la resolución son manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del derecho por el que se rigen la familia y los hijos en el Estado requerido (apartado a)).

- Si como consecuencia de modificaciones en las circunstancias (especialmente el transcurso del tiempo) los efectos de la resolución de origen ya no concuerdan, de forma manifiesta, con el interés del menor. No obstante, ese cambio en las circunstancias no puede ser consecuencia únicamente del traslado efectuado sin derecho. (apartado b)). A este respecto, el art. 15 prevé que antes de resolver deberá oírse al menor (salvo cuando exista una “imposibilidad práctica” que viene a equivaler a tener en cuenta la edad y capacidad de discernimiento) y otras indagaciones que considere necesarias el Estado requerido, corriendo en todo caso los gastos que deriven de las mismas, a cargo del Estado en que se practicaron.

- Si en el momento de entablarse el procedimiento en el Estado de origen el menor tuviera la nacionalidad o residencia habitual del Estado requerido y no existiera ninguno de esos vínculos con el estado de origen (apartado c) i)).

- Si en el momento de entablarse el procedimiento en el Estado de origen el menor tuviera a la vez la nacionalidad del Estado de origen y del Estado requerido y su residencia habitual en el Estado requerido (apartado c) ii)).

- Si la resolución fuera incompatible con una resolución dictada, bien en el Estado requerido, o bien en un tercer Estado, pero ejecutoria en el Estado requerido como consecuencia de un procedimiento entablado antes de presentarse la petición de reconocimiento o de ejecución; y siempre y cuando la denegación concuerde con al interés del menor.

En los casos que entran dentro del art. 10 el apartado tercero contempla la posibilidad de suspender el procedimiento cuando:

- Contra la resolución de origen se interpusiese recurso ordinario.
- En el Estado requerido estuviese pendiente algún procedimiento relativo a la custodia del menor incoado antes de entablarse el procedimiento en el Estado de origen.
- Otra resolución relativa a la custodia del menor fuera objeto de un procedimiento de ejecución o de cualquier otro procedimiento de dicha resolución.

En el art. 11 se refiere al reconocimiento y ejecución de las medidas que se refieran a los derechos de visita. Si bien se realizará el reconocimiento y ejecución conforme disponga la resolución en las mismas condiciones que las resoluciones sobre custodia; la Autoridad central del Estado requerido podrá fijar las modalidades de cumplimiento. Es más, en caso de que no existan resoluciones sobre el derecho de visita o cuando se deniegue el reconocimiento o ejecución de la resolución relativa a la custodia, la Autoridad central del

³⁰ CALVO CARAVACA, AL y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional...* op. cit. p.300.

Estado requerido podrá disponer que el órgano competente resuelva acerca del derecho de visita.

La petición de reconocimiento o ejecución la realizará la Autoridad central del Estado requirente al requerido acompañándose de la documentación que señala el art. 13 del Convenio. Es importante resaltar que deberá acompañarse el documento que habilite a la autoridad central del Estado requerido para actuar en nombre del requirente, la resolución judicial, así como cualquier documento que indicar dónde se halla el menor, entre otros. Todos estos documentos deberán ir acompañados de la correspondiente traducción con arreglo a las normas del art. 6³¹.

2. CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES HECHO EN LA HAYA EL 25 OCTUBRE DE 1980

2.1. Introducción y objetivos del Convenio

El Convenio de la Haya fue adoptado por la Conferencia de La Haya de DIPr en octubre de 1980. El CH-80³² surge con la finalidad de lograr, por medio de un marco normativo a nivel internacional, la cooperación de autoridades tanto administrativas como judiciales de los estados contratantes, y conseguir el retorno, lo antes posible, del menor sustraído ilegalmente al país donde se encuentre su residencia habitual anterior al secuestro o sustracción. Para conseguir y garantizar dicha protección al menor, este Convenio, establece una serie de procedimientos que deben aplicar los estados parte del mismo, para una “restitución inmediata” a su país de residencia habitual, al tiempo que se respetan los derechos de guardia y custodia³³.

Tal y como aparece en el propio Convenio y ha sido transcrito en la II Jornada de Derecho Internacional privado³⁴, los Estados signatarios de este convenio decidieron concluir dicho Convenio “*deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podrían ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita*”.

Como se ha dicho, lo que se pretende es proteger al hijo común menor, que puede vivir una situación dolorosa, incluso traumática, después del divorcio de sus progenitores, y más en el momento en el que uno de ellos decide retenerlo o secuestrarlo ilícitamente en un estado en el que no se encuentra su residencia habitual, y sin contar para ello con el consentimiento del otro progenitor.

En resumen, los objetivos de este Convenio son lograr el retorno del menor trasladado ilícitamente de un país a otro, sin entrar a valorar el fondo del asunto; y, velar por el

³¹ Normas acerca de la lengua en la que se han de redactar los documentos y las traducciones que han de acompañarse y su admisión. Todo ello sin perjuicio de acuerdos que se concierten entre las autoridades centrales.

³² Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980, a partir de ahora, CH-80; o simplemente Convenio.

³³ CUARTERO RUBIO, M.V, “La Mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 1998, p. 1293 y 1294.

³⁴ JORNADAS DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE TOLEDO, *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, Patronato universitario de Toledo, Toledo, 1991, p. 109.

cumplimiento de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado origen del menor³⁵.

De todos los instrumentos internacionales que protegen al menor en casos de sustracción internacional ilícita, entre los que se encuentra también el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en cuestión de protección de menores, el más importante es el CH-80. Y lo es debido a: a) debido al gran número de estados parte; b) El ya citado carácter fáctico que posee; c) Y que tiene como principal objetivo la protección del menor³⁶.

Lo primero a tener en cuenta es que, se trata de un “*convenio fáctico*”. El que sea un convenio de carácter fáctico hace alusión a una serie de circunstancias que lo diferencian de los convenios clásicos de DIPr. Dentro de esas circunstancias que lo diferencian del resto de convenios clásicos estaría, en primer lugar, el hecho de que no entre a regular el fondo del asunto. Se limita a lograr el retorno a su residencia habitual del menor que ha sido trasladado ilícitamente de un país a otro por uno de sus progenitores, por supuesto, sin contar con el consentimiento del otro. Es decir, no regula la “Ley aplicable” al fondo de la titularidad de los derechos de guardia y visita, así como tampoco la atribución o privación de la patria potestad o de la responsabilidad parental.

De hecho, el art. 16 establece una “*prohibición de litigar sobre el fondo del asunto relativo al menor*”. Concretamente, el art. 16 establece que “las autoridades a donde haya sido trasladado el menor ilícitamente no decidirán sobre el fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido de conformidad con el presente convenio o hasta que haya transcurrido un tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio”. En definitiva, se trata de una regla de “competencia judicial internacional negativa”, que impide a cualquier tribunal del Estado donde ha sido trasladado ilícitamente el menor y donde se encuentra una vez ha sido formulada la reclamación para su restitución, conocer decidir sobre el fondo de la cuestión³⁷.

Es importante tener en cuenta las tres situaciones distintas que se pueden dar a este respecto y que se desprenden de esta regla: a) No cabe entrar en el fondo del asunto si se ordena el retorno del menor; b) Tampoco, si la resolución que ordena el retorno o no del menor no es firme; c) La restitución no equivale a custodia, si un tribunal se pronuncia sobre lo primero no hay que entender que está pronunciando en ningún caso sobre la custodia (art. 19 CH); d) Por último, los jueces del país donde se encuentra el menor tendrán reconocida competencia judicial internacional si se acuerda la no restitución de dicho menor. Solo en este supuesto los jueces donde se encuentra el menor podrán también entrar a valorar el fondo del asunto, es decir, la guardia y custodia³⁸.

En segundo lugar, otra de las características que le confieren ese carácter fáctico es que tampoco regula la “competencia judicial internacional” o “el reconocimiento y ejecución de sentencias”. Y, por último, hay que decir que, a diferencia también de otros convenios, éste establece una acción directa y una cooperación internacional de autoridades para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual.

³⁵ CALVO CARAVACA, AL y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JL. *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2009, p. 550.

³⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A , *Mediación, secuestro internacional e menores y ODR*, Comares, Granada, 2013, p. 161 y 162.

³⁷ CALVO CARAVACA, AL y CARRASCOSA GONZÁLEZ. Op. cit., p. 549.

³⁸ STS 22 junio 1998

2.2. Ámbito de aplicación

Para determinar la aplicación de este Convenio tenemos que comprobar que en el supuesto concreto se dan unos determinados requisitos subjetivos (que el niño sea menor de 16 años y tenga su residencia habitual en un Estado contratante), objetivos (qué debe entenderse por traslado ilícito) y territoriales (el Estado en el que el menor tiene su residencia habitual y al que es trasladado deben ser Estados parte del Convenio).

En cuanto a los requisitos subjetivos, el convenio (según el art. 4) se aplicará a los menores de 16 años con residencia habitual en un Estado contratante en el momento de la sustracción ilícita. Hay que saber que el convenio se aplicará con independencia de la nacionalidad y filiación del menor, y de quiénes hayan sido sus secuestradores (padres, abuelos, hermanos...) ³⁹. Si nos encontramos ante una sustracción de menores, se está aplicando el Convenio y el menor sustraído cumple los 16 años, el Convenio se dejará de aplicar y todos los trámites seguidos hasta el momento quedarán paralizados.

Ya se ha dicho que una vez que el menor cumple los 16 años el Convenio deja de aplicarse, pero ¿qué ocurre con el traslado y la residencia habitual si el menor es todavía un bebé, o está en el útero, o la mujer embarazada se ha trasladado a otro país en el que después retiene al hijo recién nacido? Tanto el Convenio como la jurisprudencia han resuelto estas cuestiones:

1.º) *Traslado internacional de bebés*

Partimos de la base de que los bebés habitan con las personas de las que dependen, así, para poder establecer su residencia habitual es preciso determinar primero el país en el que las personas de las que dependen residen, y se entiende que estos últimos residen en el país en el que tienen su centro social de vida ⁴⁰.

2.º) *Traslado internacional de criatura in útero*

En este caso de lo que partimos es de la concepción de menor. El convenio se va a aplicar siempre que estemos ante un menor de 16 años ⁴¹, pero un concebido no nacido no es un menor. Cuando nazca se podrá determinar si existe o no retención ilícita. Por lo tanto, las mujeres que estando embarazadas se trasladan de un país a otro no están cometiendo un traslado ilícito porque no hay menor.

3.º) *Traslado internacional de mujer embarazada y subsiguiente retención del niño nacido*

Este es un supuesto distinto al anterior. En el anterior caso, la mujer embarazada se trasladaba a otro país, pero no había ni residencia habitual del menor en el primero, ni menor como tal, y por supuesto, tampoco traslado ilícito. En este segundo caso, la mujer embarazada se traslada a otro país y al dar a luz en este otro país retiene al niño nacido. En este caso sí que habría un traslado ilícito, aquí ya no hablamos de un no nacido. Lo que ocurre en estos casos es que, la mujer una vez ha dado a luz decide retener al menor ilícitamente. Se supone que ese país en el que está siendo retenido el menor no es el de su residencia habitual pues esta la deben determinar ambos progenitores de común acuerdo.

³⁹ CALVO CARAVACA, AL y CARRASCOSA GONZÁLEZ. Op. cit., p. 550.

⁴⁰ SAP Zaragoza 19 enero 2016. Estamos ante un supuesto de sustracción internacional de menores desde Italia. En este caso, la AP de Zaragoza estableció que la corta edad de la menor no podía utilizarse como causa que permitiera a la madre decidir unilateralmente la residencia de la menor (...), siendo claro que la residencia de la menor se encontraba en Italia y no en España, que era donde la menor había sido trasladada ilícitamente por su madre.

⁴¹ Arts. 1 y 4 *in fine* CH 1980.

Si la madre se ha trasladado embarazada a otro país para dar a luz allí y ocultar el niño al padre se estaría infringiendo el derecho de custodia que ostenta el padre, pues el recién nacido no se encuentra en el país de su residencia habitual, país que debería haber sido elegido por ambos progenitores en ejercicio de su derecho de custodia.

Siguiendo con los requisitos subjetivos queda analizar la residencia habitual. A pesar de ser un concepto primordial para la correcta aplicación del Convenio, no se encuentra definido como tal en el mismo. Esto ha llevado en la práctica al surgimiento de diversos problemas en cuanto a su interpretación. Problemas y dificultades que han sido debatidos y analizados por la Comisión Especial para el seguimiento de la aplicación del Convenio. Así se recoge en las Conclusiones de la Comisión reunida en 1989⁴², en 1993⁴³, y en 1997⁴⁴.

Los problemas específicos en relación con el concepto de residencia habitual han sido los siguientes⁴⁵:

1º.) En algún que otro supuesto los Tribunales han considerado que la residencia habitual del menor era el lugar de residencia que tenía el menor en el momento en el que se produce la sustracción. Hay que partir del hecho de que lo determinante en este caso no es donde reside el menor en el momento de la sustracción, sino si existían lazos sociales y afectivos que unen al menor con dicho lugar. Esto fue lo que se debatió en el caso *Friedrich vs. Friedrich*⁴⁶.

2º.) Los acuerdos de custodia compartida también pueden plantear muchos problemas en la práctica, sobre todo, si en los mismos se establece cuál es el lugar que se considera residencia habitual del menor.

En este caso lo que la Comisión concluyó fue que las partes (los padres) no están legitimadas para fijar como residencia habitual del niño un lugar diferente a aquel que lo es efectivamente. Esta determinación hecha por los progenitores en un acuerdo de custodia compartida no será determinante en ningún caso para el Tribunal que conozca del asunto⁴⁷.

La conclusión que se extrae de la solución aportada por la Comisión respecto a estos dos problemas es la siguiente:

- Primero, el concepto de residencia habitual es un concepto fáctico, es decir, no se trata de una creación jurídica.

⁴² Overall conclusions of the Special Commission of October 1989 on the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (1989), Question B.

⁴³ Report on the Second Special Commission Meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (1993), Question 5.

⁴⁴ Report on the Third Special Commission Meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (1997), Question 7.

⁴⁵ GÓMEZ BENGOCHEA, B, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 67.

⁴⁶ Caso Número 92-3117, decidido el 22 de enero de 1993 por el United States Court of Appeal for the 6th Circuit. Recogido en: Report on the Second Special Commission Meeting..., *cit.*, Question 5. En este caso lo que se planteaba era si la residencia habitual de un menor que había sido sustraído por su madre se encontraba en territorio alemán o estadounidense. Antes de la separación de los padres el menor vivía en Alemania, y la madre, militar, lo había trasladado unos días antes de la sustracción a la base militar americana en la que trabajaba. Después se trasladó con el menor a EEUU. Lo que la Court of Appeal dijo fue que la residencia habitual del menor no se encontraba en Estados Unidos, como había dicho el Tribunal inferior, sino en Alemania. El niño debía regresar a Alemania y serían los Tribunales alemanes los que conocieran en todo caso las cuestiones relativas a la custodia del menor.

⁴⁷ GÓMEZ BENGOCHEA. Op. cit., p. 68.

- Segundo, la interpretación de residencia habitual no debe hacerse con referencia alguna a leyes estatales de los Estados parte, sino desde una perspectiva puramente internacional y con arreglo al Convenio.

- El tiempo como criterio para determinar la residencia habitual no es suficiente, lo importante son los lazos afectivos que el menor haya establecido con ese lugar.

- Es un lugar que no deriva del domicilio de los padres, sino de la propia integración del menor a ese medio⁴⁸.

Para poder aplicar el Convenio, también debe cumplirse un requisito objetivo, y es que el traslado del menor sea ilícito. Como establece el art. 3 del Convenio el traslado del menor debe ser ilícito. Se considerará como traslado ilícito aquel que infringe el derecho de custodia, siempre que esta esté siendo ejercida de forma efectiva. El derecho de custodia no se basa solo en tutelar al menor, también comprende el derecho a fijar el domicilio o residencia habitual. Será precisamente la vulneración de este derecho a fijar la residencia habitual la que nos haga ver que estamos ante un traslado ilícito. Ahora bien, hablamos de una vulneración de este derecho del custodio, y, por tanto, de un traslado ilícito, cuando este es permanente, no cuando estamos ante periodos vacacionales o un simple viaje a otro país.

El convenio, como ya se ha dicho en varias ocasiones, aparte de proteger al menor, persigue que se cumplan los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de origen del menor. Es por ello que cuando el derecho de custodia ha sido vulnerado se utiliza la “acción directa de retorno del menor” en unos supuestos específicos: a) Cuando teniendo uno de los progenitores reconocido el derecho de custodia y el otro el de visitas, este último aprovecha una de esas visitas para sustraer al menor; b) Cuando ambos progenitores ejercen de forma compartida la custodia, y uno de ellos traslada al menor a otro país; c) El supuesto, poco común, en el que ambos progenitores tienen reconocida la facultad de decidir y establecer la residencia habitual del menor, pero el que ostenta la custodia decide trasladar al menor al extranjero sin contar para ello con el otro progenitor; d) Por último, cuando teniendo uno de los progenitores reconocida la custodia, pero limitada al territorio del concreto país, decide trasladar al extranjero al menor sin contar con el consentimiento o autorización del otro progenitor o del juez⁴⁹.

⁴⁸ Sentencia del “Oberlandesgericht” de Stuttgart de 23 de junio de 1975, aplicación del Convenio de la Haya sobre protección de menores. En esta sentencia aparece una definición útil de residencia habitual: “por residencia habitual hay que entender una situación efectivamente existente, creada después de un periodo de cierta duración, el domicilio efectivo, el lugar del verdadero centro de gravedad determinante del modo de vida del menor, lugar que no deriva del domicilio de los padres, y que está determinado de forma autónoma; una condición de la existencia de la residencia habitual estriba en una cierta integración en el medio; las relaciones de tipo provisional aun no establecidas sólidamente o son suficientes; la residencia debe haber durado cierto tiempo o haberse proyectado para un periodo de cierta duración”.

⁴⁹ La ciudadana María José Carrascosa contrajo matrimonio en 1999 con un ciudadano norteamericano. De este matrimonio nació una niña. En 2004 se divorcian ante los tribunales norteamericanos. Ambos progenitores alcanzaron un acuerdo por el que la menor viviría con su madre, reconociéndole al padre un derecho de visitas los fines de semana, y la menor no debía ser trasladada fuera de los Estados Unidos sin el permiso escrito del padre. En 2005 la madre viaja a España y decide traer consigo a su hija sin el permiso del otro progenitor, en julio del mismo año María José obtiene de un juzgado de Valencia la custodia de la menor. En 2006, el padre obtiene la custodia de la niña por sentencia dictada en New Jersey. El padre también acudió a los tribunales españoles y solicitó la restitución de la menor a los Estados Unidos en virtud del CH- 80, en vigor para España y Estados Unidos. Pues bien, lo que entendieron los tribunales españoles era que el acuerdo entre los padres era una mera declaración de intenciones sin fuerza legal, y que además ese acuerdo limitaba la libre circulación de la madre y de la niña, derecho recogido en la CE. Así las cosas, si la custodia de la menor corresponde a la madre esta es la que tiene el derecho para fijar el domicilio de la menor. En consecuencia, los tribunales españoles estimaron que el traslado de la menor a España no fue ilícito en el sentido del ante citado CH-80, y denegó el retorno de la menor a los Estados Unidos. Como consecuencia del traslado de la menor a España, efectuado por su madre, los tribunales de New Jersey la condenaron por el delito de secuestro. En agosto de 2006, M^a. José

El fundamento principal para poner en marcha este proceso de restitución inmediata es que el tribunal que tiene competencia para conocer las cuestiones relativas a la guarda y custodia o las visitas del menor es el del lugar de residencia habitual del menor. Lo que se pretende con ello es que el tribunal competente conozca y resuelva lo antes posible los problemas surgidos en torno a la custodia del menor⁵⁰.

En cuanto a la atribución de la custodia, lo más novedoso es que el Ch-80 reconoce como modo para llevar a cabo dicha atribución, no solo decisiones judiciales o administrativas, sino también los acuerdos con efecto legal a los que hayan llegado los padres del menor. Pueden darse dos supuestos distintos, o bien, que ambos hayan acordado la posibilidad de que el menor viaje el extranjero, en cuyo caso no habrá un traslado ilícito por haber sido este consentido, o bien, existe dicho acuerdo, pero para un traslado temporal, que infligido si daría lugar a una infracción del acuerdo y a una retención ilícita.

A este respecto cabe señalar que el carácter vinculante de dicho acuerdo se determinará con arreglo al Derecho del Estado de origen del mismo. Tema este que dio lugar a uno de los casos más sonados en las últimas décadas, el de la ciudadana española María José Carrascosa⁵¹.

El último requisito que se debe dar e para poder aplicar el CH-80 es que debemos estar ante estados parte. Solo se aplicará si el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual y el Estado al que es trasladado son estados parte. Es decir, que si estamos ante un tercer estado no parte el Convenio no se aplicaría. De este modo, no se aplicaría si: a) El menor tiene su residencia habitual en un Estado parte y es trasladado a un Estado no parte; b) Si el menor es trasladado a un Estado parte, pero tiene su residencia habitual en un Estado no parte; c) Si el menor es sustraído de un país en el que no tiene su residencia habitual para llevarlo a otro en el que sí la tiene.

2.3. Funcionamiento del Convenio

El CH-80 se basa en el establecimiento de Autoridades centrales en cada uno de los Estados parte, técnica esta que ha mostrado muy efectiva y que constituye una garantía para

regresó a los Estados Unidos para defenderse ante los tribunales de dicho país y para arreglar algunos negocios. En septiembre del mismo año, los tribunales estadounidenses ordenan la detención de la ciudadana española. En noviembre de 2006, es detenida e ingresa en prisión acusada del secuestro de su hija y de desacata a los tribunales, ya que, según estos, la ciudadana española había infringido la custodia de la menor establecida en sentencia norteamericana. En 2009, la ciudadana española es declarada culpable de los nueve delitos de los que estaba acusada, y se la condena a 14 años de prisión. En 2016, esta mujer salió de la cárcel en régimen de libertad vigilada. Este caso es un supuesto internacional de secuestro internacional y restitución de menores. Es un litigio entre particulares que, por tanto, debe ser resuelto por el DIPr. No es un litigio entre España y EEUU. Entre ambos Estados, como mucho, solo puede surgir responsabilidad internacional, en su caso, por haber incumplido las obligaciones asumidas por los mismos en un Convenio internacional. por ejemplo, Estados Unidos podría demandar a España ante el TIJ por haber incumplido sus obligaciones internacionales de aplicar correctamente en este caso, el Convenio de 1980. Pero EEUU no pueden demandar a España por el hecho de que sus tribunales hayan concedido la custodia de la menor a la madre en contradicción con lo que habían dispuesto los tribunales estadounidenses. En definitiva, la interpretación divergente que los tribunales de ambos países hicieron respecto al concepto de “traslado ilícito” ha comportado que la menor fuese trasladada desde los EEUU hasta España, y que dicha menor haya pasado muchos años sin ver a ninguno de sus padres.

La interpretación que los jueces españoles hicieron del traslado ilícito es mu discutible, primero, porque el art. 19.1 CE puede limitarse justificadamente por los tribunales en interés al menor, y segundo, el carácter vinculante del acuerdo entre los progenitores, que impedía a la menor salir de los EEUU, debía ser decidido no con arreglo a derecho español, sino con arreglo al Derecho de los Estados Unidos.

⁵⁰ GÓMEZ BENGOCHEA. Op. cit., p. 67.

⁵¹ Vid. Cita a pie de página n°. 18.

los ciudadanos, que en otro contexto quedarían, si tuvieran que promover por sí mismos acciones en un país extranjero, en una situación de indefensión.⁵²

Cada estado designa sus propias autoridades centrales y estas tienen la misión de colaborar entre sí⁵³. El Convenio, en su art. 8, establece que el procedimiento para la restitución del menor debe iniciarse mediante un escrito (con un contenido mínimo especificado en el propio artículo) dirigido a la Autoridad Central.

La Autoridad central no necesariamente tiene que ser un órgano administrativo, puede ser también un órgano de carácter judicial⁵⁴. En España la Autoridad Central es el Ministerio de Justicia.

La labor primordial de las Autoridades centrales es localizar a los menores en los Estados parte y de garantizar su devolución al Estado de origen. Ahora bien, no debe entenderse que la Autoridad Central actúa como un autómata, que se limita a tramitar las reclamaciones de restitución que se le presentan. Cumple también con una importante labor de filtro de dichas pretensiones⁵⁵.

Otro aspecto a tener en cuenta y que debe resaltarse es que la autoridad central no tiene el monopolio en el ejercicio de las acciones de restitución, pues conforme al art. 3 del Convenio, el progenitor puede ejercitar por sí mismo las acciones de restitución, sin precisar de la mediación y ayuda de la autoridad central⁵⁶.

Como se ha dicho, la solicitud para poder ser admitida por la autoridad central debe reunir una serie de requisitos que aparecen detallados en el art. 8.2.a-g. Y entre los que se encuentran la identidad de todas las personas afectadas, los motivos de la reclamación, así como todo lo referente al lugar de residencia del menor.

2.4. Posibles causas para denegar el retorno del menor

Lo primero que se tiene que tener en cuenta es que la restitución, como dicen Calvo Caravaca y Carrascosa González, no es una restitución “*de plano*” o automática. En efecto, se puede alegar diversas causas para denegar dicha restitución. A este efecto cabe distinguir dos supuestos distintos: a) Que haya transcurrido menos de un año desde el traslado del menor (art. 13); b) Que haya transcurrido más de un año desde dicho traslado (art. 12)

Empezamos, pues, por el supuesto en el que ha transcurrido menos de un año desde el traslado del menor. En el caso de que haya transcurrido menos de un año desde que se produjo el traslado ilícito del menor y hasta que se presenta la reclamación ante las autoridades del estado parte al que ha sido trasladado, las autoridades de dicho país están obligadas a ordenar la “*restitución inmediata*” del menor. No obstante, y aunque en este supuesto sea obligatorio el ordenar la restitución inmediata del menor, se pueden dar ciertas causas que permiten a dichas autoridades del país en el que se encuentra el menor “no ordenar la restitución del menor”. De hecho, el art. 13 CH-80 establece un proceso “de no restitución” dividido en dos etapas. La primera de ellas consistirá en acreditar si existen o no causas para que permitan no ordenar dicha restitución. En la segunda etapa y una vez acreditadas tales causas, el tribunal *puede* ordenar la no restitución. Como se ha dicho el tribunal “*puede*”, por lo que, no existe una obligación para el juez que conoce de la restitución de decidir la no restitución. Es una

⁵² ROSA CORTINA, J.M. DE LA, *Sustracción parental de menores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p.67.

⁵³ Arts. 6 y 8 CH-80, respectivamente.

⁵⁴ Si se consulta la web de la Conferencia de La Haya, <https://www.hcch.net> puede verse que, en Ecuador, por ejemplo, la Autoridad Central es la Corte Nacional de Menores.

⁵⁵ ROSA CORTINA. Op. Cit., p. 70.

⁵⁶ Vid. ROSA CORTINA. Op. Cit., p. 70.

decisión discrecional que toma el juez en atención a circunstancias tales como el efecto psicológico y emocional que tendría para el menor ese retorno.

Cuatro son las causas de denegación que se encuentran recogidas en el art. 13 CH-80:

1º.) Custodia no ejercida de hecho o traslado consentido del menor.

La restitución del menor se puede denegar si se logra demostrar que la persona a cuyo cargo estaba el menor no ejercía efectivamente el derecho de custodia cuando el menor es trasladado, o bien, cuando ha consentido de forma cierta (aunque de forma implícita o explícita) el traslado o retención del mismo (art. 13.a). no obstante, deben hacerse una serie de precisiones respecto a lo expuesto. En primer lugar, se debe probar tanto el ejercicio no efectivo por la persona al que se le ha reconocido la custodia, como que ha consentido al traslado del menor. Por supuesto, quien debe demostrar que se ha dado una u otra circunstancia debe ser la parte que las invoca, ha trasladado ilícitamente al menor y se niega a su restitución.

En segundo lugar, no debe confundirse el consentimiento que da uno de los progenitores al otro cuando se trata de traslados temporales a cuando hablamos del consentimiento que se pueda dar en un traslado definitivo del menor a otro país. El caso paradigmático es aquel en el existe una custodia compartida, y uno de los progenitores autoriza o da su consentimiento al otro progenitor para que este último traslade al menor al extranjero, pero de forma temporal y durante un tiempo limitado. Pasado el tiempo, el progenitor que ha trasladado al extranjero al menor con el consentimiento del otro progenitor no lo restituye. Pues bien, en este caso estaríamos claramente ante un traslado ilícito del menor. El consentimiento a ese traslado temporal no debe entenderse como consentimiento a un traslado definitivo del menor a otro país extranjero.

En tercer lugar, al igual que indicábamos en el anterior caso, una mera autorización para viajar tampoco debe entenderse como un traslado consentido del menor a otro país.

Y en cuarto y último lugar y con respecto al ejercicio efectivo de la custodia, hay que decir que, el hecho de familiares o parientes ayuden al progenitor a la custodia y cuidado de los niños no supone ni debe entenderse en ningún caso como no ejercicio efectivo del derecho de custodia.

2º.) Menor que se opone a su restitución.

Esta causa para denegar la restitución del menor (recogida en el art. 13.b.II), aun cuando como se ha dicho haya transcurrido menos de un año desde el traslado (y en principio la autoridad esté obligada a ordenar su restitución), se dará solo en el caso de que el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez tal que haga necesario tener en cuenta sus opiniones, siempre que se exprese de forma libre y no coaccionada por su progenitor “secuestrador”.

Pese a lo dicho hay que hacer algunas matizaciones. Es importante recalcar que la opinión del menor no será nunca determinante para el menor. Volvemos, de nuevo, al poder discrecional del juez. Si dejáramos que la decisión del menor fuera determinante para decidir sobre su propia y difícil situación, estaríamos dejando en sus manos aspectos jurídicos que él no es capaz de juzgar, y lo que es peor, estaríamos sometiendo al menor a una responsabilidad y presión inadecuada y desproporcionada. La situación traumática por la que pasaría el menor, al recaer sobre él la responsabilidad de decidir con que progenitor quedarse, sería completamente injusta y gravosa para él.

De todos modos, la última palabra la tiene el juez. Será él quien decida acerca de la edad del menor, su grado de madurez, así como valorar los argumentos que le han servido para justificar su postura.

La edad y el grado de madurez no están determinados en el Convenio. Para determinar la edad del menor los tribunales suelen acudir a la ley del país con el que los menores tienen una relación más estrecha⁵⁷. En todo caso, lo que queda claro es que estamos ante una cuestión enteramente casuística.

3º.) Restitución que vulnera los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Esta causa para la denegación de la restitución se encuentra recogida en el artículo 20 del CH-80. Estamos, por tanto, ante una limitación del orden público. Así, por ejemplo, el juez podría ordenar la no restitución si considera que esta infringe de algún modo la libertad religiosa del menor, o cuando la custodia se atribuyó sin tener en cuenta el interés del menor.

4º.) Grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un daño físico, psíquico o le coloque en una situación intolerable.

Esta causa para denegar la restitución del menor se encuentra recogida en el art. 13.b. Es la última causa de denegación de la restitución respecto del primer supuesto que hemos visto, es decir, aquel en el que ha transcurrido menos de un año desde la sustracción, y en principio, la autoridad competente está obligada a ordenar la restitución inmediata del menor.

Hay que hacer varias precisiones. El que debe apreciar esta causa de “no restitución” es el juez del Estado donde se encuentra el menor. Recordemos que, el Convenio tiene como principal motor la protección del menor, es por ello que, dado que entiende que la mejor solución para el menor es la restitución, no limita los medios de prueba que acrediten la existencia de ese “peligro” o “daño” y que pongan, por tanto, de manifiesto la necesidad de no acordar la restitución. Esa decisión por la que el juez ha decidido no restituir al menor debe poder ser recurrida, puesto que de este modo se garantizaría en todas las instancias que la medida se ha adoptado por el bien y el interés del menor. Si el recurso se desestima será porque el fallo por el que se acordaba la no restitución era correcto y de acuerdo a derecho.

Por otro lado, tanto el “grave riesgo”, como el “daño físico y psíquico” y la “situación intolerable”, son causas que deben concurrir y deben probarse, como se ha dicho, sobre el supuesto concreto. No cabe, como alegación el afirmar que “el padre toma drogas”, pero no aportar ninguna prueba de ello⁵⁸. Además, deben de probarse que existe siempre en relación al menor. No cabrá así alegar la existencia de estas circunstancias respecto a la madre o a los hermanos del menor, por ejemplo. El objetivo último del Convenio es el interés del menor, no entra a valorar las consecuencias que esta situación pueda tener sobre otras personas cercanas al menor.

Dicho esto, en nuestra opinión, sin embargo, los aspectos más importantes y problemáticos a tener en cuenta serían el “grave riesgo” y el “daño físico o psíquico” del menor. En cuanto al grave riesgo hay que decir que debe ser extremo, probable, objetivo y serio, no basta con meros inconvenientes. Si entendemos esto de forma exacta, el dolor que le produzca al menor la separación de su progenitor no sería una causa que justificara la

⁵⁷ Jerusalén District Court, Israel, 18 noviembre 2004. En este caso se discute la aplicación de la Ley Judía a menores integrados en familias judías ortodoxas para determinar la edad a partir de la cual el menor puede prestar juramento.

⁵⁸ Cour d'Appel Paris 27 octubre 2005. Se desestimó esta alegación genérica al no aportarse al proceso pruebas reales que probaran tal circunstancia.

existencia de este “grave riesgo”. Por otro lado, en cuanto al daño, debemos estar ante una auténtica situación de violencia sobre el menor, es decir, que este sea víctima directa de malos tratos. Como dicen Calvo Caravaca y Carrascosa González, no estaríamos ante un daño físico si el menor ha enfermado debido a una gripe en el traslado. De igual modo, cuando hablamos de un verdadero daño psicológico este debe ser “serio” y “relevante”. Así, el trauma psicológico que podría sufrir el menor debido al traslado no sería un “daño psíquico” como tal, y no sería una causa que permitiera denegar la restitución del mismo. Sin embargo, si esa misma situación produjera al menor un desequilibrio psicológico, este sí sería entendido como “daño psíquico” relevante de cara a entenderlo como causa para denegar el traslado.

Otro tema que ha generado mucha polémica ha sido el de la valoración de las circunstancias previas a la restitución. Lo cierto es que, lo único que se tiene en cuenta para valorar si existe o no un daño para el menor es la restitución en sí, y no la situación previa a la misma. Si en el momento de la restitución las circunstancias han cambiado y no existe el menor riesgo para el menor se procederá a su restitución.

Por último, hablar de las garantías y seguridades muy frecuentes en la práctica. Estas garantías se exigen para asegurar que no existe daño alguno para el menor si se procede a su restitución. Por ejemplo, una técnica muy común ha sido la de la utilización de las “resoluciones espejo”⁵⁹, las cuales son dictadas por los tribunales del estado donde va a ser restituido el menor y que serán iguales a las adoptadas por los órganos judiciales del Estado al que fue trasladado ilícitamente el menor.

Al segundo supuesto que citábamos (“que haya transcurrido más de un año desde el traslado del menor”), en el que obligatoriamente se procedería a la restitución, también cabe oponérsele una serie de causas para denegarlo. Si ha transcurrido más de un año desde que se produjo la sustracción del menor, la restitución de este se podrá llevar a cabo sin ningún problema [art. 12.2 CH 1980: “La autoridad judicial (...), aun 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 (...)], pero cabe oponerse a ello si se dan las mismas causas de denegación de la restitución que citábamos en el supuesto anterior, añadiendo una más que aparece en el art. 12.2, y es que “quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio”.

Y es que se entiende que, restituir a un menor al país en el que se encontraba su residencia habitual y del que había sido trasladado ilícitamente por uno de sus progenitores, cuando ha trascurrido un largo período de tiempo, puede perjudicar al menor. El menor se encuentra ya integrado en otro país distinto (al que ha sido trasladado ilícitamente) y restituirlo puede producirle una situación traumática⁶⁰.

• Datos a tenerse en cuenta:

Para poder entender como una causa de denegación a la restitución del menor la integración de este en su nuevo medio, tres son los datos que tenemos que tener en cuenta.

En primer lugar, la integración del menor a su nuevo medio debe ser probada por la parte que se opone a la restitución del menor, y que ha llevado a cabo un traslado ilícito del hijo común.

⁵⁹ En su forma original: “mirror orders”/ “replica orders”/ “safe return”.

⁶⁰ SAP Barcelona 4 febrero 2014 [traslado de un menor a Méjico y guarda]: “lo cierto es que la menor lleva viviendo siete años en Méjico con su madre, hecho incuestionable cuya modificación, hoy por hoy, no podemos acordar por muy lógico y entendible que sea el sentimiento de frustración e impotencia que ello haya generado en el padre. Ha de estarse al interés superior del menor (...)”.

En segundo lugar, no hablamos solo de una integración física del menor, sino que también debe ser emocional y psicológica.

Y, en tercer lugar, el computo de ese año comienza a contarse desde el momento en el que el menor hubiese tenido que ser devuelto al titular del derecho de custodia, y termina en el momento en el que se presenta la reclamación ante las autoridades del estado en el que se encuentra el menor. El computo del año es importante porque si no ha transcurrido este no puede invocarse como causa para denegar la restitución la integración del menor al nuevo medio en el que se encuentra después de la sustracción⁶¹.

• Críticas a esta causa de denegación a la restitución

Muchas son las críticas que ha recibido esta causa de denegación de la restitución, pero hay que decir que, si bien es polémica y criticada, su uso en la práctica está relegado a un segundo plano. Lo cierto es que, antes que acudir a la “integración del menor” para denegar la restitución, los tribunales utilizan el art. 12.2 CH-80 y justifican la denegación de la restitución indicando que existe un “grave peligro” o una “situación intolerable” para el menor.

La crítica viene dada, primero por lo poco lógica que puede resultar. Tenemos que tener en cuenta que, procesos como estos puede alargarse durante años. Años, mientras que se resuelve la cuestión, que el menor pasa en el estado al que ha sido trasladado ilícitamente. No parece lógico aceptar que se produciría un perjuicio para el menor, debido a su adaptación, cuando ha pasado más de un año viviendo en ese nuevo estado al que ha sido ilícitamente trasladado; y al tiempo, reconocer la devolución del menor cuando estamos ante procesos que duran años y años.

Y, segundo, por la posible “legalización” del secuestro⁶². Esta causa puede incitar al progenitor a trasladar y retener durante largos períodos de tiempo al menor a un país distinto al de su residencia habitual. El progenitor espera de este modo que el menor se adapte al nuevo medio y poder así invocar la aplicación del art. 12.2 para que se deniegue la restitución. Para combatir este uso fraudulento del artículo, se ha entendido que cuando el menor haya pasado mucho tiempo en un nuevo país, pero lo haya pasado “escondido” por el progenitor “secuestrador”, dicho período de tiempo en el que ha estado escondido no podrá conducir a la estimación de que el menor se ha adaptado a ese nuevo país.

Es definitiva, si el progenitor lo que hace es esconder al menor durante un largo período de tiempo en otro país. después no puede invocar esta causa del art. 12.2 de “adaptación al nuevo país” para que el menor no se ha restituido.

2.5. Jurisprudencia española y Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980

Estudiando nuestra trayectoria jurisprudencial dos son las etapas que pueden diferenciarse en aplicación de este Convenio: a) En primer lugar, la jurisprudencia española estimo y aplico erróneamente el Convenio, lo entiendo como un convenio de colaboración judicial y no como un convenio de restitución de menores. Y además abusó sin sentido alguno del art. 13. B aplicando así un fortísimo nacionalismo judicial; b) En una segunda etapa, la jurisprudencia ha ido aplicando correctamente el Convenio y para ello se ha apoyado en la idea- matriz del convenio, que no es otra que la restitución del menor al país de su residencia habitual⁶³.

⁶¹ SAP Málaga 1 abril 2014

⁶² CALVO CARAVACA, AL y CARRASCOSA GONZÁLEZ. Op. cit., p. 565

⁶³ CALVO CARAVACA, AL y CARRASCOSA GONZÁLEZ. Op. cit., p. 550.

3. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. ADOPTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989

3.1. Introducción

Hablar de la Convención sobre los Derechos del Niño (a partir de este momento Convención) es hablar de un instrumento jurídico internacional extraordinario. Adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, a principios de 2012 la Convención ha alcanzado casi su ratificación universal al haber sido ratificada por 193 Estados. Sólo tres Estados no han ratificado la Convención: Estados Unidos de América, Somalia y Sudán del Sur.

La Convención ha sido completada, hasta principios de 2012, por 3 Protocolos facultativos. Los dos primeros celebrados en el año 2000, que entraron en vigor en el año 2002 y hacen referencia a la participación de niños en conflictos armados (OPAC) y a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía (OPSC). El tercer Protocolo, relativo a un procedimiento de comunicaciones (OPIC), fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011.

La Convención no proclama derechos nuevos para los niños. Los niños tienen los mismos derechos que las demás personas. **La perspectiva de la Convención está enfocada hacia las obligaciones del Estado para garantizar que dichos derechos puedan ser ejercidos por los niños y sean respetados tanto por el Estado como por las demás personas.** Y, para su consecución, como eje central del cambio de paradigma, la Convención va a incluir dos principios que podemos considerar “*revolucionarios*” en relación con la situación anterior: el principio del “interés superior del niño” y el principio que impone la obligación de “escuchar al niño en todas las decisiones que le afecten”. Ambos principios, contenidos en los arts. 3 y 12 de la Convención respectivamente, deben ser leídos conjuntamente y están en la base del nuevo estatuto del niño como “**sujeto de derecho**”.

La Convención se fundamenta en la doctrina de la protección integral, que reconoce a los niños como sujetos de derecho y ello implica que tienen capacidad, de acuerdo a su desarrollo, para involucrarse en los asuntos que les conciernen, asumiendo, de igual modo, las responsabilidades inherentes al cumplimiento de deberes, es decir, les otorga el ejercicio paulatino de la ciudadanía.

Estados parte:

Brevemente señalar que muchos países, aunque han firmado el Tratado, aún no han ratificado el mismo. Así hay que saber que la “firma” está supeditada a ratificación, aceptación o aprobación, es decir, no establece el consentimiento a obligarse. Sí constituye, no obstante, un medio de autenticar el tratado y expresar la voluntad del Estado signatario de seguir con el procedimiento cuyo fin es la conclusión del mismo. La “ratificación”, por su parte, designa el acto internacional mediante el cual un Estado indica su consentimiento en obligarse por un tratado, siempre que las partes la hayan acordado como la manera de expresar su consentimiento.

Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño (art. 43).

3.2. Ámbito de aplicación

• Territorial:

La presente Convención se aplica a todos los Estados que han ratificado el texto.

• Material:

El artículo 1 de la Convención define como niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

• Personal:

El artículo 2.1 prevé que los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción. Es interesante señalar que la Corte Internacional en el asunto del muro construido en territorio palestino señaló que la expresión no debe entenderse como exclusivamente el territorio del Estado, sino también toda actividad fuera de su territorio que se encuentre bajo su jurisdicción, pues “si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional”.

• Temporal:

El artículo 49 señala que la Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión conforme al párrafo anterior, la Convención entrará en vigor para aquél Estado el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

3.3. Instrumentos legales que introduce el convenio para la protección de los menores

La Convención hace referencia a *medidas generales de aplicación que deben adoptar los Estados en relación con la Convención de los Derechos del Niño*. Se trata de medidas generales que deben adoptar los Estados en todo caso, sólo por haber ratificado la Convención.

Se hace referencia a ellas en el artículo 4 de la Convención: “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de cooperación internacional*”.

Tras la lectura y el estudio de la Convención considero destacar 9 grandes medidas:

1. **Proceso de reforma de la ley**: que consiste, principalmente, en la obligación de reformar su legislación de forma que se acomode a las obligaciones derivadas de la Convención. La seguridad jurídica exige que se produzcan todas las reformas legislativas necesarias para que el derecho interno sea conforme a las obligaciones derivadas de la Convención.
2. **Desarrollo de instituciones de derechos humanos independientes para los niños**: pueden consistir en instituciones específicas para los niños: Defensor del Niño o en la existencia de secciones específicas, con personal especialmente formado, en las instituciones nacionales de derechos humanos: sección de derechos del niño en la defensoría del pueblo.
3. **Posibilidad de invocar los derechos de los niños ante los tribunales**.
4. **Desarrollo de estrategias o agendas amplias para los niños**: Los Estados deben establecer, en el marco de sus políticas públicas, políticas específicas que impliquen una estrategia o agenda amplia que contemple el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención de una forma integral y no sectorial. La elaboración de **Planes Estratégicos de Infancia** suele ser el instrumento principalmente utilizado.
5. **Desarrollo de mecanismos permanentes de coordinación gubernamental**: El Estado debe coordinar la acción de todos los organismos encargados de aplicar las obligaciones derivadas de la Convención. Coordinación que debe ser horizontal (entre los diversos ministerios y departamentos implicados a nivel estatal) y vertical (entre los diversos niveles de responsabilidad: nacional, regional y local).
6. **Supervisión sistemática: recopilación de datos y evaluación**. Para poder elaborar estrategias eficaces y adoptar las medidas de política de infancia necesarias para el pleno respeto de las obligaciones derivadas de la Convención, el Estado debe recopilar los datos relativos a la situación de los niños en el país, desagregados por edad, sexo, etnia, región, etc.
7. **Asignación de recursos para los niños (análisis presupuestario, etc.)**: Al señalar la obligación de asignar recursos suficientes se indica que, no sólo debe existir dicha asignación suficiente, sin que debe poder visibilizarse a fin de poder evaluarla.

8. **Educación, formación e incremento de concienciación de la Convención:**

El cambio de paradigma que representa la Convención no sólo debe reflejarse en la legislación del Estado, sino que debe transmitirse al conjunto de la sociedad. La única forma de conseguirlo es difundiendo la Convención, introduciendo su enseñanza tanto en los niveles básicos de educación como en los universitarios y realizando campañas de concienciación social en aquellos ámbitos en que la mentalidad social no haya terminado de asumir la perspectiva de derechos humanos en la consideración de la niñez.

9. **Colaboración en el proceso de implementación con la sociedad civil, incluyendo los niños:** finalmente, el Estado tiene también la obligación de fortalecer y cooperar con la sociedad civil, incluidos los niños, a fin de que se produzca un verdadero empoderamiento de los titulares de los derechos.

Todas estas medidas de carácter general deben tener por finalidad garantizar el ejercicio de los derechos a que se refiere la Convención.

Sobre lo que nos concierne en este tema, es importante destacar una serie de artículos de la Convención relacionados especialmente con la protección y la seguridad del menor, como son el **artículo 11** que recoge una especial protección contra el secuestro y el tráfico ilícito de menores, así señala que “*los Estados Partes, para luchar contra los traslados y las retenciones ilícitas de menores, promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes*”, y el **artículo 19** que ampara el derecho a la integridad física, particularmente contra la violencia, el maltrato o la explotación, de este modo “*los Estados Partes adoptarán las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental*”.

4. CONVENIO DE 19 DE OCTUBRE DE 1996 RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS.

4.1. Introducción

Este Convenio encuentra su origen en la decisión adoptada el 29 de mayo de 1993 por los Estados representados en la Decimoséptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Asimismo, su origen se debe a las dificultades planteadas en la interpretación y aplicación del Convenio de 1961.

Está construido sobre la base del principio del interés superior del menor y se inspira directamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, según queda manifestado específicamente en su Preámbulo.

En el BOE del día 2 de diciembre del 2010, se publicó el Instrumento de Ratificación del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 que entró en vigor el uno de enero del año dos mil once (1/01/2011). En el año 2003, España formuló una declaración, que le venía impuesta por la Decisión del Consejo 2003/93/CE, de 19 de diciembre de 2002. Mediante esta declaración, las resoluciones dictadas en los Estados miembros de la UE en relación con una materia del Convenio serán reconocidas y declaradas ejecutivas en España mediante las disposiciones del Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Por otro lado, ha formulado la reserva prevista en el artículo 55.

Es importante señalar que este Convenio tiene una estrecha relación con el Reglamento CE número 2201/2003 de 27 de Noviembre (Bruselas II) del Consejo relativo a la Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Es más, el artículo 61 del recién mencionado Reglamento regula las relaciones entre ambas normas supranacionales, así, bajo el título “*Relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*” este artículo 61 señala que en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, el Reglamento 2201/2003 se aplicará:

a) cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro;

b) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio.

El Convenio de la Haya de 1996 se aplicará, en materia de competencia, cuando el niño menor que no ha alcanzado 18 años resida habitualmente en un Estado parte del Convenio que no sea miembro de la UE, porque entonces se aplica el Reglamento.

4.2. Ámbito de aplicación

• Territorial:

El ámbito geográfico del Convenio varía en relación a cada una de sus disposiciones. Cuando una norma del Convenio da competencia a las Autoridades de la residencia de un niño, se aplica a todos los niños que tengan su residencia en un Estado contratante. Cuando una regla del Convenio introduce una regla de conflicto de leyes relativa a la responsabilidad parental, introduce una regla de conflicto universal, aplicable a todos los niños, cualquiera que sea su nacionalidad y cualquiera que sea su residencia.

• Material:

Lejos de la definición genérica y ambigua del Convenio de 1961 sobre el ámbito material de aplicación, el Convenio del 96 no sólo enumera las medidas de protección que comprenderá el texto, sino que especifica cuáles estarán excluidas del mismo.

El art. 3 del Convenio entiende comprendidas dentro de su ámbito de aplicación material las medidas referentes a: “la atribución, ejercicio y privación, total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación; el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual; la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo; la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante kafala o mediante una institución análoga; la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo y la administración, conservación o disposición de los bienes del niño”.

En opinión de Picone⁶⁴, éste es sólo un listado ejemplificativo y no exhaustivo, comportando la necesidad de referirse a la ley interna de la autoridad competente a la hora de afrontar esas medidas, y ello porque no será posible adoptar medidas que no estén contempladas en su ley interna (ej. Kafala para el Derecho español) y, de otro lado, cabrá

⁶⁴ Picone, P., «*La nuova Convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori*», Riv. dir. int. priv. proc., 1996-4, pág. 711,

aplicar todas aquellas medidas que estén previstas en la legislación interna, aunque no sean mencionadas expresamente en el art. 3, si no están excluidas por el art. 4.

- Personal:

El Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años (art. 2 del Convenio).

- Temporal:

El Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación (art. 61).

Breve mención de la Ley aplicable (Cap. III): las autoridades de los Estados contratantes, según el Convenio, aplicarán su propia Ley.

En primer lugar, es importante señalar que este Convenio continúa optando por conformar la regla base de competencia en torno a las **autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño**, que serán los competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona y/o sus bienes (a excepción de las importantes precisiones incluidas en caso de ausencia de residencia habitual (art. 6) o de desplazamiento ilícito del niño (art. 7)). Y ello porque se considera a estas autoridades como las mejor situadas para conocer las circunstancias en las que se encuentra el menor y, por tanto, las que pueden decidir mejor la constitución, modificación o extinción de una concreta medida de protección. De esta forma desaparece el concurso de jurisdicción entre el Estado de la nacionalidad del niño y el de su residencia habitual.

Relacionado con lo anterior, los artículos 8 y 9 regulan, respectivamente, los *fórum non conveniens* y *fórum conveniens*. Será la gran novedad del Convenio.

El primer apartado del art. 8.1 recoge la posibilidad de que el tribunal se dirija a otra autoridad a la que considere mejor situada para apreciar el interés superior del menor, planteándole la aceptación de la competencia.

Existe un número limitado de foros a favor de los que pueden renunciar las autoridades de la residencia habitual: el de la nacionalidad del niño; el de la situación de sus bienes (*forum rei sitae*); foro en el que se esté conociendo una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño o de anulación de su matrimonio (*forum divortii*) y foro con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho. La dinámica en el *forum non conveniens* se muestra diferente, puesto que los tribunales poseen competencia directa, pero no hacen uso de ella al existir otros mejores situados para conocer del supuesto.

Por otro lado, la perspectiva del art. 9 es la inversa a la del art. 8. En este caso, son las autoridades mencionadas anteriormente, es decir, las que no son competentes a priori pero están mejor situadas para conocer de la situación, las que se dirigen a las autoridades de la residencia habitual (es decir, a priori competentes) para solicitarles que les permitan ejercer su competencia para adoptar las medidas de protección que se estimen necesarias.

Se observa, en definitiva, como los arts. 8 y 9 recogen de forma novedosa una renuncia y transferencia de competencia entre autoridades que, por el hecho de estar mejor situadas, puedan hacer valer el interés superior del menor.

El principio de interés superior del menor se concreta en el Convenio a través de la eficiencia y la justicia material, pero se aprecia cómo el Convenio introduce un sistema de determinación de la competencia judicial internacional claramente ineficiente, colisionando así la eficiencia mencionada con la justicia material.

Es cierto que las autoridades distintas a las de la residencia habitual del menor puedan poseer una mejor situación para conocer del asunto determinado, pero en ocasiones el asunto requiere de una celeridad que este sistema no aporta, puesto que las partes tendrían que, o bien esperar a que las autoridades de la residencia habitual se dirigieran a las mejor situadas solicitando su intervención o bien dirigirse ellas mismas.

Esto conlleva unos costes incrementados y la posibilidad de que la dilación en el tiempo de lugar a que una situación que, en principio no revestía caracteres de gravedad, se vuelva insostenible y pase a ser urgente.

Pero, con todo, hay un problema añadido, pues las autoridades requeridas por la autoridad de residencia, por tener una mejor posición para conocer del asunto en virtud del artículo 8, pueden o no aceptar el ofrecimiento, en función de cuál sea la valoración que ella misma haga del interés superior del menor. Y, a la inversa en el supuesto del art. 9, únicamente las autoridades de origen de la solicitud podrían conocer del caso si la entidad de la residencia habitual del niño acepta tal petición.

Para solucionar el problema que la dilación puede conllevar en determinados casos, los artículos 8 y 9 del Convenio deberían haber introducido una serie de plazos razonables.

Por tanto, este Convenio de la Haya introduce un instrumento legal para la protección de los menores que podríamos calificar como **cláusula de flexibilización en la competencia judicial internacional**, pretendiéndose y “facilitándose” que conozca del asunto el Tribunal que esté mejor situado conforme al interés superior del menor.

Otro mecanismo introducido por este Convenio (aunque ya se encontraba en su antecesor del año 1961) es la adopción de medidas urgentes por las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el menor o sus bienes (*forum presentiae*). Por urgencia debemos entender aquella situación que pueda causar un daño irreparable para el menor y, esta situación, justificaría el *forum presentiae*, otorgando competencia a aquella autoridad que está más cercana al menor, es decir, que tiene acción más inmediata.

Pero no existe en el Convenio únicamente una flexibilización de la competencia judicial, sino que también podemos encontrar **cláusulas de flexibilización del derecho aplicable**.

En primer lugar, el art. 15 establece que las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su propia ley (solución idónea por ser el derecho más previsible). Sin embargo, el apartado segundo del mismo artículo introduce una importante novedad que flexibiliza el sistema. Entiende el Convenio que “*en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho*”.

Siguiendo el informe explicativo del Convenio según Lagarde⁶⁵ se trata de una cláusula de excepción fundada en el interés superior del menor y no en el principio de proximidad o vínculos más estrechos. Pero la consecuencia es una clara ineficiencia de esta cláusula, pues conlleva la vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica.

Brevemente y para concluir, el otro aspecto novedoso es el que hace referencia a la ley aplicable a la atribución o a la extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental que se regirá por la ley del Estado de la residencia habitual del niño (art. 16). Se trata de una norma de conflicto general.

⁶⁵ LAGARDE, P. *Informe explicativo del Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*. París, 15 de enero de 1997.

5. CONVENIO BILATERAL ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y EL REINO DE MARRUECOS, DE 30 DE MAYO DE 1997, SOBRE ASISTENCIA JUDICIAL, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA DE DERECHO DE CUSTODIA Y DERECHO DE VISITA Y DEVOLUCIÓN DE MENORES

5.1. Introducción

Marruecos no es parte firmante ni del Convenio de la Haya ni del de Luxemburgo; sin embargo, sí es miembro del Estatuto de la Conferencia de la Haya desde 1993, hecho que produjo el inicio del establecimiento de relaciones bilaterales con diferentes Estados, y básicamente con aquellos que tienen más inmigración marroquí. España firma con Marruecos un Convenio bilateral para intentar solucionar los problemas relativos al traslado ilícito de menores entre ambos países en 1997, por lo que se puede decir que este Convenio podría haberse celebrado anteriormente, puesto que el movimiento migratorio de marroquíes a España, se llegó a producir muchos años antes de la fecha de dicho Convenio.

En el Convenio hispano marroquí se incluyen las dos situaciones que se prevén también en el Convenio de la Haya y el Convenio de Luxemburgo, pues su objetivo principal, tal y como dice el artículo 1 del Convenio hispano-marroquí va a ser:

“A) Garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes.”

Se pone de relieve que lo más importante es el menor sustraído en España o en Marruecos y su restitución, sin la necesidad de que exista una resolución judicial.

“B) Hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia, dictadas en uno de los Estados contratantes en el territorio del otro Estado.”

En el supuesto de existir una resolución judicial, el Convenio hispano-marroquí, también va a entrar en juego, tal y como indica el Convenio de Luxemburgo.

Tal y como indica el propio Convenio bilateral, en el apartado 2º del artículo 1, tanto España como Marruecos, deberán adoptar las medidas apropiadas, conforme a los procedimientos de urgencia previstos por sus legislaciones internas, que en el caso Español, será conforme al artículo 778 quáter y ss. Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fijados los objetivos generales del Convenio, su aplicación queda reducida, a peticiones de restitución de menores de dieciséis años, no emancipados (la emancipación excluiría la aplicación del Convenio), que sean de nacionalidad española o marroquí.

Este último requisito nos ofrece alguna duda en cuanto a si la inclusión en los términos del Convenio exige que esta nacionalidad sea única o se permiten también los casos de doble nacionalidad en que una de ellas sea la española o la marroquí o aquellos en que la doble nacionalidad fuera la de ambos Estados contratantes.

5.2. Cooperación entre autoridades centrales

Este Convenio, también funciona sobre la idea de las Autoridades Centrales, al igual que el Convenio de la Haya y el Convenio de Luxemburgo.

En este caso, las Autoridades Centrales, tal y como designa su artículo 3 del Convenio, son los Ministerios de Justicia de ambos Estados. En base a esto, en este caso es el propio texto el que designa concretamente quién es la Autoridad Central.

En cuanto a las funciones que desempeñan las Autoridades Centrales de ambos Estados, se puede observar, concretamente en el artículo 4 del Convenio hispano-marroquí, en su

apartado primero, que se establece que la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del menor anterior a su desplazamiento, es el órgano receptor de las solicitudes de devolución de menores desplazados o retenidos ilegalmente, y que posteriormente las remitirá a la Autoridad Central del otro Estado.

En relación con el apartado segundo, la Autoridad Central, una vez se ha solicitado la actuación, la desempeñará ella directamente (hay que entender que utilizando sus propios medios) o por mediación del Ministerio Público o del Abogado del Estado, y se tomarán una serie de medidas encaminadas a la protección del menor sustraído o retenido.

Además, se crea una nueva autoridad que ayuda a las Autoridades Centrales, denominada la Comisión Mixta Consultiva, enunciada en el artículo 5 del Convenio, la cual está compuesta por representantes de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Justicia, creada con la finalidad de facilitar la solución de los casos que se planteen en la aplicación del presente Convenio.

La Comisión, de acuerdo con el apartado segundo del citado artículo, se *“reunirá alternativamente en Madrid y Rabat, al menos una vez al año y a solicitud de uno u otro Gobierno”*, y en la fecha que establezcan de común acuerdo.

5.3. Solicitud de retorno

A) Solicitud: contenido y documentación

La solicitud de restitución de un menor sustraído o retenido en España o Marruecos se tendrá que presentar ante la Autoridad Central del Estado donde tuviera la residencia habitual el menor justamente antes de producirse la sustracción, de acuerdo con el artículo 4.1 del Convenio.

De acuerdo con este precepto, entonces tendría lugar por la Autoridad Central de la última residencia habitual del menor, el traslado de la solicitud a la Autoridad Central del otro Estado, donde está o donde se cree que está el menor sustraído.

En cuanto a las citadas condiciones, en concreto, cabe distinguir dos supuestos, en atención a la petición:

- Solicitud de restitución inmediata del menor (artículo 15 del Convenio). Dicha solicitud deberá incluir: (la solicitud deberá de incluir toda la documentación que se especifica expresamente en el artículo 15).

- Solicitud de restitución inmediata del menor homologando previamente una decisión judicial en la que se otorga la custodia al progenitor reclamante (artículo 16 del Convenio). En este caso, concretamente, se deberá incluir: (la solicitud deberá de incluir toda la documentación que se especifica expresamente en el artículo 16).

Hay que decir, que los documentos mencionados, el Convenio los configura como flexibles, puesto que de acuerdo con el siguiente precepto del Convenio, artículo 17, se desprenden dos cosas:

“- la carencia de algún documento no es causa de inadmisión automática de la solicitud, sino que la propia Autoridad Central deberá establecer un plazo para subsanar este defecto.

- si falta algún documento de los citados anteriormente, pero se tiene otro que proporcione información equivalente, pueden llegar a admitirse.”

En cuanto a la autenticidad de los documentos, cabe mencionar el artículo 19 del presente Convenio.

En principio, no se exige para la validez de los documentos ningún tipo de legalización, pero si existieran dudas sobre la autenticidad, entonces se tendría que comprobar de ella, por la propia Autoridad Central y no por quien la aporta.

Además, hay que añadir que los documentos deberán estar redactados en la lengua o en una de las lenguas del Estado requirente y acompañarse a la vez de una traducción a la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado requerido (artículo 18.1 del Convenio).

B) Efectos de la solicitud

Una vez presentada la solicitud, la Autoridad Central correspondiente, esta podrá tomar las siguientes decisiones al respecto:

1. Estimar correcta la solicitud y completa la documentación acompañada.
2. Estimar que existe defectos formales en la solicitud o insuficiencia de documentación. (artículo 17) y (artículo 19.2).
3. Rechazar la solicitud formulada, por considerar que no se reúnen las condiciones requeridas por el Convenio, de acuerdo con el artículo 3.2.

5.4. Procedimiento

El presente Convenio, prevé dos situaciones en base a la petición de restitución del menor, entre España y Marruecos:

Restitución del menor secuestrado sin decisión judicial relativa a la custodia o con resolución al respecto.

A. Procedimiento para la restitución inmediata del menor, sin resolución judicial sobre su custodia.

La Autoridad Central del Estado requerido, deberá dar traslado de la solicitud a los tribunales para que lleven a cabo las actuaciones necesarias.

En cuanto al órgano competente, el Convenio no dice nada al respecto, aunque en varios artículos del Convenio (7, 8 y 9), hace alusión a la Autoridad judicial competente.

Respecto al tipo de procedimiento, tampoco dice nada concreto, sino que establece que deberá recurrirse a los procedimientos de urgencia previstos por sus legislaciones internas, y prioritariamente a cualquier otra solicitud, de acuerdo con el apartado 3º del artículo 10 del Convenio.

Concretamente, en este supuesto, en el cual no hay ningún tipo de resolución en relación a la custodia, se podrá acudir a este procedimiento (el previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 778 quáter y ss.), para intentar la devolución del menor, pudiendo acordarse finalmente la devolución inmediata del menor, cuando su desplazamiento hubiera vulnerado el derecho de custodia, que se hubiera reconocido sobre el progenitor.

En este supuesto, el desplazamiento se produce violando un derecho de custodia atribuido exclusivamente al padre o a la madre, por el Derecho del Estado del que fuera nacional. Podemos deducir de este precepto, que se está realizando una concesión exclusiva al derecho marroquí.

En relación con los plazos para la devolución del menor, el Convenio distingue dos situaciones, Según se presente la solicitud de restitución del menor ante las Autoridades Centrales, una vez ocurrido el desplazamiento ilegal del menor, antes o después de haber transcurrido un plazo de 6 meses:

a. Presentación de solicitud ante la Autoridad Central competente, antes de haber transcurrido un plazo de 6 meses desde el momento en que se produjo el desplazamiento ilegal.

El apartado 1º del artículo 8 del Convenio, establece que la Autoridad judicial competente en este supuesto, deberá ordenar la devolución inmediata del menor.

Sin embargo, el apartado 2º del mismo artículo, prevé la posibilidad, de que a pesar de concurrir las condiciones previstas en el apartado citado anteriormente, la Autoridad judicial proceda a no ordenar la devolución del menor, por las siguientes causas:

- Que el menor sea nacional, exclusivamente del Estado requerido, y según la ley interna de ese Estado, el padre con el que se encuentra el menor sea el único titular de pleno derecho de la patria potestad.

- Que se alegue una resolución relativa a la custodia en el territorio del Estado requerido, con anterioridad al desplazamiento.

b. Presentación de solicitud ante la Autoridad Central competente, una vez transcurridos 6 meses desde el momento en que se produjo es desplazamiento ilegal.

En este supuesto, el artículo 9 del Convenio, establece que la Autoridad judicial competente ordenará igualmente su restitución inmediata en las mismas condiciones que en el caso de la restitución dentro del plazo de los 6 meses, pero siempre que no quede demostrado que:

- El menor se ha integrado en su nuevo entorno.
- Su devolución podría suponer para el menor algún peligro físico o psíquico.

El artículo 9, añade que en la apreciación de estas circunstancias, las Autoridades judiciales tendrán en cuenta solamente el interés del menor y todo ello en base a la información proporcionada a las autoridades del Estado donde se encontrara residiendo el menor antes de su desplazamiento.

B. Procedimiento para la restitución inmediata del menor, homologando previamente una decisión judicial en la que se otorga la custodia al progenitor reclamante.

Se regula en los artículos 11 y 12 del Convenio bilateral, pero de un modo muy insuficiente, pues a pesar de inspirarse en el Convenio de Luxemburgo de 1980, sólo regula normas referentes al reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas a la custodia y al derecho de visita de modo negativo, pues únicamente establece las causas por las que se puede denegar la homologación tanto en España como en Marruecos de resoluciones judiciales dictadas en el otro Estado, cuando mediante ellas se pretenda conseguir la restitución del menor.

En el artículo 11 del Convenio, se establecen los motivos de denegación “*por las Autoridades Centrales del Estado requirente*” para “*el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales ejecutivas, en el Estado requirente*”.

Los motivos son los siguientes:

a. Que la resolución hubiese sido dictada en rebeldía (art. 11 a y b).

b. Que hubiera otra resolución pronunciándose sobre la custodia con pronunciamientos incompatibles con la que se quiere reconocer (art.11.c).

c. Que el menor se hubiera integrado en el Estado de su nueva residencia (art. 11 d).

En el artículo 12 del Convenio, establece que cuando la resolución, cuyo reconocimiento y ejecución se solicite, conste de varias disposiciones, únicamente entrará en el ámbito de aplicación del Convenio la parte de la citada resolución que se refiera al derecho de custodia y visita.

Finalmente, se debe acudir al artículo 14 del Convenio, en relación al procedimiento de reconocimiento de ejecución, el cual establece muy genéricamente que se aplicará “un procedimiento sencillo y rápido”.

6. REGLAMENTO (CE) NÚMERO 2201/2003 DEL CONSEJO, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2003, RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

6.1. Introducción

Antes de nada, hemos de aclarar que el presente Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, vino a derogar el Reglamento (CE) número 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000.

Se trata de una normativa de derecho procesal civil que establece normas uniformes en los Estados miembros en relación a la competencia judicial internacional (Capítulo II), al reconocimiento y ejecución de decisiones (Capítulo III) y a la cooperación entre autoridades centrales en materia de responsabilidad parental (Capítulo IV).

6.2. Ámbitos de aplicación

a) Ámbito de aplicación territorial:

El Reglamento 2201/2003 se aplicará a todos los Estados miembros de la Unión Europea, pero tenemos que tener en cuenta lo siguiente:

Con arreglo al art. 3 del Protocolo nº 21 “Sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia” del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, ambos Estados podrán notificar su deseo de participar en la adopción y aplicación del Reglamento (CE) número 2201/2003. (Cláusula “opting in”).

Con arreglo a los arts. 1 y 2 del Protocolo nº 22 “Sobre la posición de Dinamarca” del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, el Reglamento (CE) número 2201/2003 se aplicará a todos los Estados miembros excepto al Estado de Dinamarca. Esto también fue así con el Reglamento (CE) número 1347/2000. (Clausula “opting out”).

b) Ámbito de aplicación temporal:

Como bien dice el art. 72 del Reglamento (CE) número 2201/2003, este entrará en vigor el 1 de agosto de 2004, pero será aplicable a partir del 1 de marzo de 2005, exceptuando los arts. 67, 68, 69 y 70 que se aplicarán a partir del 1 de agosto de 2004.

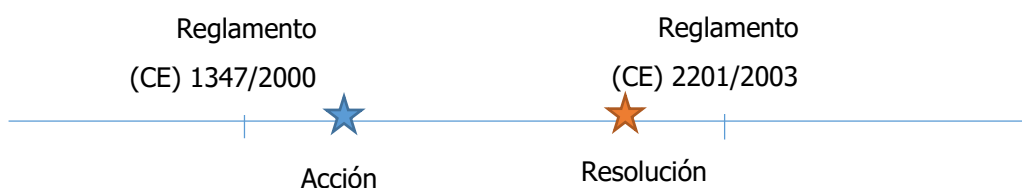
Aquí se tiene que hacer alusión al art. 64 a efectos de reconocimiento y ejecución, que nos viene a decir lo siguiente:

➤ (Art 64.2) Resoluciones judiciales posteriores al Reglamento (CE) número 2201/2003 como consecuencias de acciones ejercitadas posteriormente al Reglamento (CE) número 1347/2000 pero antes del Reglamento (CE) número 2201/2003:



Las resoluciones judiciales serán reconocidas y ejecutadas, si las normas de competencia aplicadas se ajustan a las disposiciones del capítulo II del Reglamento (CE) número 2201/2003, o del Reglamento (CE) número 1347/2000, o un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen Y el Estado miembro requerido.

➤ (Art. 64.3) Resoluciones judiciales anteriores al Reglamento (CE) número 2201/2003 como consecuencias de acciones ejercitadas posteriormente al Reglamento (CE) número 1347/2000:



Las resoluciones judiciales serán reconocidas y ejecutadas, a condición de que se trate de resoluciones relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial o a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes dictadas con motivo de estos procedimientos matrimoniales.

A diferencia de los casos de los arts. 64.2 y 64.4, aquí no está contemplado el control de competencia a efectos de aplicabilidad.

➤ (Art. 64.4) Resoluciones judiciales anteriores al Reglamento (CE) número 2201/2003 y posteriores al Reglamento (CE) número 1347/2000 como consecuencias de acciones ejercitadas anteriormente al Reglamento (CE) número 1347/2000:



Lo mismo que el art. 64.3 (Las resoluciones judiciales serán reconocidas y ejecutadas, a condición de que se trate de resoluciones relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial o a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes dictadas con motivo de estos procedimientos matrimoniales) pero se añade que serán reconocidas y ejecutadas siempre que las normas de competencia aplicadas se ajusten a las disposiciones del capítulo II del Reglamento (CE) número 2201/2003, o del Reglamento (CE) número 1347/2000, o un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen Y el Estado miembro requerido.

c) Ámbito de aplicación material:

Esto viene recogido en el art. 1 del Reglamento (CE) número 2201/2003. Este se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional (en lo que a la sustracción de menores afecta), a las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. Estas materias se refieren en particular a:

- El derecho de custodia y al derecho de visita.
- A la tutela, la curatela y otras instituciones análogas.
- A la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia.
- A las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes.

Donde vemos que ha habido una ampliación relevante del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) número 2201/2003 ha sido en materia de responsabilidad parental. El considerando número cinco nos dice lo siguiente: “Con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, **con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial**”. De esta manera, se consigue garantizar la igualdad de todos los hijos independientemente del modelo familiar en el que se encuentren.

d) Ámbito de aplicación espacial:

Tenemos que distinguir el ámbito de aplicación espacial a efectos de competencia judicial internacional y el ámbito de aplicación espacial a efectos de reconocimiento y ejecución.

➤ **Ámbito de aplicación espacial a efectos de competencia judicial internacional:**
En base al art. 7.2 del Reglamento (CE) número 2201/2003, vemos que dicho Reglamento se aplica siempre, es decir, tiene carácter universal.

➤ **Ámbito de aplicación espacial a efectos de reconocimiento:**
Tanto el Estado de origen como el Estado requerido han de ser Estados miembros (arts. 21 y 28 del Reglamento (CE) 2201/2003).

6.3. Relaciones con otros instrumentos

Estas relaciones vienen recogidas en el Capítulo V del Reglamento (CE) número 2201/2003 y nos vamos a centrar en los arts. 59 a 62 de dicho reglamento.

➤ **Convenios existentes entre dos o más Estados miembros:**
Según el art. 59 del Reglamento (CE) número 2201/2003, el reglamento **sustituirá** para los Estados miembros a los convenios existentes entre dos o más Estados miembros y relativos a materias que en él se regulan.

➤ **Convenios multilaterales en las relaciones entre los Estados miembros:**
Según el art. 60 del Reglamento (CE) número 2201/2003, el reglamento **primará** en las materias reguladas por el mismo, frente a los siguientes convenios:

- Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961
- Convenio de la Haya de 1 de junio de 1970
- Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980
- Convenio de Luxemburgo de 8 de septiembre de 1967
- Convenio europeo de 20 de mayo de 1980

➤ **Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños:**

• En lo que respecta la competencia judicial internacional: Se aplica el Reglamento (CE) número 2201/2003 siempre que el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro.

• En lo que respecta al reconocimiento y la ejecución: Se aplica el Reglamento (CE) número 2201/2003 si tanto el Estado de origen como el Estado requerido son Estados miembros, mismo si el menor afectado tenga su residencia en un Estado que no es miembro, pero si parte contratante del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996.

Los convenios mencionados antes seguirán surtiendo efectos en las materias que no estén reguladas en el Reglamento (CE) número 2201/2003, así lo dice el art. 62 de dicho reglamento.

6.4. Foros de competencia judicial internacional en materia de protección de menores

La regla general la establece el art. 8 del Reglamento que señala que será competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el menor resida habitualmente en el momento de interponer la demanda.

A continuación, se prevén una serie de reglas especiales:

➤ **Mantenimiento de la competencia del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor, art. 9 del Reglamento:**

Se extiende la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor para modificar resolución sobre el derecho de visita (dictada en el Estado miembro de la residencia habitual anterior), con tres limitaciones:

- Límite temporal: Solo durante los tres meses siguientes al cambio de residencia.
- Límite espacial: Si el titular del derecho de visita sigue teniendo su residencia habitual en el Estado miembro anterior que dictó la resolución.
- Límite subjetivo: Que haya sumisión tácita a favor del órgano jurisdiccional donde tenga el menor su nueva residencia habitual.

➤ Competencia en caso de sustracción de menores, art. 10 del Reglamento.

Son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícita.

Esto cesa a partir del momento en que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y:

• Toda persona, institución u organismo titular del derecho de custodia estén conformes con el traslado o la retención, o

• Que el menor lleve residiendo al menos un año en ese otro Estado miembro desde que la persona, institución u organismo titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, este integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

○ Que no se haya presentado demanda de restitución en el plazo de un año (desde el día que se conoció o se hubiera de haber conocido) ante las autoridades competentes del Estado miembro donde se encuentra en menor.

○ Que se desista en la demanda de restitución.

○ Que se archive la demanda de restitución presentada en el Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual anterior.

○ Que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual anterior, dicten una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

➤ Prórroga de la competencia, art. 12 del Reglamento:

Dentro de los arts. 12.1 y 12.2 del Reglamento (CE) número 2201/2003, vemos que se concentran en un único órgano jurisdiccional **procedimientos relacionados**, es decir, el órgano jurisdiccional que conozca del divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial también conocerá de la responsabilidad parental si:

- Al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental del menor, y,
- (Cumulativo) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

Esta prórroga de la competencia está limitada al tiempo en que el procedimiento de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial este abierto.

Dentro del art. 12.3 del Reglamento (CE) número 2201/2003, vemos que hay posibilidad de prorrogar la competencia a favor de los órganos jurisdiccionales de donde los responsables parentales tengan su residencia habitual o de donde el menor es nacional siempre que en ese Estado miembro el menor tenga vínculos estrechos.

Dentro del art. 12 del Reglamento (CE) número 2201/2003, concretamente en el apartado 4, vemos un foro de necesidad que viene a decir lo siguiente:

Si el menor no tiene su residencia habitual ni en un Estado miembro del Reglamento ni en un Estado parte del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, y en Estado en el que tiene su residencia habitual no pueda llevar a cabo la institución de protección del menor, será posible abrir un foro de necesidad en cualquiera de los Estados miembros del Reglamento.

➤ Competencia basada en la presencia del menor, art. 13 del Reglamento.

Serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde este el menor cuando:

- No se pueda determinar la residencia habitual del menor, y
- No pueda determinarse la competencia sobre la base del art. 12.

También serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde este el menor cuando este sea refugiado o desplazado internacionalmente a causa de disturbios en su país.

➤ Competencia residual, art. 14 del Reglamento.

Si no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro con la ayuda de los arts. 8 a 13, esta competencia se determinará en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de ese Estado.

➤ Remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto (*Forum non conveniens*), art. 15 del Reglamento.

De manera excepcional, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor:

- Suspender el conocimiento del asunto o de parte del mismo e invitar a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro, o
- Solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia.

Esto se podrá aplicar a instancia de partes, de oficio o a petición del órgano jurisdiccional del otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial.

Esta vinculación especial viene determinada por el art. 15.3 del Reglamento (CE) número 2201/2003 donde se nos dice que habrá dicha vinculo especial si:

- Dicho Estado miembro se ha convertido en el de residencia habitual del menor después de la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional, o
- El menor ha residido de manera habitual en dicho Estado miembro, o
- El menor es nacional de dicho Estado miembro, o
- Dicho Estado miembro es el de residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental, o
- El asunto se refiere a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de éste que se encuentran en el territorio de dicho Estado miembro.

1.1. Normas de aplicación

En relación con el control de la competencia el art. 17 del Reglamento nos dice que cuando se inicie un procedimiento ante un órgano jurisdiccional que no es competente con arreglo al Reglamento (CE) número 2201/2003, este tendrá que declararse de oficio incompetente a favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que si es competente.

Con respecto a la comprobación de la admisibilidad de la demanda el art. 18 del Reglamento prevé que se suspenderá el procedimiento hasta que se tenga constancia de que la parte demandada (con residencia habitual en un Estado distinto del Estado miembro en el que se inició el procedimiento) ha estado en condiciones de recibir con la suficiente antelación para defenderse:

- El escrito de demanda, o
- Documento equivalente, o
- Que se hayan practicado todas las diligencias a tal fin.

Sobre la litispendencia el art. 19.2 del Reglamento señala que el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento hasta que no se establezca la competencia del órgano jurisdicción ante el que se ha presentado la primera demanda, cuando se presenten demandas que tengan el mismo objeto y misma causa ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos.

6.6. Reconocimiento y ejecución de decisiones

Como podemos ver en los arts. 46 y 49 del Reglamento (CE) número 2201/2003, serán objeto de reconocimiento las resoluciones judiciales incluyendo las condenas en costas, los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado miembro y los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen.

Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental:

Estos motivos vienen recogidos en el art. 23 del Reglamento (CE) número 2201/2003 y son los siguientes:

• Reconocimiento **manifiestamente** contrario al orden público del Estado miembro requerido.

• No dar posibilidad de audiencia al menor, violando así principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido. Esto se exceptúa en caso de urgencia.

• Resoluciones dictadas en rebeldía (Que no se haya notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que este pueda organizar su defensa). Esto se exceptúa si consta de manera inequívoca que este ha aceptado la resolución.

• A petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin haber dado posibilidad e audiencia a dicha persona.

• Resolución inconciliable con otra dictada de manera posterior en relación con la responsabilidad parental en:

- El Estado miembro requerido, o
- En otro Estado miembro, o
- En un Estado no miembro de residencia no habitual del menor (tiene que reunir las condiciones necesarias para ser reconocida en el Estado miembro requerido).

• Si no se respeta el procedimiento de acogimiento del menor en otro Estado miembro previsto en el art. 56 del Reglamento (CE) número 2201/2003.

6.7. Cooperación

Cooperación entre autoridades centrales en materia de responsabilidad parental:

En lo que se refiere a la designación de la o las autoridades centrales, viene recogido en el art. 53 del Reglamento (CE) número 2201/2003.

Cada Estado miembro designa su o sus autoridades centrales que se encargaran de asistirlo para la aplicación del Reglamento (CE) número 2201/2003 y precisa sus competencias territoriales o materiales.

Si existen varias autoridades centrales en un Estado miembro:

- Las comunicaciones se dirigen directamente a la autoridad central competente.
- Si la comunicación se dirigió a la autoridad central competente, esta se lo transmitirá a la autoridad competente (informando al remitente).

En lo que se refiere a las funciones generales de dichas autoridades centrales, esto viene recogido en el art. 54 del Reglamento (CE) número 2201/2003. Estas funciones son las siguientes:

- Proporcionar información sobre las legislaciones y los procedimientos nacionales.
- Adoptar medidas destinadas a mejorar la aplicación del Reglamento (CE) número 2201/2003 y reforzar la cooperación.

7. LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. ARTÍCULO 778 QUÁTER

7.1. Introducción

Las normas procesales que encontramos en nuestra legislación, en relación con la sustracción internacional de menores, son los artículos 778 quáter y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto a los artículos citados de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (artículos 778 quáter y ss), tienen como objeto acomodar nuestra legislación al Convenio de la Haya de 1980, y su finalidad, es exactamente la misma que la del Convenio de la Haya:

“Garantizar la restitución inmediata del menor trasladado o retenido ilícitamente en los cualquier Estado miembro, y velar para que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los estados contratantes, sean respetados en cualquier Estado, que también forme parte del Convenio”.

Además, cabe decir, que estos artículos, son el cauce procesal, en el caso de que se aplique cualquier Convenio relativo a la materia de sustracción internacional de menores en nuestro país con la finalidad de valorar y resolver las situaciones de sustracción o retención.

España, ha tenido que dar contenido procesal a las previsiones de los distintos Convenios sobre “sustracción de menores”, esencialmente los de la Haya y de Luxemburgo.

En tales Convenios, se pueden observar las dificultades presentadas para dar cumplimiento a lo que en ellos se decía en cuanto a la ordenación de las actuaciones necesarias, que debían ceñirse a la normativa interna de cada Estado, intentan solucionarse estableciendo un procedimiento unificado.

Este procedimiento es introducido en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 (Ley 1/2000, de 7 de Enero), por la Ley 15/2015 de 2 de Julio, de Jurisdicción Voluntaria.

Así pues, la Disposición Final Tercera, números 10-13 de esta Ley de 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, añade un Capítulo IV bis en el Título I del Libro IV, integrado por los nuevos artículos 778 quáter y ss. en la LEC del año 2000, bajo el título específico de “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional.”

Esto supone conceder la naturaleza propia de la jurisdicción voluntaria y, por tanto, el seguimiento de sus trámites generales y los específicos que las indicadas normas y los Convenios marcan para sustanciar las actuaciones que pudieran promoverse en España cuando se le plantee por otro país una solicitud de restitución de un menor, que se encuentra en nuestro territorio, habiendo sido sustraído de la custodia de aquél a quien legítimamente le corresponde y que se encuentra en otro Estado.

7.2. Normas procesales generales (artículo 778.1 quáter LEC/2000)

Respecto al ámbito de este procedimiento, vamos a limitarnos a examinar el contenido específico del artículo 778 quáter LEC.

El expediente se inicia mediante la solicitud realizada ante los órganos judiciales españoles para la restitución de la custodia de un menor de edad que se encuentra indebidamente en territorio nacional, debido a su retención o sustracción ilegal del territorio nacional de su residencia habitual.

Como se desprende del propio artículo 778 quáter, se prevén dos situaciones por las cuales se podría iniciar la solicitud:

A) Cuando se trate de un menor que haya llegado a España proveniente de otro país y quien estima que goza de legítimos derechos sobre su custodia desea recuperarlo frente a quien lo tiene meramente de hecho, sin lazos legitimatorios suficientes para ello.

B) Cuando un menor se encuentra en España circunstancialmente y no es devuelto a su país de origen por el progenitor que no detenta el derecho de custodia.

Estas circunstancias no son las únicas que deben concurrir para iniciar el expediente.

Además, es necesario, que exista un Convenio Internacional suscrito y ratificado por España con el Estado solicitante, esto quiere decir, que el menor sustraído o retenido y el progenitor que lo reclama, deben ser nacionales de un país con quien España mantenga relaciones diplomáticas y haya suscrito alguno de los Convenios de colaboración, para que así se pueda iniciar dicho procedimiento.

7.3. Competencia (artículo 778.2 quáter LEC/2000).

Los expedientes recuperatorios, serán conocidos por el Juez de Primera Instancia, pues estos dispondrán de la competencia objetiva.

Desde el punto de vista territorial, la competencia será determinada por el lugar donde se encontrase el menor trasladado o retenido ilícitamente, del cual se pretende se produzca su restitución.

7.4. Legitimación (artículo 778.3 quáter LEC/2000).

La legitimación, debe concurrir junto con las circunstancias que permiten reclamar al menor anteriormente mencionadas en el párrafo primero del artículo 778 quáter.

Aparece regulada en el artículo 778.3 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 y establece que la legitimación le corresponde a:

A. Persona a la que se le haya privado ilegalmente el derecho de custodia que ostentaba sobre el menor reclamado. Puede estar legitimada tanto una persona física como jurídica, pues el artículo 778 quáter de la citada Ley, en su párrafo tercero incluye a “*persona (física), institución u organismo que tenga atribuido el derecho de custodia del menor*”.

B. A la “*Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio*”.

En cuanto a la legitimación de la Autoridad Central, cabe decir que se atribuye atendiendo al supuesto concreto y al Convenio aplicable.

C. Además, cabe decir que en relación al artículo 778.3 quáter LEC/2000, en su tercer párrafo también se la atribuye la legitimación, ya que literalmente dice que también gozará de la legitimación:

“la autoridad central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio y en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad”.

7.5. Carácter urgente y preferente del procedimiento. (artículo 778.5 quáter LEC/2000)

El párrafo quinto del artículo 778 quáter de la LEC de 2001, establece el carácter de urgencia y preferencia de este procedimiento, el cual deberá de sustanciarse en el plazo máximo de seis semanas, contadas *“desde la fecha en la que se solicitó ante el Juez la restitución del menor”.*

En el caso de que el procedimiento se dilatara más del tiempo establecido, si fuera aplicable al caso del Convenio de la Haya, tendríamos que acudir a lo establecido en su artículo 1153.

En el caso de que se aplicaran otros Convenios que no establecieran ningún plazo concreto, si se produjera una dilación superior a las seis semanas, entonces no se podrían pedir “explicaciones” por parte del demandante o de la Autoridad Central al órgano judicial, aunque esto no excluye la posibilidad de solicitar la responsabilidad disciplinaria del Juez, cuando éste en su caso, actuara negligentemente.

7.6. Medidas cautelares (artículo 778.8 quáter LEC/2000).

El artículo 778.8 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, establece la posibilidad de adoptar una serie de medidas cautelares y/o provisionales por parte del Juez instructor.

Las personas legitimadas para solicitarlas son las mismas que están legitimadas para iniciar el expediente, éstas son los promotores del expediente o el Ministerio Fiscal, las que podrán recabar del Juez la adopción de medidas de aseguramiento y protección del menor que sean adecuadas a las circunstancias concretas del caso, entre las que destaca el artículo mencionado, *“la medida provisional de custodia del menor prevista en el artículo 773 LEC, además de las previstas en el artículo 158 del Código Civil.”*

En relación a la medida mencionada, cabe decir que consiste en la designación por el Juez a la persona o institución que considere más adecuada para encargarse de la guarda del menor, en tanto decide si debe entregarlo a su reclamante o queda con quien estaba hasta ese momento.

Supondría, pues, privar al progenitor sustractor de la custodia, que consiste meramente una custodia “de hecho”.

8. CONCLUSIONES

Una vez analizados todos los instrumentos legales en materia de sustracción internacional de menores si algo cabe poner de relieve es el continuo solapamiento entre unos y otros instrumentos. Especialmente ejemplificativo de lo anterior es el caso del Convenio de Luxemburgo y su relación con el Convenio de la Haya de 1980: dos instrumentos que fueron elaborados y adoptados el mismo año en un intento de carrera por buscar un instrumento legal

que permitiese combatir la sustracción internacional de menores y que acaba con un Convenio de Luxemburgo con una aplicabilidad muy reducida en la práctica.

Sensu contrario, el Convenio de la Haya de 1980 sí ha conseguido esa aplicabilidad y éxito pretendido; sin embargo, sería necesario adaptarlo a la realidad actual para la que se presenta desfasado. Ejemplo de ello es que ahora ya no es el progenitor con derecho de visita quién sustrae al menor, sino el que ostenta la custodia; y también sería necesario atender a situaciones de violencia de género en las que la madre se ve obligada a huir a otro país con el menor. Igualmente, el Convenio de la Haya a través de los motivos de denegación de la restitución que prevé puede no llegar a cubrir siempre ese interés superior del menor que se le presume.

En este sentido, podría entenderse (y el Convenio no lo hace) que existe daño psicológico cuando estamos ante un trauma producido por ese retorno, sin llegar necesariamente a constatar que el menor sufre un desequilibrio psicológico grave. Es igualmente criticable que no se tenga en cuenta el dolor que puede producir en el menor la separación del progenitor que lo habría “secuestrado”. Es decir, que la protección del menor debería buscar el bienestar físico, pero también el emocional, previendo supuestos como los anteriores.

En relación con la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York de 1989 que, si bien ha conseguido una ratificación casi universal, su cumplimiento dista de ser igualmente universal. Para lograr ese cumplimiento, resulta de vital importancia el sistema articulado mediante el cual los Estados Parte deben presentar ante el Comité sus informes periódicos y las comunicaciones individuales presentadas ante el Comité de Derechos del Niño, así como las investigaciones en relación con violaciones graves o sistemáticas de la Convención.

La dificultad en relación con el Convenio de la Haya de 1996 sobre ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección radica en su indeterminación. Al sustentar todo su articulado en el interés superior del menor, que es por sí mismo un concepto jurídico indeterminado, se hace muy complicado precisar cuáles son las medidas que mejor protegen al menor. Más, si tenemos en cuenta que se trata de un instrumento internacional, implicando ello que el interés superior del menor puede verse de formas muy diferentes en función del estado en el que nos encontremos. Esa indeterminación que conlleva siempre cierta inseguridad jurídica es lo que en mayor medida dificulta la aplicabilidad de este Convenio.

Un aspecto a resaltar del Convenio hispano-marroquí es la asunción en gran parte de los mecanismos que se prevé en los Convenios de Luxemburgo ni del de la Haya de 1980, pese a que Marruecos no es parte de ninguno de ellos.

El Reglamento 2201/2003 continua en la línea de fomento en la confianza mutua entre los Estados miembros al suprimir el exequátur con respecto a las resoluciones relativas a la restitución de menores y los derechos de visita. Ello se hace teniendo en cuenta que, en un espacio de libre de fronteras, el traslado ilícito de menores se hace más sencillo y de ahí la importancia del sistema de confianza mutua entre Estados y la cooperación entre ellos.

Todos los convenios analizados anteriormente tienen la adaptación interna del procedimiento a través del art. 778. quáter de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 que ha venido a adaptar la anterior regulación que existía en los art. 1902 y ss LEC 1881; configurándose ahora como un proceso autónomo dentro de los procesos matrimoniales y de menores.

III. ARTÍCULO 13.1 B) DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980: CONCURRENCIA DE GRAVE RIESGO PARA IMPEDIR RESTITUCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

1. INTRODUCCIÓN

El Convenio sobre los Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980 propugna como valores superiores los intereses del menor en el plano internacional.

Así, tiene por objetivo proteger al menor de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y determinar los procedimientos que ponen fin a una situación de retención ilegal, devolviendo al menor al Estado en que éste tenga su residencia habitual y asegurando la protección del derecho de visita.

Se trata de un convenio de pura cooperación judicial internacional, del que forman parte 97 Estados y posee un carácter inter partes, es decir, solo se aplica cuando ambos Estados son parte del mismo.

Por tanto, si el Estado al que se ha trasladado al menor no es parte del Convenio no existirá ninguna obligación internacional de devolución del menor. Ahora bien, las excepciones que se contienen en el art.13.1 b) Convenio de 1980 son las mismas que las del art.11.2 del Reglamento 2201/2003, de manera que el Reglamento 2201/2003 incorpora el contenido del Convenio de la Haya de 1980 con singularidades.

Cabe señalar que “la existencia de estas excepciones es, por tanto, esencial para salvaguardar el interés superior del niño, puesto que no puede afirmarse que en todos los casos convenga restaurar el *status quo* anterior a la sustracción.”⁶⁶

En este sentido, según el art.3 del Convenio de 1980 se entiende por retención ilícita el traslado de un menor a otro Estado o su retención en otro país distinto del de su residencia habitual. Ahora bien, el art.4 declara que solo será de aplicación a los menores de 16 años de edad, siempre que hayan tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción del derecho de custodia o visita.

No obstante, existen excepciones al retorno del menor, es decir, una vez que se han cumplido los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts.778 quáter a 778 sexies) y se ha realizado la solicitud de retorno, el progenitor que ha retenido de forma ilícita al menor puede oponerse a su restitución alegando una serie de excepciones.

En particular, nos centraremos en el análisis del art.13.1 b) Convenio de 1980 y de la Guía de Buenas Prácticas que lo desarrolla.

2. ANÁLISIS SISTEMÁTICO DEL ARTÍCULO 13.1 B) DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

Entre las causas de denegación para la restitución de un menor que puede esgrimir la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido se encuentra la recogida en el artículo 13.1. b) del Convenio de la Haya de 1980, objeto de este trabajo.

⁶⁶SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. PÍAS GARCÍA, E. GONZÁLVIZ VICENTE, P. GONZÁLVIZ BEILFUSS, C. ALONSO CARVAJAL, A. CARTER, D. Y NÚÑEZ MORGADES, P. *La sustracción interparental de menores*, DYKINSON, Madrid, 2005, p.92.

En él se declara que, si “*existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*”, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor.

Así, el art.13 “es uno de los artículos con mayor trascendencia del texto convencional por contener algunas de las excepciones que el Convenio admite a la regla general de devolución inmediata del menor trasladado ilícitamente fuera del Estado en el que tenía su residencia habitual.”⁶⁷

Pues bien, respecto a esta causa de denegación sobre la restitución del menor hay que tener en cuenta lo siguiente⁶⁸:

En primer lugar, el juez del Estado en el que se encuentra el menor es el que únicamente debe apreciar de modo soberano, esta causa de no restitución. La decisión del juez al respecto debe poderse recurrir, pues el Convenio presume que la mejor solución es el retorno del menor.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el art.13.1 b) contiene tres conceptos clave, a saber; grave riesgo, daño físico o psíquico o situación intolerable. Todos ellos han de interpretarse con carácter restrictivo, debiéndose probar siempre en cada caso concreto. Así pues, estos tres conceptos deberán verificarse en relación al menor, en todo caso, y no en relación a la madre o a sus hermanos.

Cabe señalar que, en ocasiones, la restitución de un menor al país de su residencia habitual puede generar un daño o perjuicio ya no al menor en cuestión, sino a la madre o a los hermanos de éste, y puede suceder que ello provoque un impacto muy negativo sobre el menor en cuestión, en forma de daño psicológico.

No obstante, no debemos perder de vista que el Convenio de 1980 tiene por objetivo *el interés superior del menor*⁶⁹ y no la defensa de *consideraciones generales de humanidad*. A continuación analizaremos cada una de estas tres nociones clave que se señalan en el artículo⁷⁰:

1) *Grave riesgo*: se refiere a que el riesgo debe ser extremo, muy probable, es decir, debe consistir en un *peligro* y no en *meros inconvenientes* que derivarían de la restitución del menor al país de su residencia habitual, por ende, no basta para estimar que exista grave riesgo que la separación del progenitor sea simplemente *dolorosa*, sino que, por ejemplo, quede probado que no se puedan obtener medidas de protección adecuadas en el país en el que se pretende restituir al menor.

⁶⁷GÓMEZ BENGOCHEA, B. *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980*. Dykinson, Madrid, 2002, p.90.

⁶⁸CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Protección de menores”, *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2011, p. 425

⁶⁹ STJUE de 6 de diciembre de 2007. *Caso Maumousseau y Washington contra Francia*, opinión disidente del Sr.JuezZupani y la Sra.JuezaGyulumyan. El interés superior del menor es el criterio fundamental, verdadera *quaestiofacti* que ha de ser examinada ex novo por cada jurisdicción, e incluso por la jurisdicción de última instancia si fuese oportuno. El paso del tiempo es determinante para el interés superior del menor, máxime en los asuntos de sustracción internacional de menores. Así, la jurisprudencia del Alto tribunal contiene numerosos ejemplos de decisiones que se han tomado después de un cierto período a favor de uno de los progenitores que retenía al menor o bien, de la familia de acogida por la evidente razón de que un niño que se ha desarrollado en un ambiente familiar concreto, en el que se siente seguro, sufriría un trauma caso de ser trasladado. Precisamente a esto hace alusión el art.13.1 b) de la Convención de la Haya de 1980. Significa que lo que cuenta es el bienestar del menor en el ambiente familiar en que ha vivido y ha podido desarrollar su propia personalidad.

⁷⁰CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Protección de menores”, *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2011, p. 425.

2) En cuanto al *daño físico* tiene que ser siempre elevado o serio, puesto que un daño físico mínimo no es relevante, como puede ser el caso de una gripe. En cambio, sí que es relevante el hecho de que, por ejemplo, exista violencia sobre el menor.

3) Respecto al *daño psíquico*, al igual que el físico, tiene que ser “*elevado*” o “*serio*”, debido a que, cierto daño psicológico al menor existe siempre que se produce un traslado de éste de un país a otro. Por ejemplo, un desequilibrio psicológico sí se podría considerar como un daño elevado, pero, en cambio, un “*trauma psicológico*” no.

Así, el daño ha de ser “*actual*” y no solo potencial, si bien, siempre es necesario llevar a cabo un análisis prospectivo de la situación, esto es, impedir el retorno del menor si su restitución al país de origen pudiera producirle un daño grave.

Por ello, la situación anterior al traslado del menor solo es relevante para denegar su restitución si esa situación se mantuviera en el momento en el que se produjera el traslado.

Ahora bien, si las circunstancias han cambiado y ya no hay riesgo para el menor, en ese caso, se tendría que ordenar la restitución del mismo por las autoridades competentes.

Además, cabe precisar que no existe riesgo de daño ni de situación intolerable si se ofrecen a la autoridad del Estado donde se halle el menor, ciertas “*garantías*” o “*seguridades*” en relación con la protección del menor.

Estas garantías pueden consistir en compromisos del peticionario de la restitución, en la acreditación de que los tribunales y autoridades del Estado al que va a ser restituido el menor pueden protegerle de modo conveniente.

Se trata de comprobaciones de hecho de la seguridad del menor en el país de su residencia habitual o en el hecho de que los tribunales de dicho país han dictado o vayan a dictar “*resoluciones espejo*”, esto es, resoluciones de protección del menor idénticas a las adoptadas por las autoridades del país al que ha sido trasladado el menor.

Por último, es necesario que el progenitor que alegue la presencia de peligro de daño físico, psíquico o situación intolerable pruebe dicha circunstancia. Así, respecto a la carga de la prueba “*ésta corresponde a la persona que alega la existencia del mencionado riesgo (...). Se trata de una cuestión fundamental, pues la denegación de la restitución depende de que la existencia del riesgo grave quede convenientemente acreditada.*”⁷¹

En este sentido, la carga de la prueba “*tal y como aparece regulada en el Convenio, más que una carga para quien se oponga al retorno, se configura también como un elemento de defensa del propio “secuestrador”, sea éste persona física o jurídica.*”⁷²

No obstante, esta causa de grave riesgo suele alegarse por los progenitores porque es la más imprecisa de todas y exige una previa valoración de agentes sociales, pedagogos, psicólogos, personal de los hospitales y médicos para determinar si existe realmente ese riesgo de daño físico o psíquico.

Ello se traduce en el transcurso del tiempo⁷³, requisito vital para conseguir la restitución efectiva del menor al Estado donde posee su residencia habitual, dado que, si transcurre más de un año desde el traslado o retención ilícita, es más difícil que se produzca la restitución.

⁷¹GÓMEZ BENGOCHEA, B. “*Aspectos civiles...*”, op., cit., p.92.

⁷²MIRALLES SANGRO, P. *El secuestro internacional*, op., cit., p.187.

⁷³Al respecto, el TJUE en su Sentencia de 6 de noviembre de 2008 *Caso Carlson contra Suiza* determinó los principios rectores que deben regir un asunto sobre sustracción internacional de menores. En particular, destacó la importancia de la rapidez en los procedimientos relativos a la restitución de un menor sustraído, que

Precisamente por el abuso de la causa de grave riesgo, el art.11.4 del Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental declara que “*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 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas⁷⁴ adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución*”.

Del mismo modo, hemos de tener en cuenta el art.11.2 del Reglamento 2201/2003 que señala la posibilidad de “*dar audiencia al menor durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez, en el caso de que se lleve a cabo la aplicación de los artículos 12 ó 13 del reglamento de 1980 de la Haya*”.

A modo de ejemplo, imaginemos que un tribunal francés otorga la “*custodia*” de un menor a su padre francés con residencia habitual en Francia y el menor reside de forma habitual con su padre en el país anteriormente mencionado.

Pues bien, supongamos que ese individuo ha sido denunciado repetidamente por “*malos tratos*” a la madre de nacionalidad española y cuya residencia habitual se encuentra en Barcelona. La progenitora dispone del derecho de visita y, aprovechando un fin de semana, sustrae al menor y se lo lleva consigo a la ciudad condal.

El padre, por su parte, se persona en España e insta ante el Juez de Primera Instancia de Barcelona, la restitución del menor. En este sentido, cabría plantearnos si es aplicable o no el Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980.

Este Convenio sería aplicable, pero matizado por las correcciones que introduce el Reglamento 2201/2003 en su artículo 11. No obstante, como ya señalamos en la introducción, el Reglamento 2201/2003 incorpora el contenido del Convenio de la Haya de 1980 con singularidades.

Así las cosas, el juez español podrá acordar la restitución del menor solicitada por el padre francés, aunque éste haya sido condenado por malos tratos a la madre del menor, si es que se puede garantizar que el menor no sufrirá malos tratos por parte del padre⁷⁵.

Una vez analizado el contenido del precepto, señalaremos algunos ejemplos de situaciones en las que los tribunales han considerado que efectivamente existe daño o situación intolerable para el menor y casos en los que la jurisprudencia ha determinado que no es así o en los que ha habido dudas al respecto, de tal manera que unos tribunales han fallado a favor y otros en contra;

a) Casos en los que no existe daño para el menor ni tampoco situación intolerable acreditada.

En este sentido, los progenitores con frecuencia tratan con frecuencia de retener al menor en el país al que lo han trasladado y para ello, alegan diversos motivos que la jurisprudencia rechaza, pues no comportan “*daño físico o psíquico*” para el menor ni exponen al mismo a una situación intolerable.

exigen ser tramitados de urgencia puesto que el paso del tiempo pueden tener unas consecuencias irremediables para las relaciones entre los menores y el progenitor que no vive con ellos.

⁷⁴STJUE de 22 de diciembre de 2009 *Caso Tapia Gasca y D. contra España*. Cabe señalar que la obligación para las autoridades nacionales de adoptar medidas [de protección de menores] a estos efectos no es absoluta. La esencia y amplitud de las acciones requeridas dependerán en última instancia de las circunstancias de cada caso concreto y serán objeto de análisis exhaustivo por parte del tribunal sentenciador.

⁷⁵AP Barcelona, 16 de diciembre de 1996.

Por ejemplo; el progenitor que solicita el retorno ha recurrido al suicidio⁷⁶, el menor puede sufrir un trauma psicológico si es separado de su padre secuestrador⁷⁷.

b) Casos en los que sí existe daño físico o psíquico o situación intolerable para el menor.

Es el supuesto en que el solicitante de la restitución cuenta con antecedentes de malos tratos hacia el menor o la madre de éste, abusos sexuales, alcoholismo, consumo de drogas, profundas depresiones, frecuentes condenas penales o, si por ejemplo, el menor padece un fuerte “*temor al padre*”.⁷⁸

También cabe denegación en aquellos casos en los que el progenitor cuenta con “*personalidad agresiva*” hacia la madre, pero no contra el hijo⁷⁹.

c) Casos dudosos y jurisprudencia muy dividida.

En ciertos supuestos, algunos tribunales estiman que concurre daño físico o psíquico o situación intolerable para el menor, pero otros lo niegan.

Un ejemplo sería cuando el solicitante reside habitualmente en una zona con fuerte actividad terrorista, zonas de guerra o en las que se padece hambre.

En este supuesto, algunos tribunales niegan el retorno del menor, por ejemplo a determinadas ciudades como Israel⁸⁰. Por el contrario, otros tribunales consideran que esta circunstancia no comporta un peligro grave, incluso después del 11-S⁸¹.

Otro ejemplo sería que el retorno suponga una separación entre hermanos. Unos tribunales consideran esta medida como intolerable y por ello, lo deniegan⁸², mientras que otros lo conceden a pesar de dicha separación⁸³.

Con todo, en el objetivo de un correcto conocimiento y aplicación del Convenio de la Haya de 1980, hemos de centrar ahora el estudio en la Guía de Buenas Prácticas anexa al mismo, que desarrolla con gran precisión el citado art.13.1 b) y será de vital trascendencia en el futuro próximo en materia de sustracción internacional de menores y violencia de género.

3. ANÁLISIS DE LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS EN VIRTUD DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980. ESPECIAL REFERENCIA A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

3.1. Antecedentes

A nivel mundial, el fenómeno de la sustracción internacional de menores aparece recogido en un Convenio que próximamente va a alcanzar los cuarenta años de existencia⁸⁴

⁷⁶Corte Suprema de Kansas, EE.UU de 14 de julio 2000.

⁷⁷Sentencia. Corte de Casación, Italia, 18 marzo 2006.

⁷⁸AJPI Madrid 2 de abril de 2006

⁷⁹AAP Barcelona 5 de septiembre de 2005

⁸⁴El nuevo modelo, en vigor desde el 23 de julio de 2015, salvo para expedientes en tramitación a tal fecha, e instaurado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015, vía DF 3.ª, más la corrección de errores de la Ley 15/2015, publicada en BOE núm. 210, de 2 de septiembre de 2015, pp. 77690-77692, se contiene en el Capítulo IV bis de la LEC, arts. 778, 778 y 778 bajo el título: «Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional», sin olvidar las modificaciones también operadas por la misma vía en el art. 525.1 de la LEC en lo relativo a la

y que, pese a los achaques propios de la edad, goza de una salud excelente a la vista del número de Estados contratantes que no deja de incrementarse año tras año. En efecto, nos referimos al Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en vigor desde el 1 de diciembre de 1983 (en España desde el 1 de noviembre de 1987) y que, a fecha de 22 de abril de 2016, cuenta ya con 94 Estados contratantes.

3.2. Objeto de la investigación

Este documento es principalmente un estudio limitado de la práctica judicial, realizado a través de un análisis de la jurisprudencia nacional existente y principalmente trata sobre cuestiones relacionadas con el procedimiento que se debería llevar a cabo para la aplicación del artículo 13 (1) b del Convenio invocado, por el que las partes se oponen al regreso del niño al lugar de su residencia habitual, cuando la violencia conyugal o familiar es la principal responsable.

Este documento presenta varias fuentes de derecho regional e internacional, así como diversos estudios en materia de ciencias sociales y jurídicas de carácter relevante a efectos prácticos.

3.3. Alcance y limitaciones de este estudio

La Sección II, "*Análisis de una muestra de jurisprudencia*", resume los resultados de la aplicación de una serie de preguntas a la jurisprudencia encontrada principalmente en INCADAT con referencia específica a violencia conyugal o familiar.

Todos los casos en la muestra fueron generados por una serie de preguntas formuladas en INCADAT. Varios investigadores participaron en el análisis de la jurisprudencia para este estudio, donde también propusieron otros casos correspondientes a varias jurisdicciones, que no aún no está integrado en INCADAT.

3.4. Concepto de violencia doméstica

El término *violencia doméstica* puede cubrir muchas facetas diferentes de la violencia en la familia. La violencia puede ser física, psicológica y/o sexual; ella puede ser dirigida contra el niño y/o contra un compañero íntimo (en este caso, es a veces denominado *abuso conyugal* o *violencia contra la pareja íntima*) u otros miembros de la familia.

A menos que se indique lo contrario, este documento utiliza el término *violencia doméstica* en el sentido indicado en el anterior párrafo, no obstante, en ocasiones, este concepto se usará indistintamente con el término *violencia familiar*.

Cabe señalar que el nivel de violencia varía mucho entre las familias, y que algunos expertos tienen un enfoque, basado en datos de ciencias sociales, que debería servir para determinar si el hecho de que el niño esté expuesto a la violencia doméstica podría suponer "*grave riesgo*".

Según algunos estudios, el secuestro de un padre puede ser una respuesta a la violencia doméstica y también una forma de violencia doméstica. El hecho de que un padre secuestre a un niño/s puede formar parte de un continuo comportamiento violento o abusivo.

La mayoría de los estudios indican que las mujeres son las víctimas de la violencia llevada a cabo por una pareja íntima. Se observó la victimización de mujeres, debido a las

no posible ejecución provisional y en el art. 749.1 de la LEC que fuerza el papel del Ministerio Fiscal en estos supuestos.

desigualdades socioeconómicas, puede agravarse o complicarse (por ejemplo, cuando dependen social o económicamente de un cónyuge violento).

En este sentido, este problema plantea una serie de dificultades a los jueces cuando se enfrentan a casos de violencia doméstica en el contexto de solicitudes de devolución hechas sobre la base del Convenio de 1980: la otra dificultad es el desequilibrio de poder entre el abusador y su víctima.

Los expertos legales también señalaron que los cónyuges o parejas pueden usar procedimientos judiciales como otro medio de acoso al cónyuge, para tratar de dominarlo o debilitarlo comenzando por ejemplo, en procedimientos para la retirada de la custodia, procedimientos relativos al derecho a visitas y otros procedimientos judiciales.

Esta dinámica de lo que pudimos llamar *juicios de acoso* puede ser particularmente dañino para el cónyuge o pareja (y también, indirecta o directamente, para el niño) si hay una diferencia entre los dos padres afectados en términos de recursos legales y/o si el padre demandado no tiene apoyo familiar y social.

Asimismo, algunos datos arrojados por diversos estudios llevados a cabo en el ámbito de las ciencias sociales también informaron formas de potencial de acoso continuo, violencia y represalias por parte de un cónyuge abusivo o compañero, que puede presentarse cuando la persona sufre violencia y toma medidas para escapar de una relación violenta. Los estudios han señalado que esto es directamente después de huir de una situación de abuso (solicitar el divorcio o abandonar el hogar familiar, por ejemplo).

Finalmente, los efectos psicosociales del "*síndrome de las mujeres maltratadas*" y la trastorno de estrés postraumático sufrido por un padre que experimenta violencia puede comprometer su credibilidad o la credibilidad de su testimonio como demandada, así como la existencia o inexistencia de pruebas sobre la base de las acusaciones de abuso conyugal hechas por un acusado (por ejemplo, un retraso en la denuncia de incidentes de violencia conyugal o no informar sobre los incidentes de violencia conyugal a la policía pueden ser causados por ejemplo, por la falta de receptividad de los agentes de policía implicados, intimidación, falta de autonomía, sentimientos de impotencia a causa de la violencia, o cultura de secreto con respecto a la violencia doméstica).

Se han mencionado una serie de correlaciones estadísticas en la investigación que vincula formas de violencia y abuso de un padre y formas de violencia y abuso también con respecto a los niños que están expuestos a la violencia doméstica.

Una serie de estudios encontraron una correlación de entre 30 y 60% entre los casos de abuso conyugal y violencia contra los niños. Esto significa que niños que son parte de una familia en la que hay violencia doméstica tienen más probabilidad de estar expuestos a la violencia física.

Asimismo, se ha observado en la literatura que existen vínculos entre el homicidio de un cónyuge y el homicidio de un niño, por lo que "*en casi una cuarta parte de los casos en que un hombre que mata a su esposa o compañero, él también mata a sus hijos*".

En este sentido, un estudio reciente de la Organización Mundial de la Salud sobre violencia doméstica en diez países señala que "*la violencia contra las mujeres ha sido mucho más profunda que los efectos inmediatos que conlleva y ello tiene consecuencias devastadoras para las mujeres maltratadas y un efecto traumático sobre aquellos que lo presencian, especialmente los niños*".

También se ha encontrado que el grado de trauma del niño en situaciones particulares de violencia familiar varía dependiendo de la presencia o ausencia de una gran cantidad de

otros factores que influyen, incluida la adicción de uno de los padres, la presencia de un ambiente protector la presencia de otros factores de protección.

3.6. Violencia doméstica y familiar: el contexto de la ley nacional y la ley internacional

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, firmada en Nueva York, 20 de noviembre de 1989 (en adelante, *"la CDN de la ONU"*) contiene obligaciones que imponen a los Estados la obligación de combatir los *"viajes de no retorno"* de niños en el extranjero (artículo 11 (1)), para evitar el secuestro de menores *"en cualquier forma"* (artículo 35), y que afirman el derecho del niño, *"salvar en circunstancias excepcionales"*, para mantener *"relaciones personales"*, y contacto directo regular con ambos padres *"cuando estos padres residan en diferentes Estados (Artículo 10 (2)) que es autoritario."*

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño también contiene fuertes declaraciones y disposiciones condenar conflictos familiares y situaciones de violencia en la vida del niño. El preámbulo de la UNCRC reconoce que el niño, *"para el desarrollo armonioso de su personalidad, debe crecer en el ambiente familiar, en un clima de felicidad, amor y entendimiento"*.

De acuerdo con el Artículo 19 (1) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, los Estados Partes *"Tienen como objetivo tomar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas medidas apropiadas para proteger al niño de cualquier forma de violencia, daño o abuso físico o mental, negligencia o negligencia, abuso o explotación, incluida la violencia sexual"*.

3.7. Cuestiones preliminares respecto al artículo 13.1 b)

El preámbulo y la disposición pertinente del artículo 13 del Convenio de 1980 reza lo siguiente:

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligado a ordenar el regreso del niño, cuando la persona la institución u organización que se opone a su regreso establece" - [...]

(b) Que Existe un riesgo grave de que el regreso del niño lo exponga a un peligro físico o psíquico, o de alguna otra manera lo coloca en una situación intolerable.

Según el Informe Explicativo 48 del Convenio de 1980, proporciona un medio de interpretación Artículo 13 (1) (b) adicional. En dicho Informe Explicativo *"Primera parte- Características generales de la Convención"*, el autor menciona el objetivo principal de la Convención basado en el desarrollo de secuestros internacionales, y menciona también otros temas relacionados como la importancia dada al interés del niño y posibles excepciones al regreso inmediato de los niños desplazados".

En pleno debate el Informe Explicativo señala que *"se debe admitir que el desplazamiento de un niño a veces puede justificarse por razones objetivas que ya sea a sí mismo o al entorno más cercano a él"*, y este es el razón por la cual existen una serie de excepciones, incluyendo el artículo 13 (1) (b) estaba previsto en la Convención.

Nos dicen las excepciones para regresar, en su mayor parte, son *"manifestaciones concretas de principio demasiado imprecisa que proclama que el interés del niño es el criterio vectorial en el tema "y constituye un "aspecto importante para una comprensión precisa de la alcance"* de la obligación principal de la Convención de garantizar el regreso del niño.

También podemos observar que los términos del Artículo 13 (1) (b) y 13 (2) están inspirados para tener en cuenta los intereses del niño y dar significado a esta noción. El Informe Explicativo también declara que *"en interés del menor no debe ser retirado de su residencia habitual sin garantías suficientes estabilidad de la nueva situación, lo está dando paso al principal interés de que nadie debe estar expuesto a un peligro físico o psicológico, o colocado en una situación intolerable"*.

Los trabajos preparatorios de la Convención pueden aclarar de cierta manera la naturaleza de la excepción en la sección 13 (1) (b) en casos de abuso conyugal en el cual un niño puede no ser el objetivo principal de esta violencia. Fue necesario agregar las palabras *"o de lo contrario"*, no lo coloca en una situación intolerable, ya que hubo muchas situaciones no cubiertas por el concepto de *"peligro físico y psicológico"*.

Por ejemplo, cuando uno de los cónyuges era amenazado y abusado por el otro y era obligado a huir del hogar conyugal, podría argumentarse que el niño no estuvo expuesto a un peligro físico o psicológico, aunque está claramente expuesto a un intolerable.

3.8. Jurisprudencia aplicable

La muestra de jurisprudencia analizada en este estudio trata de 92 casos que comprendían un total de 19 jurisdicciones⁸⁵.

Los grados de jurisdicción representados involucraron casos en primera instancia, segunda instancia o apelación superior, y en los Estados federales o Estados que constan de unidades territoriales, así solo en la jurisprudencia de varias de estas unidades. Esta muestra concierne decisiones emitidas desde 1989 hasta 2011. Se trata de casos que involucran a 25 Estados los solicitantes.

De los 92 casos de la muestra, 49 dieron lugar a una decisión de retorno. Treinta y dos dieron lugar a una denegación judicial de retorno sobre la base de Artículo 13 (1) b. El resultado de siete de los casos fue una decisión de no retorno sobre una fundación que no sea la excepción del Artículo 13 (1) b.

Cuatro casos en la muestra han sido remitidos a un tribunal inferior, tres de ellos con el objetivo de evaluar la existencia de compromisos o condiciones destinados a proporcionar protección en caso de que una decisión del regreso sería pronunciado y uno para poder recurrir un experto independiente para evaluar el grave riesgo de peligro en caso de que el retorno fuera ordenado.

Las preguntas sobre las denuncias de violencia doméstica se centraron en la naturaleza de estas alegaciones, así como el hecho de que la presunta violencia fue directamente en contra:

1. El padre y el niño
2. Solo el padre, con el niño como un testigo
3. El padre sin que el niño sea un testigo
4. Solo el niño.

En la muestra de jurisprudencia, particularmente en los resúmenes de INCADAT hubo una serie de casos (un total de 13) en los que no estaba claro cuáles eran las acusaciones. Por el contrario, las denuncias solo se describieron como *"violencia doméstica"* o *"incidentes de violencia"* y por lo tanto no se podía determinar en concreto qué tipo de categoría eran.

⁸⁵Sudáfrica, Alemania, Inglaterra y Gales, Argentina, Australia, Canadá, Chile, China (Región Consejo Administrativo), Costa Rica, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Israel, España, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda, Noruega, Suiza y el Reino Unido.

Cuando se describió la naturaleza de los alegatos, la jurisprudencia llegó a la siguiente conclusión: en 14 casos no estaba claro si la presunta violencia recayó sobre la segunda o tercera categoría, y en tres casos hubo falta de claridad entre las categorías uno y dos. Trece casos formaban parte de la categoría dos, tres casos de la categoría tres y diez casos en la cuarta categoría.

Las alegaciones, incluían una gama de comportamientos abusivos, incluido el abuso físico, psicológico y "verbal". La mayoría de los casos presentaron alegatos que consisten en actos repetidos de abuso físico que a veces estaban acompañados de trastornos psicológicos y / u otros tipos de abuso.

El abuso físico, cuando se describió, incluía tanto denuncias de heridos con cuchillo, amenazas, estrangulaciones, puñetazos, golpes en la cara, arrojando objetos domésticos, siendo tirados de las escaleras...etc.

Las amenazas de muerte para el padre y para el niño también eran muy comunes. Los padres habían sido detenidos al haber sido testigos de amenazas en varios casos. Las denuncias a veces incluían presuntos abusos por parte del cónyuge mediante el uso de armas.

Se alegaron patrones de control psicológico en varios casos, tales como evitar que se vaya de casa, controlar el comportamiento, esposar a la cama, daños a la propiedad personal, abuso económico o dependencia económica. Incluso, la familia paterna participó en el abuso de la madre o niños o la familia materna fue blanco de abusos, llamadas amenazantes y un número de casos encerraban agresión sexual o violación.

Se informó en varios casos que la madre (y el niño / los niños) tenían que refugiarse en otros países, albergues y refugios.

En varios casos, la presunta violencia doméstica incluyó denuncias con conductas de abuso de alcohol o drogas por parte del presunto abusador o, en varios casos, por ambos padres problemas psiquiátricos o psicológicos del padre supuestamente abusador.

En una serie de supuestos se indicó que la policía buscó a los padres con antecedentes violentos, órdenes de protección, órdenes de restricción violadas...etc. En varios casos, los cargos penales contra el padre estaban pendientes o habían sido establecidos previamente (Krishna, Re M (1996)⁸⁶) e incluso, un padre solicitante había sido condenado anteriormente por asesinato⁸⁷ (Re M (2000)).

A veces no estaba claro si los niños eran "testigos" de la presunta violencia, o eran demasiado pequeños para ser conscientes de ella. Por ejemplo, bebés que presencian a su madre golpeada y / o mientras está embarazada de uno de sus niños.

Es interesante observar que, en varios casos, se adujo que la violencia doméstica había ocurrido antes del secuestro internacional.

Cuando el abuso era solo contra niños era sexual y en ocasiones era llevado a cabo por la nueva pareja sentimental de su madre y otras sin especificar. Cuando se especifica, incluye descripciones de un severo tratamiento disciplinario físico.

3.9. Carga de la prueba

⁸⁶En ReM (1996), el padre adoptivo había presentado una denuncia ante la policía del Estado solicitante con respecto a un incidente y el padre solicitante fue acusado de asalto y encarcelamiento. El caso fue escuchado tres años después de los hechos y resultó en la absolución, ya que el fiscal no pudo tomar la decisión de los padres evidencia (que estaba en ese momento en el Estado requerido) y sin la evidencia de ningún otro testigo.

⁸⁷ Corte de Apelación, "Re M (A Minor)", Australia, 1993.

En cuanto a la cuestión de quién va a soportar la carga de la prueba en virtud del Artículo 13 (1) b), el texto de la Convención y el Informe Explicativo dejan claro que será la *"persona, institución u otro cuerpo que se opone al retorno "debe" establecer "el contenido del subpárrafo b)"*. Sería el padre el que ha llevado al niño a través de fronteras internacionales.

Los tribunales mostraron diferentes opiniones en cuanto a si deberían tener un papel más o menos activo en la determinación de la validez de las alegaciones planteadas por el padre (por favor, vea más discusión de este tema a continuación, en los párrafos 76 y siguientes).

La norma probatoria para establecer un riesgo grave en virtud del Artículo 13 (1) b). En la jurisprudencia de los Estados Unidos se estableció aceptado que *"las alegaciones del Artículo 13 (1) b) debían ser probadas"*⁸⁸

En la jurisprudencia canadiense, se aplica el estándar civil, y debe haber *"evidencia considerable"*⁸⁹. Los tribunales del Reino Unido (Inglaterra y Gales) exigieron que la evidencia fuera *"clara y convincente"*. Tribunales en otras jurisdicciones también señalaron lo mismo.

En algunos casos, los tribunales de apelación afirmaron que los tribunales de primera instancia habían errado al aplicar un estándar probatorio demasiado alto.

Por último, parece haber una ausencia general en las muestras de referencias significativas al artículo 13 (3) del Convenio, que, según al Informe Explicativo, es *"de naturaleza procesal"* y busca, por un lado, *"compensar la carga de la prueba impuesta a la persona que se opone a la devolución del niño, y por otro lado, permitir a las autoridades determinar la existencia de esas circunstancias que subyacen a las excepciones que figuran en los dos primeros párrafos [13 (1) y 13 (2)] de este artículo "*.

3.10. Interpretaciones del concepto de riesgo grave

La práctica judicial evidencia una variedad de interpretaciones sobre lo que se entiende por el término *"riesgo grave"* en virtud del Artículo 13 (1) b) de la Convención, sin embargo, la mayoría de los jueces afirman que la excepción debe ser restrictiva.

Sobre este último tema, los jueces hicieron una serie de declaraciones, entre ellas: que debe ser *"tipo sustancial o de peso"*, *"importante y sustancial"*, riesgo *"más que ordinario y no solo trivial"*, grado sustancial e intolerable, una gran magnitud del daño y que las palabras también causan un gran daño psicológico al niño, finalmente decir que no es necesario que sea *"inmediato"* sino que solo sea grave.

Además, algunos jueces enfatizaron que el daño posible debe exceder de las dificultades que normalmente se esperarían al alejar a un niño de uno de uno de los progenitores y llevarse al otro.

Un juez expresó esta idea de la siguiente manera: grave riesgo de daño se refiere a las situaciones en las que *"el niño se enfrenta a un riesgo real de ser herido, física o psicológicamente, como resultado de la repatriación, "pero no" a situaciones donde la*

⁸⁸ Ley de Remediación Internacional de Sustracción de Menores (ICARA), 42 U.S.C. S. 11603 (e) (2) (A). El estándar probatorio ordenado por ICARA en relación con el art. 13 (1) b) (y el Art. 20 de la Convención) han sido criticados como estándar, ya que ICARA no aplica un estándar probatorio tan elevado a las demás excepciones de los Arts. 12 y 13 (que debe ser probado por *"una preponderancia de la evidencia"*). Ver Weiner, supra, nota 4, p. 82.

⁸⁹ Corte de Apelación, *"Pollastro v. Pollastro"*, Estados Unidos, 1999.

repatriación puede causar inconvenientes o dificultades, eliminar ciertas oportunidades económicas, o que no concuerdan con las preferencias del niño”.

En varios casos se indicó que el daño al cuidador del niño era perjudicial para el propio niño y en otros se afirmó lo contrario.

Otro tribunal articuló cinco factores que determinaban que el abuso de un padre fue suficiente para encontrar un grave riesgo de daño al niño:

- a) El temperamento violento e incontrolable del padre;
- b) Las continuas peleas / ataques contra un hijo adulto que mostraron que su violencia no se vio obstaculizada por la relación padre-hijo;
- c) El padre había atacado a personas mucho más jóvenes que él;
- d) Doctrina sobre el abuso conyugal y el niño abuso;
- e) Leyes federales y estatales que reconocen un mayor riesgo para los niños de daño psicológico cuando está en contacto con abusadores conyugales.

En varios casos la capacidad del cuidador del niño de regresar con él e intentar arreglarlo podría ser determinante para enfrentar así el niño los graves riesgos de daños.

En los casos en que el retorno fue denegado basado, al menos en parte, en tales argumentos como si una madre que volviera no tuviera una vivienda habitable, no tuviera acceso a los beneficios de la seguridad social ni apoyo familiar, dependencia total...etc.

3.11. Cuestiones relativas a las denuncias por violencia doméstica y valor procesal

Una parte de la jurisprudencia considera que la residencia habitual del niño era la mejor opción para investigar las denuncias de abuso familiar, en cambio, otra parte de la jurisprudencia no lo consideró necesario para concluir si existía o no violencia doméstica en las denuncias planteadas.

No obstante, es posible, en esta sección, determinar: el rango de evidencia, a qué tipo de escrutinio fue sometido y cualquier comentario judicial general visto en casos de retorno de La Haya relacionados con denuncias de violencia doméstica en virtud del Artículo 13 (1) b) defensa.

En varios casos se presentaron “*pruebas de declaración jurada*”, a veces la jurisprudencia va acompañada del testimonio de familiares.

En otras ocasiones se incluye la documentación médica de las lesiones, llamadas amenazantes, fotografías indecentes, lesiones, informes de bienestar social, cargos penales, así como testimonios de expertos, independientes o presentados por una de las partes.

Es importante el testimonio del niño, tal y como se indica en la jurisprudencia⁹⁰, ya que, en ocasiones, puede contradecir al padre, también hay que evaluar si los padres han influido indebidamente en dicho testimonio. Algunos jueces no ven necesario entrevistar personalmente al niño y otros quieren hacerlo a puerta cerrada.

⁹⁰Artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que “*los Estados Partes garantizarán al niño que sea capaz de formar su o sus propios puntos de vista el derecho a expresar libremente esas opiniones en todos los asuntos que afecten al niño [...] “y” en particular, se le brindará la oportunidad de ser escuchado en cualquier procedimiento judicial y administrativo que afecte niño [...]*” Véase también Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009), Artículo 12: El derecho del niño a ser escuchado.

Como resultado, los casos que planteaban una defensa basada en el artículo 13 (1) b) a menudo también alegaban el artículo 13 (2) (objeciones del niño a regresar) como defensa separada.

Se puede concluir que en la mayoría de los casos se empleaban diferentes medios probatorios.

En uno de ellos, un tribunal determinó que la declaración jurada no impugnada de una madre era suficiente para apoyar las denuncias de violencia doméstica, y otros tribunales acreditaban solo la declaración jurada de un padre.

En uno de los casos analizados, los motivos de los padres para el secuestro y las negaciones del comportamiento violento se analizaron en detalle: se descubrió que la madre no tenía otro motivo además de la supuesta violencia para abandonar el lugar de residencia habitual del niño (ya que resultó una disminución en su nivel de vida), mientras que el padre tenía un motivo para mentir sobre el presunto abuso debido a su temor de dañar sus perspectivas de convertirse en un oficial de policía⁹¹.

No había un patrón establecido en la jurisprudencia en cuanto a si lo presentado fue o no probado en el interrogatorio. Como el sujeto no fue interrogado no estaba claro si el tribunal se había negado a permitir el interrogatorio o fueron las partes quienes se negaron a emprender contrainterrogatorios.

En cuanto a las opiniones judiciales sobre la práctica apropiada en el tratamiento / evaluación de la evidencia, como se mencionó anteriormente, en varios casos los jueces se abstuvieron de hacer cualquier determinación sobre la veracidad de las acusaciones de violencia doméstica, afirmando que esto era un deber del tribunal de la residencia habitual, ya que de lo contrario se frustrarían los propósitos de la Convención.

Varios jueces comentaron el gran valor de la evidencia de los expertos independientes.

Asimismo, se considera que en los casos de la Convención de La Haya, en general, la evidencia oral debe usarse con moderación o de forma limitada. Sin embargo, otros tribunales señalaron que deben ser respetadas. Un tribunal de apelación señaló que los jueces no tienen prohibido exigir pruebas orales (cuando podría ser determinante), pero el juez debe ser realista sobre si es realmente necesario.

3.12. Informes de expertos utilizados en casos de violencia doméstica

Las pruebas periciales en los procesos de violencia de género se utilizan para determinar o evaluar la naturaleza o existencia de algún tipo de presunta violencia doméstica y/o algún tipo de riesgo grave para el niño.

La realización de dichas pruebas suele encargarse por el Juez a expertos designados por los propios tribunales o bien expertos independientes tales como trabajadores sociales, pedagogos, psicólogos, personal de hospital y médicos. No obstante, en ocasiones, algunas pruebas que se presentan ante los tribunales contienen claras influencias de las partes.

Así, queda patente que “los informes sociales acerca de la situación del menor resultan de especial importancia a la hora de probar la existencia de un riesgo suficiente para justificar la no devolución.”⁹²

En cuanto a los problemas que se han encontrado en niños que sufren violencia doméstica hay que destacar los siguientes:

⁹²GÓMEZ BENGOCHEA, B. “Aspectos civiles...”, op., cit., p.93.

- *Walsh*: problemas de los niños con la comida y el sueño por miedo a volver al Estado requirente.
- *Pollastro*: estado agitado de los niños.
- *Miltiadous*: miedo de los niños como consecuencia de ser testigos del abuso conyugal.
- *Ostevoll*: sufrimiento de abusos por parte de los niños.
- *Foster*: el niño contaba con una buena “defensa psicológica”, pese al contexto de perturbaciones familiares existentes.
- *L.A.S.M*: los niños no presentaban ningún signo de haber sufrido abuso.
- *Ch. M., Re K, Re C*: miedo/ansiedad de los niños por el retorno.
- *Ch. M*: comportamiento poco comunicativo y agresivo por parte de los niños.
- *G. v. B., OLG Nürnberg*: la calidad de la relación del niño con el padre.

3.13. Compromisos que se deben adoptar para asegurar el regreso seguro de los menores

En este punto se hace referencia a si las autoridades del Estado desde el que se solicita la devolución del niño son capaces de proteger tanto al menor como al progenitor acompañante del mismo.

En este sentido, algunas jurisdicciones consideraban que incumbe a los jueces investigar si las medidas o condiciones de protección estaban disponibles en la jurisdicción solicitante antes de que se tomase una decisión sobre el retorno del menor.

Sobre este extremo se pronunció un Juez de la Corte Suprema de Cooper, pues para él en el artículo 7 del Convenio de la Haya de 1980 se establecía la obligación legal por parte de los Estados requirentes de velar por el bienestar de los niños después de una solicitud de retorno favorable conforme a la Convención.

A pesar de ello, algunos jueces consideran que, como consecuencia de la gravedad del abuso alegado en algunos de los casos de los que les había tocado conocer, estos compromisos resultarían insuficientes para proteger al menor que vuelve y al progenitor acompañante.

Conforme a lo expuesto, hubo en un caso concreto (*Simcox*) en el que el tribunal estableció un esquema en relación con la evaluación de la adecuación de los compromisos, proponiendo tres categorías de casos de devolución:

- a) Casos con denuncias de abuso menores que no llegarían al nivel de "*riesgo grave*", de modo que los compromisos serían irrelevantes.
- b) Casos en los que exista "*evidencia creíble de abuso sexual, otros abusos físicos o psicológicos de gravedad similar, amenazas de muerte o negligencia grave*", de modo que los compromisos resultarían insuficientes.
- c) Casos que se encuentran en el medio de los dos anteriormente citados, donde el abuso es "*sustancialmente menor que al que anteriormente nos referimos, pero es intolerable*".

En estos últimos, la cuestión de la aplicabilidad de los compromisos se basará en factores que incluyan la naturaleza y frecuencia del abuso, la probabilidad de que vuelva a ocurrir y si existen compromisos exigibles que "*mitiguen suficientemente el riesgo de daño al niño causado por su vuelta*".

En cuanto a los tipos de compromisos que adoptaron los Estados respecto al retorno del menor son variados y dependen de cada caso concreto. Cabe precisar que la mayor parte de estas medidas son determinadas por parte de los Estados receptores comprometiéndose sus autoridades centrales, en algunos casos, a llevar a cabo un seguimiento de dichos compromisos. Por lo que se refiere a las medidas adoptadas podemos encontrar las siguientes:

- Acuerdos o compromisos del progenitor solicitante para pagar el viaje o pasaje aéreo del progenitor e hijos que regresan.
- Pagar el mantenimiento por un tiempo determinado o indeterminado al progenitor y al niño que regresa a veces, incluso, por el uso de un vehículo.
- Proporcionar una vivienda adecuada para la madre y el niño (a veces se aclara que deberían de estar en residencias separadas).
- Desalojar la residencia de la familia para que el progenitor que regresa y el niño / niños puedan vivir allí.
- Que el progenitor solicitante abandone o no inicie un procedimiento penal contra el progenitor frente al que ha iniciado otros procedimientos legales.
- Que el progenitor solicitante proporcione una suma de dinero si el tribunal extranjero no conociera de los procedimientos de custodia en una fecha determinada o tan pronto como le fuera posible.

Por último, debemos señalar que también se suelen adoptar medidas respecto a la custodia del menor, como por ejemplo medidas destinadas a evitar que ese menor pueda abandonar de nuevo del país, una vez producida su vuelta y en aquellos casos en los que la madre decidiera no acompañar al menor, el niño se quedaría con el padre.

3.14. Medidas adoptadas por los jueces con el objetivo de lograr la efectividad en los compromisos

Con el objetivo de conseguir que los compromisos señalados en el apartado anterior se cumplieran, algunos tribunales decidieron comprobar si dichos compromisos habían sido llevados a cabo por parte del solicitante del retorno. Una vez comprobado, si permitían el retorno del menor pues, en caso contrario, el tribunal denegaría el retorno.

Así pues, con el fin de verificar este extremo no basta con la *voluntad de aceptación del compromiso*, sino que es necesario que presenten pruebas mediante las que se acredite que efectivamente habían cumplido con ellos.

Por ejemplo, en el caso de proporcionar una vivienda en la que pudieran estar la madre y el niño, demostrar que efectivamente se había llevado a cabo el pago del alquiler de la vivienda.

En cuanto a otras medidas, que fueron consideradas como importantes por los jueces para que se produjera el retorno del menor, cabe señalar las *órdenes espejo* y la *determinación de la custodia de los menores*. En ambos casos, los tribunales, a pesar de tratarse de medidas diferentes, están de acuerdo en que se tienen que resolver lo antes posible para evitar posibles perjuicios al menor.

3.15. Jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicable a estos supuestos

Las últimas resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), especialmente *Neulinger y Shuruk v. Suiza* y *Raban v. Rumania* podrían influir respecto a la aplicación del artículo 13.1 (b).

Así, algunos analistas consideran que estas sentencias podrían interpretarse como una sugerencia de que la jurisprudencia debe realizar un examen exhaustivo del "mejor interés del niño" al analizar una solicitud de retorno conforme al Convenio de 1980.

En efecto, "la intervención de las autoridades centrales en los Convenios relativos a la protección de menores siempre debe ser teniendo en cuenta el interés superior del menor."⁹³No obstante, sigue habiendo una gran ambigüedad respecto a esta cuestión.

3.16. Cooperación entre las Autoridades centrales

Tras el análisis expuesto en el epígrafe anterior se podría concluir que es posible que la red de la Autoridad Central y la de la Red Internacional de Jueces de La Haya sea un mecanismo de apoyo que quizá no esté siendo utilizado como se debería en los supuestos de problemas de violencia doméstica. A continuación, analizaremos cada uno de ellos.

En la jurisprudencia actual sobre casos de retorno de menores en los que ha existido violencia doméstica no está claro con qué frecuencia las Autoridades Centrales actúan cooperando entre ellas a pesar de que esta obligación de cooperación por parte de las autoridades centrales viene señalada en el artículo 7 (2) d) del Convenio de 1980.⁹⁴

Así, "el modelo de las autoridades centrales en los convenios de protección de menores es un modelo de intervención y comunicación bilateral, en el que la autoridad central recibe, de un lado, las solicitudes de actuación de la vía convencional que le son formuladas en su Estado, transmitiéndolas posteriormente a su homónima en el extranjero, y de otro lado, las solicitudes que provienen de su homónima en el extranjero, solicitando su colaboración en su respectivo territorio."⁹⁵

En este sentido, "hay que tener en cuenta el importante papel de las autoridades centrales cuando se tiene que aplicar alguna de las excepciones previstas en el art.13.1 b)."⁹⁶

En este sentido, otra de las obligaciones por parte de las autoridades centrales que se indica en el Artículo 7 (2) h) de la Convención es "proporcionar todos los arreglos administrativos necesarios y apropiados para garantizar el regreso seguro del niño."

A este respecto, se recomendó en la Quinta Reunión de 2006 de la Comisión Especial revisar el funcionamiento del Convenio de 1980, bajo el título "Garantizar el regreso seguro de los niños" y, en relación a las medidas que podrían llevar a cabo las autoridades centrales para cumplir con la función del artículo 7.2 (h), la Comisión señala las siguientes:

- i. Alertar a las agencias de protección o autoridades judiciales apropiadas en la solicitud Estado del regreso de un niño que pueda estar en peligro.
- ii. Asesorar al Estado requerido, previa solicitud, sobre las medidas y servicios de protección disponibles en el Estado solicitante para garantizar el regreso seguro de un niño en particular.
- iii. Alentar al uso del Artículo 21 de la Convención para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de acceso o de visita.

⁹³GARCÍA CANO, S. *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*. Colex, Madrid, 2003, p.106.

⁹⁴Artículo 7.2 (d) Convenio de la Haya de 1980: "las Autoridades Centrales designadas bajo el Convenio tienen deberes de intercambiar, cuando se estime conveniente, información relacionada con los antecedentes sociales del niño", ya sea directamente o a través de un intermediario"

⁹⁵GARCÍA CANO, S. *Protección del menor.*, op., cit., p.105.

⁹⁶MIRALLES SANGRO, P. *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989, p.187.

iv. *Se reconoce que la protección del niño también puede requerir a veces que se tomen medidas para proteger al progenitor que lo acompaña.*

Por último, el informe de la Comisión precisa que todas estas medidas de cooperación que han de ser llevadas a cabo entre las Autoridades Centrales del Estado requirente y del requerido no habrán de suponer un retraso indebido en el proceso.

3.17. Relaciones existentes entre los Convenios de 1980 y 1996 con la violencia doméstica

El *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños* (en adelante, *Convenio de 1996*) aborda una amplia gama de cuestiones internacionales relativas a la protección infantil.

En este sentido, cabe señalar que el *Convenio de 1996* y el *Convenio de 1980* están diseñados para funcionar de forma complementaria, por lo que, el *Convenio de 1996* ofrece algunas herramientas adicionales, a nivel internacional, para los jueces que se ocupan de cuestiones de violencia doméstica en virtud del *Convenio de 1980*.

Entre las novedades que ofrece el *Convenio de 1996*, el art.11.1 prevé que la autoridad del Estado requerido, en virtud de una solicitud de retorno del *Convenio de 1980*, puede "*en todos los casos de urgencia*", tomar "*cualquier medida de protección necesaria*" en beneficio de un niño⁹⁷, lo que podría suponer incluir medidas para proteger tanto al niño como a la madre acompañante que es víctima de violencia doméstica, siempre que se considere un elemento necesario para proteger al menor.

Así pues, el *Convenio de 1996* permite que cualquier medida urgente de protección adoptada por el juez en el Estado requerido sea reconocida⁹⁸ y luego ejecutable en el país de retorno "*a solicitud de una parte interesada*"⁹⁹.

No obstante, respecto a la aplicabilidad del art.11.1 algunos expertos entienden que solo sería efectivo "*en la medida en que las autoridades de la residencia habitual estén preparadas para que se respeten las órdenes judiciales relativas a la violencia doméstica.*"

Sin embargo, "*lamentablemente, no siempre es el caso*" en la medida en que el juez del Estado requerido opina que la situación es de "*urgencia*" en el sentido del artículo 11, si bien en el artículo de dicho *Convenio* no se indica el plazo para adoptarlas.

Además, "*si las medidas urgentes adoptadas por las autoridades estatales solicitadas por el artículo 11 continúan o son ampliadas por las autoridades del Estado solicitante, ya que las medidas expirarán cuando las autoridades del Estado de residencia habitual adopten medidas urgentes requeridas por la situación.*"

⁹⁷Artículo 11.1. *Convenio de la Haya de 1996 sobre jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños*: "*En caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan*".

⁹⁸Artículo 23.1 *Convenio de la Haya de 1996 sobre jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños*: "*Las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante se reconocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes*".

⁹⁹Artículo 26.1. *Convenio de la Haya de 1996 sobre jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños*: "*Si las medidas adoptadas en un Estado contratante y ejecutorias en el mismo comportan actos de ejecución en otro Estado contratante, serán declaradas ejecutorias o registradas a los fines de ejecución en este otro Estado, a petición de toda parte interesada, según el procedimiento previsto por la ley de este Estado*".

Si bien se pone de manifiesto que lo que más preocupa respecto a la aplicación de este artículo es el hecho de que las autoridades puedan adoptar medidas menos exigentes para el abusador por simpatía nacionalista o porque simplemente la víctima no se encuentra presente en el momento de la adopción de las medidas, con lo cual, no sería posible conocer su punto de vista respecto a la situación existente¹⁰⁰.

El artículo 34.1 del Convenio de 1996¹⁰¹ también permite a las autoridades competentes que contemplen como medida de protección la solicitud a una autoridad de otro Estado contratante de información relevante para la protección del niño con el objetivo que ese Estado comunique la información.

Este precepto puede contribuir a que los actores judiciales cuenten con información transfronteriza relativa a si han existido denuncias o constataciones de violencia doméstica o en una posterior determinación de custodia o reubicación del menor.

También supone un avance respecto al Convenio de 1980, pues en él se estipulaba que la Autoridad Central solo estará obligada a proporcionar *"información de carácter general sobre el derecho de su Estado en relación con la aplicación del Convenio"*¹⁰².

4. ESTUDIO DE DISTINTOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE REGULAN LA CUESTIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO

4.1. Ley Uniforme de Jurisdicción y Ejecución de Custodia de Menores

En primer lugar, nos vamos a referir a la Ley Uniforme de Jurisdicción y Ejecución de Custodia de Menores (UCCJEA) de la Conferencia Nacional de Comisionados de Estados Unidos sobre Leyes Estatales Uniformes (promulgada en la actualidad en 52 jurisdicciones estadounidenses) es un modelo interesante en materia de sustracción de menores.

En 1997, la UCCJEA enmendó y reforzó la Ley Uniforme de Jurisdicción de Custodia de Menores (UCCJA) de 1968. El resultado de esta enmienda fue lograr que la UCCJA estuviera en equilibrio con la legislación federal de los Estados Unidos como la Ley de prevención de secuestro parental (PKPA) y la Ley de Violencia contra la Mujer (VAWA).

La VAWA reconoce que *"las víctimas de violencia doméstica a menudo abandonan el Estado donde sufrieron abusos y necesitan protección continua en sus nuevas ubicaciones"*¹⁰³ y, por lo tanto, estipula, entre otras cosas, la aplicación interestatal de órdenes de protección.

Ni la PKPA ni la UCCJA abordaron la *"preocupación fundamental"*¹⁰⁴ de las víctimas de violencia doméstica sobre *"quien debe litigar por la custodia interestatal de los niños"*¹⁰⁵.

¹⁰⁰Note 91 and Weiner, *supra*, note 4, pp. 682-692.

¹⁰¹Artículo 34.1. Convenio de la Haya de 1996 sobre jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños: *"Cuando se prevé una medida de protección, las autoridades competentes en virtud del Convenio pueden, si la situación del niño lo exige, solicitar que toda autoridad de otro Estado contratante les transmita las informaciones útiles que pueda tener para la protección del niño"*.

¹⁰²Artículo 7. 2. del Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores *"Las Autoridades centrales Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario todas las medidas apropiadas que permitan: Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio"*

¹⁰³. HOFF, P.M "The Uniform Child-Custody Jurisdiction and Enforcement Act", *Juvenile Justice Bulletin*, US Department of Justice, December 2001, p. 3.

¹⁰⁴. HOFF, P.M "The Uniform Child-Custody Jurisdiction and Enforcement Act", *Juvenile Justice Bulletin*, US Department of Justice, December 2001, p. 3.

¹⁰⁵. HOFF, P.M "The Uniform Child-Custody Jurisdiction and Enforcement Act", *Juvenile Justice Bulletin*, US Department of Justice, December 2001, p. 3.

La UCCJEA aborda estas inquietudes con una serie de disposiciones, incluida la protección contra la divulgación de la dirección de la víctima, ampliando las actuaciones de jurisdicción de emergencia a los casos en los que un padre o una madre son víctimas de violencia doméstica (con el requisito de comunicación judicial inmediata y obligatoria en este caso) y exige que los tribunales lleven un análisis sobre qué estado puede proteger mejor a la víctima y al niño.

Sin embargo, a pesar de la reforma de la UCCJEA para víctimas de violencia doméstica, aún quedan algunas lagunas en cuanto a la protección integral de las víctimas de violencia doméstica.

No obstante y, pese a este tipo de problemas, la UCCJEA es un ejemplo de resolución de conflictos en materia de sustracción de menores, pues lo que busca es un equilibrio entre la "residencia" / residencia habitual (para abordar el secuestro parental, fórum shopping, decisiones contradictorias, etc.) y el reconocimiento y protección a las víctimas de violencia doméstica.

4.2. El Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003

En segundo lugar, nos vamos a referir al reglamento 2201/2003, aplicable desde el 1 de marzo de 2005, y actúa de manera complementaria al Convenio de 1980 en los casos de sustracción transfronteriza de niños entre los Estados miembros de la Unión Europea (con la excepción de Dinamarca) y contiene disposiciones adicionales que no se encuentran en el Convenio de 1980 y que podrían afectar a la aplicación del Artículo 13 (1) b) y en concreto a la excepción de riesgo grave.

El artículo 11.4 del Reglamento 2201/2003 establece que un tribunal que haya resuelto una solicitud de restitución no puede negarse a devolver al niño con arreglo al artículo 13, apartado 1, letra b), del Convenio de 1980 si "*se establece que se han tomado medidas para garantizar la protección del niño después de su restitución*"¹⁰⁶.

Por lo tanto, esta disposición exige que los jueces puedan evaluar si se han adoptado las "*medidas adecuadas*" antes de una orden de restitución. Si bien la redacción de la disposición del Artículo 11 (4) parece indicar una definición amplia de lo que podría constituir "*medidas*", de ninguna manera aclara lo que se entiende específicamente, además esta definición puede variar según la jurisdicción y el magistrado que se trate.

No obstante, algunos jueces consideran que pueden rechazar el retorno de un niño amparándose en el Artículo 13 (1) b) "*excepción de riesgo grave*" cuando los mecanismos destinados a mitigar el daño tras la devolución no resulten adecuados.

Por ejemplo, en un caso ante el Tribunal de Apelación del Reino Unido (Inglaterra y Gales), sujeto al Reglamento 2201/2003, *Klentzeris v. Klentzeris*, el tribunal confirmó una decisión de no devolución del juez de primera instancia, que había "*concluido que a la luz del informe aportado por el trabajador social de que los niños probablemente sufrirían daños psicológicos y emocionales por el regreso, y que esto no mejoraría a pesar de estar acompañado por su madre, ejercitaría su discrecionalidad y no ordenaría devolución*"¹⁰⁷.

¹⁰⁶Artículo 11.4 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: "*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*".

¹⁰⁷Royal Courts of Justice de 10 de mayo de 2007, *Asunto Klentzeris v. Klentzeris*.

Por último, cabe destacar que, al igual que las disposiciones de los Convenios de 1980 y 1996, el Artículo 11 (4) no se refiere de forma específica a problemas de violencia doméstica o daño potencial al progenitor acompañante y, por lo tanto, los jueces deberían aplicar su propia extrapolación de términos con el objetivo de proteger a los progenitores víctimas de esta situación.

4.3. Convenio de la Haya de 1980

Por último, vamos a abordar un estudio de 2010 en el que se puso en relación la Convención de la Haya de 1980 con la violencia doméstica.

Este estudio es un informe reciente que presenta una serie de investigaciones realizadas, preparadas y supervisadas por un equipo interdisciplinario de académicos, trabajadores sociales, abogados y jueces, muchos de los cuales poseen experiencia significativa en el ámbito de la violencia doméstica.

El Informe incluye un estudio de 47 casos publicados de la Convención de los Estados Unidos de 1980 y también analiza la información relativa a entrevistas con 22 progenitores que se autoidentificaron como víctimas de violencia doméstica y que interpusieron procedimientos de retorno de La Haya en los tribunales de los Estados Unidos.

Además, señala que la mayoría de los progenitores que formaron parte del estudio habían sido víctimas de violencia doméstica grave en el Estado solicitante (lo que les llevó a creer que su vida y la de sus hijos estaban en peligro) y, también, algunos progenitores informaron el haber experimentado coacciones en su residencia habitual lo que les llevó a vivir en el Estado solicitante.

5. REUNITE 2006 STUDY, “INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION: THE EFFECTS”

Con el objetivo de estudiar los efectos a corto y largo plazo de los secuestros internacionales de niños fue llevado a cabo un estudio por la organización de caridad Reino Unido, en el que durante dos años se siguieron las experiencias e impresiones de 10 niños secuestrados y 25 padres directamente involucrados en secuestros de niños.

El estudio *Reunite 2006* señaló que la falta de acceso a asistencia jurídica y recursos financieros para litigar sobre esta custodia u otras cuestiones, incluida la ejecución de compromisos en su regreso al país de residencia habitual, podría ser un problema grave para los progenitores acompañantes.

También se indicó que una dinámica de litigación emprendida por los padres cuyos hijos habían sido sustraídos, era su objetivo de solicitar la devolución. Conforme al Convenio de la Haya de 1980 podría ser *“simplemente estaba jugando 'una baza' que había sido prevista por la Convención de La Haya pero sin ningún deseo o intención de implicación diaria o incluso frecuente con el niño a su regreso”*¹⁰⁸.

El estudio *Reunite* también informa de que muchos progenitores señalan *“la inaplicabilidad de las disposiciones en las órdenes de restitución”* y la *“falta de respeto con los compromisos dados”* por el padre que se quedó atrás *“en el estado de residencia habitual del niño a su regreso”*¹⁰⁹.

¹⁰⁸FREEMAN, M., *“International child abduction: the effects”*. ReuniteResearchStudy, pág 39 Obtenido el 26 de noviembre de 2017. Disponible en: http://takeroot.org/ee/pdf_files/library/freeman_2006.pdf

¹⁰⁹ FREEMAN, M., *“International child abduction: the effects”*. ReuniteResearchStudy, pág 39-40 Obtenido el 26 de noviembre de 2017. Disponible en: http://takeroot.org/ee/pdf_files/library/freeman_2006.pdf

Un estudio previo llevado a cabo bajo la supervisión de *Reunite*¹¹⁰ encontró que en 12 casos de la Convención en los que se emitían órdenes de retorno y se llevaban a cabo compromisos, se rompían dichos compromisos en el 66.6% de los casos¹¹¹.

6. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PARA COMBATIR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

6.1. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

La Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (de aquí en adelante, CEDAW), tiene actualmente 186 Estados partes¹¹².

Pues bien, dicha Convención de las Naciones Unidas obliga a los Estados miembros a tomar medidas concretas para la eliminación de la discriminación contra las mujeres concretamente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General N° 12, octava sesión(1989)¹¹³, ha considerado y declarado que los artículos 2, 5, 11, 12 y 16 de la Convención imponen a los Estados partes “*proteger a la mujer contra cualquier tipo de violencia que se produzca en la familia, en el trabajo o en cualquier otro ámbito de la vida social*”.

Así, recomienda a los Estados Miembros incluir en los informes periódicos que tienen que enviar al Comité información relacionada con lo siguiente:

“1. *La legislación vigente para protegerla de la frecuencia de cualquier tipo de violencia en la vida cotidiana (la violencia sexual, malos tratos en el ámbito familiar, acoso sexual en el lugar de trabajo, etc.);*

2. *Otras medidas adoptadas para erradicar esa violencia;*

3. *Los servicios de apoyo a las mujeres que sufren agresiones o malos tratos;* 4. *Datos estadísticos sobre la frecuencia de cualquier tipo de violencia contra la mujer y sobre las mujeres víctimas de la violencia”.*

Posteriormente el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la Recomendación General N° 19 (1992)¹¹⁴ señala que “*en virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas*”, ya que en virtud del artículo 2 e) de la Convención, los Estados miembros de la misma se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer que provenga de cualesquier persona, organización o empresa.

¹¹⁰ Reunite Research Unit (led by M. Freeman), *The Outcomes for Children Returned Following an Abduction*, September 2003, Leicester.

¹¹¹ Reunite Research Unit (led by M. Freeman), *The Outcomes for Children Returned Following an Abduction*, September 2003, Leicester, pág 30-31

¹¹² https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (consultado el 26 de noviembre de 2017)

¹¹³ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx> y http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5831_S.pdf (consultado el 26 de noviembre de 2017)

¹¹⁴ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx> y http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_S.pdf (consultado el 26 de noviembre de 2017)

Además, la Recomendación General N° 19 (1992) también hace una mención específica a la violencia familiar en un comentario relativo al artículo 16 y 5 de la Convención, afirmando que es “*una de las formas más insidiosas de violencia contra las mujeres que existe en todas las sociedades*” y que “*en las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, como lesiones, violación, otras formas de violencia sexual, violencia mental y violencia de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales.*”

La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede ser una forma de violencia y coerción. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad de participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad”.

Finalmente, la Recomendación General N° 19 (1992) propone a los Estados miembros de la CEDAW tomar medidas apropiadas y eficaces para evitar dicha violencia familiar. Entre ellas, hemos de destacar las siguientes;

- i. Promover leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer, protegiendo adecuadamente a todas las mujeres y respetando su integridad y su dignidad,
- ii. Capacitar a los funcionarios judiciales, a los agentes del orden público y otros funcionarios públicos que toman decisiones relacionadas con estas situaciones para que apliquen la CEDAW, prevean procedimientos eficaces de denuncia y reparación, así como de la indemnización,
- iii. Establecer o apoyar servicios destinados a las víctimas de violencia en el hogar, violaciones, violencia sexual y otras formas de violencia contra la mujer, entre ellos refugios, el empleo de trabajadores sanitarios especialmente capacitados, rehabilitación y asesoramiento, etc.

7.6. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Existe un número significativo de Declaraciones recientes de la Asamblea General de las Naciones Unidas y otros esfuerzos de las Naciones Unidas sobre la eliminación mundial de la violencia contra la mujer, incluida una campaña 2008-2015 del Secretario General: “ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres”.

Así pues, se han elaborado una serie de informes del Secretario General a la Asamblea General sobre este tema y una nueva base de datos coordinada del Secretario General sobre el alcance, la naturaleza y las consecuencias de todas las formas de violencia contra las mujeres, que abarca el impacto y la eficacia de las políticas y los programas, incluidas las mejores prácticas en la lucha contra esa violencia.

Nosotros nos vamos a centrar en el análisis de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer¹¹⁵, ya que es en este documento donde por primera vez la violencia de género es considerada como una violación de los derechos humanos y no solamente como un asunto privado.

El objetivo principal de esta Declaración es intentar reforzar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, poniendo de manifiesto la necesidad de trabajar en la igualdad efectiva de la mujer.

¹¹⁵ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx> (consultado el 26 de noviembre de 2017)

A este respecto, cabe destacar el artículo 3 de dicha Declaración que establece que *“La mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole (...)”*.

No obstante, esta Declaración también se centra en señalar la necesidad de la eliminación de la violencia contra la mujer. De hecho, es la primera vez que es definida la violencia contra la mujer como una vulneración de los derechos humanos, y es por eso que todos los artículos de la Declaración a excepción del artículo 3, antes mencionado, se centran en dicha violencia sufrida por la mujer.

En este sentido, el artículo 1 de la Declaración aporta una definición bastante clara de lo que tenemos que entender por violencia contra la mujer:

“A los efectos de la presente Declaración, por “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

Por su parte, el artículo 2 diferencia los tipos de violencia que se pueden ejercer contra las mujeres en los distintos ámbitos:

“Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada

c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”.

Por tanto, queda patente que la Declaración divide la violencia contra las mujeres en tres ámbitos: la familia, la comunidad y el Estado. Y es que, además, dada la redacción de estos preceptos, la violencia contra la mujer es considerada como una vulneración de los derechos humanos, como ya hemos dicho.

Respecto a los artículos 4,5 y 6, éstos recomiendan las medidas que debe tomar cada Estado para acabar con la violencia contra la mujer. Especialmente importante nos parece el artículo 4, ya que incide en que la violencia de género debe ser tratada por los distintos Estados como un problema público, pasándose a convertir esta cuestión en un asunto de Estado. Entre los medios que deben aplicar los Estados destacan los siguientes:

i. “Esforzarse por garantizar, en la mayor medida posible a la luz de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional, que las mujeres objeto de violencia y, cuando corresponda, sus hijos, dispongan de asistencia especializada, como servicios de rehabilitación, ayuda para el cuidado y manutención de los niños, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas

sociales y de salud, así como estructuras de apoyo y, asimismo, adoptar todas las demás medidas adecuadas para fomentar su seguridad y rehabilitación física y psicológica”(Artículo 4 g).

ii. *“Consignar en los presupuestos del Estado los recursos adecuados para sus actividades relacionadas con la eliminación de la violencia contra la mujer”* (Artículo 4 h).

iii. *“Adoptar medidas para que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y los funcionarios que han de aplicar las políticas de prevención, investigación y castigo de la violencia contra la mujer reciban una formación que los sensibilice respecto de las necesidades de la mujer”* (Artículo 4 i).

iv. *“Adoptar todas las medidas apropiadas, especialmente en el sector de la educación, para modificar las pautas sociales y culturales de comportamiento del hombre y de la mujer y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de otra índole basadas en la idea de la inferioridad o la superioridad de uno de los sexos y en la atribución de papeles estereotipados al hombre y a la mujer”* (Artículo 4 j).

En resumen, según esta Declaración es preciso, en primer lugar, la implementación de los mecanismos y recursos necesarios por los diferentes Estados para combatir contra la violencia de género. Y, por otro lado, es fundamental que se garantice e implemente la igualdad efectiva de la mujer.

8. CONCLUSIONES

A la vista del análisis del art.13.1 b) que hemos realizado, debemos evidenciar las siguientes conclusiones.

Por un lado, respecto al análisis de la Guía de Buenas Prácticas sobre violencia doméstica y familiar y la exención de “grave riesgo” del art.13 en el funcionamiento del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores debemos adoptar un papel de reflexión.

En este sentido, podemos decir que la realización de estrategias efectivas para combatir los distintos tipos de violencia familiar ha evolucionado de manera notoria en muchas jurisdicciones nacionales en las últimas décadas. Del mismo modo, se ha producido una avalancha de actividad internacional y regional basada en solucionar los problemas relacionados con la violencia familiar.

Así, en España se han puesto en marcha “diferentes Planes de Acción sobre la Violencia contra las Mujeres tanto en ámbito estatal como autonómico y de las Corporaciones Locales. Han aumentado el número de casas de acogida, pisos tutelados y de emergencia.”¹¹⁶

Así, los jueces, académicos y otras fuentes que ya hemos citado entienden que el escenario común del conflicto es una madre que huye junto a su hijo debido a una situación de violencia, abuso o peligro.

De ello deriva que sea verdaderamente complicado tratar los casos de denuncias de violencia doméstica en virtud de la Convención de 1980, de forma que las personas encargadas de tomar decisiones relacionadas con estos casos deben tratar cuestiones probatorias complicadas en un entorno transfronterizo, evaluar el riesgo y la seguridad de las

¹¹⁶ DELGADO ÁLVAREZ C. DEL POZO PÉREZ, M. LEÓN ALONSO, M. IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M^a.L *Violencia de género e igualdad en el ámbito rural*, Andavira, Santiago de Compostela, 2015, p.72.

personas a través de fronteras internacionales, teniendo en cuenta las diversas jurisdicciones solicitantes y todo ello debe hacerse de la manera más rápida posible.

En el mismo hilo, el análisis de la jurisprudencia nos muestra una gran variedad de prácticas empleadas por todas las jurisdicciones en situaciones en las que se alegan o se encuentran diversos patrones o incidentes de violencia doméstica.

De este modo, los jueces podrán llevar a cabo numerosas medidas para el tratamiento y evaluación de la actividad probatoria, así como las nociones de daño y riesgo conforme al artículo 13 (1) b), respecto de lo que constituiría una “situación intolerable” para un niño o niña.

También podrán tener en cuenta la utilización de testimonios o pruebas periciales y, en cuanto a las condiciones en una orden de devolución, podrán recurrir al uso de Comunicaciones Judiciales Directas y al apoyo de la Autoridad Central, entre otras.

No obstante, es cierto que el poder judicial se ha centrado mucho en la gestión de denuncias de violencia doméstica en los casos de retorno de La Haya y la gran variedad de las prácticas que han llevado a cabo las diferentes jurisdicciones sugieren la necesidad de trabajar para una mayor claridad y coherencia en este asunto.

Con el fin de lograr estos objetivos y avanzar hacia unas “buenas prácticas” deberíamos plantear más debates y realizar estudios de una serie de factores, en particular los siguientes;

- i. Trabajar en el logro de mejores prácticas probatorias en los casos que involucran denuncias de violencia doméstica,
- ii. Analizar la entidad del daño que sufren los niños debido la violencia familiar, ya sea que sean víctimas directas o indirectas,
- iii. Evaluar los umbrales de riesgo y daño para estos casos con respecto al funcionamiento del Artículo 13 (1) b),
- iv. Utilizar de forma prudente y propialos compromisos, condiciones y órdenes de ejecución obligatoria para los casos en que el retorno proceda,
- v. Aclarar cómo es el daño o daño potencial a un padre, particularmente a un cuidador primario (incluyendo una posible situación de empobrecimiento, falta de acomodación adecuada, falta de empleo, falta de apoyo familiar, acceso a los tribunales y una audiencia de custodia justa, etc. a la vuelta),
- vi. Analizar los posibles mecanismos de control después de una orden de restitución.

Por último, hemos podido apreciar que el uso efectivo y eficiente de la cooperación y comunicación transfronteriza entre autoridades podría emplearse en estas circunstancias, incluidos los mecanismos existentes de la Autoridad Central de la Convención de 1980 (incluido el uso del art. 13 (3) del Convenio), la Red Internacional de Jueces de La Haya y el Convenio de 1996, (cuando corresponda).

Por otro lado, tras el análisis de este documento queda claro que los procedimientos de retorno de La Haya deben llevarse a cabo sin obstáculos ni dilaciones excesivas y el tratamiento adecuado de las denuncias de violencia doméstica no debe conllevar la rápida eliminación de la solicitud de devolución, ya que debe primar el mejor interés para el niño y la familia.

En este sentido, esto se podría facilitar mediante una mayor coherencia y claridad en el tratamiento de casos de violencia doméstica en virtud del artículo 13 (1) b), de la Convención, así como el hecho de presentar (por ejemplo, de acuerdo con el Art. 13 (3) de la Convención) evidencias adecuadas y buscar alivio o protección solo cuando sea necesario.

Así pues, una mayor claridad sobre estos aspectos también podría ayudar a reforzar el equilibrio entre los derechos¹¹⁷ legítimos y apropiados de custodia y acceso de los padres en todas las jurisdicciones, evitando decisiones contradictorias al respecto.

E incluso el derecho de un niño a mantenerse en contacto con ambos padres en la medida de la posible, así como el derecho de tener decisiones de custodia, acceso y reubicación a largo plazo decididas, en general, en la jurisdicción de la residencia habitual del niño, en este sentido, ya existe dentro de la Convención el potencial para equilibrar estos objetivos políticos interdependientes.

Por todo ello, la Oficina Permanente sugiere, como una posible manera de conseguir estos objetivos, que se inicie el trabajo sobre el desarrollo de principios o algún tipo de guía práctica sobre la gestión de denuncias de violencia doméstica en los procedimientos de retorno de La Haya.

Así pues, recomienda que el Consejo de Asuntos Generales y Política autorice la constitución de un Grupo de Trabajo compuesto por jueces, Autoridades Centrales y expertos de distintas disciplinas para elaborar una Guía de Buenas Prácticas sobre la interpretación y aplicación del art.13.1 b), especialmente para brindar orientación a las autoridades judiciales.

Finalmente debemos destacar que la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de la Haya de 1980 y de 1996 declaró que la evaluación de la prueba y la determinación de la excepción de grave riesgo de daño (art.13.1 b CH), incluidas las alegaciones de violencia doméstica y familiar, corresponden de forma exclusiva a la autoridad competente para decidir acerca de la restitución, teniendo en cuenta que el objetivo del CH 1980 es asegurar el regreso inmediato y seguro del niño.

En este sentido, declaró que es recomendable que se realice trabajo adicional para promover la consistencia en la interpretación y la aplicación del citado artículo, que incluya las alegaciones en materia de violencia de género, pero sin que se limite exclusivamente a ellas.

IV. JURISPRUDENCIA Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

El desplazamiento internacional de los menores por uno de sus padres sin el consentimiento del otro es cada vez más frecuente¹¹⁸. Los menores pierden así el contacto con uno de sus titulares de la responsabilidad parental así como también se ven apartados del entorno familiar y social en el que venía desarrollándose su vida. El cambio de la residencia del menor o menores implicados que se produce tiene unas consecuencias claras e inmediatas: pues pasan de estar sometidos al Derecho y a los jueces del Estado de su residencia habitual a estar sujetos, en principio, al Derecho y a los jueces del Estado al que han sido trasladados o en el que han sido retenidos.

Frente a los casos en que uno de los progenitores (u otro familiar) desplaza a un menor a través de una frontera contra la voluntad del otro progenitor (o de quien tenga la facultad de decidir la residencia del niño), el Convenio de La Haya de 1980 establece un mecanismo de restitución inmediata del menor al Estado en que tuviera su residencia habitual. Con

¹¹⁷La finalidad del Convenio de la Haya de 1980 no es otra que proteger unos derechos concretos y efectivos, no teóricos o ilusorios respecto a la vida familiar entre progenitores e hijos tal y como establece la STJUE de 13 de mayo de 1980 *Asunto Artico contra Italia*.

¹¹⁸ En 2013, se publicó que “El secuestro internacional de menores es un fenómeno que va en aumento, año tras año, por el auge de las separaciones de matrimonios binacionales en plena crisis económica”. De 2008 a 2013 se han denunciado 1.166 casos en España, casi los mismos que en toda la década anterior (1.205). <http://www.20minutos.es/noticia/1847011/0/ninos-raptados-progenitores/secuestro-parental-internacional/datos-2013/#xtor=AD-15&xts=467263>

arreglo al Convenio se considera que el traslado o la retención del menor son ilícitos cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, cuando el derecho se ejercía de forma efectiva en el momento del traslado o la retención o se habría ejercido de no haberse producido la sustracción (artículo 3).¹¹⁹

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

A. Derecho de custodia

En ocasiones, han ido surgiendo conflictos entre los tribunales de diferentes Estados Contratantes acerca de las resoluciones de este tipo de casos, esto se debe, principalmente, a la interpretación del contenido del derecho de custodia así como a la delimitación de los conceptos “traslado” o “retención” de carácter ilícito.

Aunque es cierto que la mayoría de los Estados interpretan estos de acuerdo a los fines del Convenio, ha habido algunos problemas con otros Estados, como Estados Unidos¹²⁰ y Reino Unido¹²¹

El derecho de custodia aparece recogido en el artículo 5 del Convenio de la Haya de 1980 como “*el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, de decidir sobre su lugar de residencia*”.

El derecho de custodia no solo incluye el derecho de tener consigo al menor sino que supone, según el art. 92 CC, que los padres seguirán manteniendo la obligación para con sus hijos en caso de separación de éstos y deberán “adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación...”. Otra cosa distinta es el derecho de visita de los padres, es un concepto objeto de controversia, por las interpretaciones a la que está sujeta.

En este sentido podemos encontrar el **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18, núm. 54/2012** el que se resuelve sobre la estimación o desestimación de un recurso de apelación interpuesto por el progenitor obligado a restituir a dos de sus hijas menores a Los Ángeles (California-Estados Unidos), pues el padre se había llevado a sus dos hijas menores a España. Los hechos son los siguientes: En 2010 el Tribunal de Menores de Los Ángeles retiró la guarda de las menores a la madre, estableciendo la tutela a favor del Departamento de los Servicios Sociales de la Niñez y la Familia de Los Ángeles, y ordenó la ubicación de las dos menores y de su hermana mayor en el domicilio del padre bajo supervisión de los Servicios sociales, imponiendo además, una prohibición de salida de las menores fuera de los siete condados contiguos de California. En septiembre de 2010 el padre se desplazó a Barcelona con sus dos hijas más pequeñas dejando a la mayor en Estados

¹¹⁹ Convenio la Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE n.º 202, de 24 de agosto de 1987), sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

¹²⁰ Por ejemplo, Caso *Carrascosa v. McGuire* 1999. En el cual los Tribunales de Nueva Jersey interpretan los derechos de custodia de la siguiente manera: los tribunales no actuaron conforme al Convenio de la Haya de 1980, pues aplicaron su derecho interno en lugar del derecho de Nueva Jersey para decidir si el señor Innes poseía derechos de custodia, considerando no vinculante el acuerdo de prohibición de salida del territorio estadounidense.

United States Court of Appeals for the 3rd Circuit, asunto *Carrascosa v. McGuire*, 520 F.3d 249 de 20/03/2008. Referencia INCADAT: HC/E/USf 970.

¹²¹ Por ejemplo, Reino Unido ha considerado que la interpretación de derecho de custodia no es dependiente del lugar de residencia habitual del menor, sino que corresponde al derecho del foro dicha decisión.

United Kingdom Court of Appeal, asunto *Re F. (A Minor)(Abduction: Custody Rights Abroad)*, Fam. 224 de 02/09/1995. Referencia INCADAT: HC/E/UKe 8.

Unidos a cargo de su ex esposa. La demanda que se intenta apelar por el padre es la que resuelve a favor de la restitución de las menores a disposición de la Corte Suprema de California.

Por tanto la resolución apelada sostiene que es un supuesto de sustracción ilegal de menores del artículo 3 del Convenio de la Haya, ya que las niñas están bajo la custodia del Departamento de Servicios Sociales de la Niñez y la Familia de Los Ángeles y un tribunal americano ha atribuido al padre su guarda provisional así como la prohibición de sacar a las niñas fuera de los siete condados contiguos al sur de California, por tanto conforme al artículo 5 del Convenio el padre no tenía derecho a decidir sobre su lugar de residencia fuera de ese ámbito concreto marcado por el tribunal estadounidense. Además, se hace constar que no ha transcurrido el plazo de un año requerido en el artículo 12 y no concurre la excepción del artículo 13.1 ya que el Organismo público que ejercía la custodia de las niñas no autorizó el traslado. Para resolver la cuestión el tribunal propone primero que debe determinarse si estamos ante un supuesto de traslado o retención ilícita tal y como se define en el artículo 3 del Convenio¹²².

El padre entiende que no procede la devolución de las niñas porque vivían con él por decisión de ese organismo y afirmando que él es el que tenía el derecho de custodia en el momento del traslado, pero sin embargo este razonamiento no es compartido por el tribunal español que para resolver sobre ello trae a colación el artículo 5 del Convenio, que diferencia que se entiende por custodia y por visitas y en el que se establece que “*El «derecho de visita» comprenderá el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual*”.¹²³ Siguiendo este razonamiento, las menores se encontraban bajo tutela de una institución y la decisión de convivir con el padre constituye una guarda no equiparable a la custodia a la que se refiere el Convenio y así, la guarda conferida no comprende el derecho a decidir sobre la residencia de los menores pues hay una prohibición de salida de determinado territorio que el padre había infringido.

En conclusión, al infringir el derecho de custodia, que en este caso no lo ostentaban ni el padre ni la madre, debe considerarse que el traslado o desplazamiento de las menores a España no era lícito.

Después se pasa a examinar si concurre alguna de las circunstancias contempladas en el Convenio para denegar la restitución. En este momento el tribunal aprovecha para recordar que no se trata de valorar la situación actual en la que se encuentran los menores para decidir con cual progenitor deben de convivir, sino de determinar si el traslado es lícito o no y si concurre alguna de las excepciones que el convenio prevé para denegar la restitución. Con ello, se concluye que no concurre la excepción del apartado a del artículo 13 del Convenio pues la responsabilidad sobre las menores continuaba siendo del organismo público

¹²² Artículo 3 CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980.

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

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

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

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

¹²³ ART.5. b) Convenio de la Haya de 25 de Octubre de 1980

estadounidense y que tampoco concurre la excepción del apartado b del mismo artículo¹²⁴, pues la custodia atribuida a una entidad pública no supone exponer a las menores a un peligro psíquico o físico o a una situación intolerable.

Por lo tanto, como no concurre ninguna de las excepciones contempladas en el Convenio para denegar la restitución de las menores se confirma íntegramente la resolución recurrida, y el padre deberá de restituir a las menores a los Servicios Sociales de Los Ángeles.

Como hemos analizado anteriormente en un proceso de sustracción internacional de menores tiene lugar cuando hay un traslado o una retención ilícita de un menor por decisión adoptada unilateralmente de alguno de los progenitores desde el Estado donde tenía su residencia habitual a otro Estado, no consentida en absoluto por el otro progenitor, en este sentido se retiene e impide a los menores regresar a su domicilio habitual.

Pues bien, lo lógico es que el progenitor perjudicado interponga una demanda de restitución del menor para trasladar al menor al país de origen, ante las Autoridades Centrales del Estado receptor del menor. En este sentido el órgano jurisdiccional que estudie el caso en el Estado receptor, según en el art 13 b) del Convenio de la Haya de 1980 prevé la posibilidad de que pueda denegarse la restitución si se demuestra que existe un grave riesgo de que la misma exponga a los menores a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera les pongan en una situación intolerable.

○ *Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Córdoba, Auto del 18 de mayo de 2007.*

Es aquí donde quería traer a colación el **Auto de 18 de mayo de 2007 del Juzgado de Primera Instancia de Córdoba**, en este caso, no le consta al órgano jurisdiccional cual podría ser ese riesgo. Lo que hace es tomar en cuenta una serie de incidios para establecer que realmente no existe ese riesgo grave que el menor puede sufrir en el caso de que vuelva al Estado de origen:

- Como puede ser que la denuncia presentada por la demandada, así como los hechos a los que se refiere, son en todo caso posteriores a la producción misma de la retención ilícita de los menores en España.
- Los hechos denunciados no parecen afectar a la relación del padre con los menores, sino exclusivamente a la relación entre ambos progenitores.
- El régimen de visitas establecido con carácter provisionalísimo en el seno de las actuaciones penales contradice la existencia de un riesgo como alude la demandada. Si existiera realmente un «peligro grave físico o psíquico» para los menores, no se habría acordado tal régimen de visitas.
- La eventual valoración negativa de la presente demanda de restitución por la mera existencia de unas diligencias previas en las que el padre aparece como imputado supondría una infracción del principio de presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución Española.

Por lo tanto, se deduce que la regla general consagrada tanto en el Convenio como en el Reglamento es la de la restitución inmediata, constituyendo la no restitución su excepción, por lo que debe ser interpretada restrictivamente. «Aunque se manejen aquí lo que técnicamente se conoce como “conceptos jurídicos indeterminados”, los términos de la

¹²⁴Artículo 13. B) Convenio de la Haya. 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.*

norma parecen suficientemente expresivos acerca del uso restrictivo que debería hacerse de este motivo.

No basta que el tribunal considere simplemente que puede ser más beneficioso para el menor permanecer que regresar. Teóricamente la situación debería ser verdaderamente extrema: por ejemplo, que se tema que tras su regreso el menor sería sometido a malos tratos, o quedaría a merced de persona irresponsable o que le da ejemplos corruptores, etc.

Precisamente una de las causas que se le alegan con mayor habitualidad para denegar la restitución. Con alguna frecuencia se ha producido una híper-valoración de los informes psicológicos o simplemente se invoca este precepto desvirtuando su sentido o prescindiendo de él.

○ *Audiencia Provincial de las Palmas sentencia 79/2017 de 9 de febrero de 2017*

En este caso también, la parte apelante solicita que se debe deniegue el retorno de la menor en virtud del artículo 13.b del Convenio de la Haya por existir un grave riesgo de que la restitución de la menor, la exponga a un peligro físico y psíquico o la ponga en una situación intolerable como es el quebrantamiento de su salud física.

Esta sentencia ha sido seleccionada, ya que me parecía relevante **¿Quién tiene la carga de acreditar que la menor va a sufrir un grave riesgo de peligro físico o psíquico o que con la restitución se puede exponer a una situación intolerable a la menor ¿**

En este sentido, quien tiene la carga de acreditar dicha excepción es quien la opone aunque en este caso dicha prueba no existe y no existe porque la Sala entiende no puede convertirse en un órgano penal que determine si efectivamente la madre o la menor ha sufrido daños físicos, coacciones, injurias o maltrato de palabra y obra que haya repercutido y vayan a seguir repercutiendo a su vez en la integridad psíquica de la hija, aportando simplemente una denuncia que no que consta haya prosperado en Letonia.

○ *Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Granada, Sentencia 754/2016 de 14 de diciembre de 2016*

En este caso, nos encontramos con que es ilícita la retención en España de los menores Carlos Francisco y Miguel llevada a cabo por parte de la madre, tras haber viajado a España con el consentimiento del otro progenitor para pasar unas vacaciones en Mayo de 2016, con el propósito de regresar a Carloforte (Italia), que era la localidad de residencia de la familia, cuando finalizaron las vacaciones pero la madre no regresó reteniendo a los menores, por haber infringido el derecho de custodia paterno que era efectivamente ejercido por el mismo en el momento del traslado de los menores a España.

La excepción que fue interpuesta por la madre, para la no restitución inmediata de los menores fue la contemplada en la letra b) del artículo 13 y ello impone al órgano jurisdiccional la necesidad de determinar si la restitución inmediata de los menores los expone a un peligro grave físico o psíquico, o de cualquier otra manera pone a los mismos en una situación intolerable.

En este caso, se le realizaron una serie de pruebas a Carlos Francisco y Miguel que no acreditan que la restitución suponga un grave peligro para la integridad física o psíquica de los menores, es cierto que han existido algunos episodios de violencia doméstica, no consta que los episodios protagonizados por el padre les afectasen directamente a los menores, todo ello sin desconocer lo negativo que para los menores puede ser presenciar episodios de violencia en el seno familiar. Se le realizó una prueba pericial psicológica al menor Carlos Francisco para calibrar si se daba el supuesto de grave riesgo de un peligro físico o psíquico

para el mismo recalando que la adaptación personal, social y escolar del menor es adecuada a su edad y desarrollo evolutivo, teniendo una vinculación afectiva y segura del menor con ambos progenitores. De la evaluación se deduce que la madre es la principal figura de referencia y de vinculación afectiva en la actualidad, aunque el vínculo con su padre es positivo.

En cuanto al concepto de RESIDENCIA HABITUAL del menor podemos citar la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, sección 2, núm. 101/2013, de 6 de Septiembre de 2013**, en este caso, el régimen de guarda y custodia es compartido entre ambos progenitores y es la madre la que unilateralmente decide trasladar a su hijo menor a Francia desde España. El padre alega que el menor no tiene ninguna conexión con la nueva ciudad y que su centro de actividad social, educativa y familiar se encuentra en España. En este supuesto, el progenitor sustractor tiene la intención de establecer como residencia habitual del menor una situada en otro país con el objetivo de que trascurra el tiempo suficiente como para que se dé una de las circunstancias que el Convenio de la Haya contempla como causas de denegación de la restitución que se recogen en los artículos 12 y 13 del mismo.

En este caso el tribunal español recuerda que ante todo debe de primar el interés superior del menor, y que en este caso en concreto no se puede considerar que el cambio de domicilio realizado por la madre fuera estrictamente necesario y además conlleva la imposibilidad de realizar las visitas entre padre e hijo. Todo ello teniendo en cuenta que el menor ya tenía toda su vida social, familiar, así como su centro de estudios en España y ningún arraigo con la ciudad francesa.

En conclusión, a la hora de establecer la residencia habitual, un padre ha de tener en consideración lo más beneficioso para su hijo, así como intentar mantener la estabilidad tanto a nivel material como afectivo.

B. El derecho de custodia y los convenios o acuerdos pactados por las partes

Tras una crisis matrimonial los acuerdos pueden solucionar muchas cuestiones, pero es posible que en estos no se haya tenido en cuenta aspectos relevantes acerca del menor. Para ello el reglamento 2201/2003 y el Convenio de la Haya de 1980 otorgan medios para determinar cuándo se puede acceder a los mecanismos de restitución de los menores.

La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 238/2014 de 1 abril**, resuelve el conflicto pues la madre se había trasladado con la menor a España, en virtud de lo que habían determinado mediante un convenio pactado entre los progenitores en el cual se regulaba que sería la madre quien viviera con la menor y que no necesitaría el permiso del padre para la salida de la menor con su madre al extranjero, ni de modo temporal ni de modo permanente, según la regulación de su país de origen, Lituania.

A posteriori, el padre insta la aplicación del Convenio e inicia el procedimiento de restitución de su hija menor, ya que él es titular de derechos y deberes para con su hijo tal y como dicta los tribunales de Lituania: “atribuyen a ambos padres la responsabilidad para la formación y crianza de su hija, garantiza el derecho de la niña a su vida personal, preocupación por su salud, formación y crianza espiritual y de valores...”

El tribunal tras examinar los hechos probados y las alegaciones de las partes resuelve a favor del padre, por considerar entre otros motivos, que sí hay una infracción del derecho de custodia pues éste se equipara en cierta medida a la responsabilidad parental de los padres ejercida por ambos, de acuerdo con lo estipulado en el Convenio. La madre apela alegando error en la aplicación de la normativa internacional y lituana y que se deniegue la restitución de la menor a la jurisdicción lituana.

El tribunal español, sin embargo, sostiene que es ilícito el traslado de la menor llevado a cabo por parte de la madre desde Lituania, país de origen de la menor y en el cual residía en compañía de la madre, a España, por haber infringido el derecho de custodia paterno que era efectivamente ejercido por el mismo en el momento del traslado de la menor a España, ello en los términos del artículo 3 del Convenio de La Haya. La madre argumenta que hay un convenio regulador del divorcio en el que se establece que la hija vivía con la madre y que no es necesario el permiso paterno para la salida de la menor con su madre al extranjero, ni de modo temporal ni de modo permanente. Pero el tribunal recuerda que no basta con invocar el derecho extranjero, sino que es absolutamente necesaria su acreditación, es decir, su contenido y vigencia, que ha de probar la parte que lo invoca, y en el caso examinado la parte apelante en modo alguno ha probado ni el contenido, ni la vigencia de los preceptos del Código Civil lituano cuya aplicación invoca.

Por lo tanto, se atribuye la titularidad conjunta al padre y a la madre de la responsabilidad parental, aun cuando la menor quedase residiendo con la madre en el domicilio de esta, y por tanto, cuando la madre y al hija salieron de Lituania, sin consentimiento paterno y sin resolución judicial que lo autorizase, resulto infringido el derecho de custodia que el padre tenía atribuido conjuntamente con la madre en los términos de artículo 3 del Convenio.

Se recuerda en la sentencia que la finalidad del Convenio de La Haya, como se desprende del artículo 1 del Convenio, es la de garantizar la restitución inmediata del menor trasladado o retenido ilícitamente, en los términos del artículo 3, y por ello, una vez determinado que el traslado o retención ha sido ilícito, el artículo 12 del Convenio de La Haya ordena la restitución inmediata del menor si hubiese transcurrido un período inferior a un año, desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos.

En este caso, no ha transcurrido ese lapso temporal de un año contemplado en el párrafo primero del artículo 12 del Convenio, y conforme a ello resulta procedente la restitución inmediata de la menor. La excepción a la restitución, consistente en la prueba de haber quedado el menor integrado en su nuevo ambiente, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 12 del Convenio de La Haya, no se refiere al supuesto contemplado. La única excepción que cabría sería si la restitución inmediata de la menor expone a la niña, no a la madre, a un peligro grave físico o psíquico, o de cualquier otra manera pone a la menor en una situación intolerable (artículo 13 del Convenio). Pero no se da. Con lo cual, se declara la necesidad de restituir a la menor a Lituania.

C. Tipificación del delito de sustracción de menores y sus interpretaciones.

En España la sustracción nacional o internacional de menores está tipificada en el Código Penal como delito en el Capítulo III del Título XII de los delitos contra los derechos y deberes familiares en su art. 225 bis, en éste se castiga a quien retenga de forma ilícita a un menor quebrantando el derecho de custodia y el que traslade al menor fuera de su país de residencia será causa de agravante.

Sin embargo, según el Convenio, si se vulnera el derecho de visita las acciones no son las mismas que si hay una infracción del derecho de custodia. De ahí que una pequeña parte de la doctrina opine el ejercicio efectivo del derecho de visita puede tener la suficiente entidad como para iniciar un proceso judicial de igual magnitud que el de restitución del menor en caso de traslado o retención ilícito puesto que es el único método que tienen estos padres para poder ver a sus hijos¹²⁵, aunque la gran mayoría de la doctrina opina que el derecho de visita

¹²⁵ ADAM MUÑOZ, M^a Dolores; GARCÍA CANO, Sandra. Sustracción internacional de menores y adopción internacional. Colex, 2004, pág. 94 y ss. En Inglaterra y el País de Gales se entiende que el art. 21 se

da como resultado la activación de las medidas del art. 21 del Convenio y no puede darse en ningún modo la restitución del menor.¹²⁶

En la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 1, núm. 159/2016 de 13 de mayo de 2016**, se resuelve un recurso de apelación interpuesto por la madre, en primera instancia condenada por delito de sustracción de menores, al entender error en la aplicación indebida del artículo 225 bis 1, 2,3 del Código Penal. Los hechos probados son los siguientes, en 2009 se atribuyó la guardia y custodia del menor de edad a la madre con razón de la sentencia de divorcio, y en 2013 se autorizó a la misma a viajar con el menor a Rumania, estableciendo la obligación de regresar a España el 1 de septiembre de 2013, cosa que finalmente no hizo, permaneciendo en Rumania con el menor.

En primera instancia se absuelve a la acusada ya que se entiende que el sujeto activo del delito solo puede ser el progenitor que NO obstante la titularidad de la custodia del menor¹²⁷.

Por tanto, el sujeto activo necesariamente debe ser el progenitor no custodio, ya que el progenitor no custodio puede ejercitar acciones civiles contra el progenitor custodio que realiza este tipo de conductas tipificadas. Esto se deriva de una abundante jurisprudencia, por ejemplo, Audiencia Provincial de Las Palmas Sección 2 número 99/2010 de 23 de marzo y 269/2011 de 25 de mayo.

En este sentido La Audiencia Provincial de Zaragoza se pronuncia desestimando el recurso de apelación interpuesto por el padre y confirmando la sentencia de primera instancia, pues la actuación de la acusada no puede encuadrarse dentro del nº1 del artículo 225 bis, que aunque queda probado que modifico el lugar de residencia del menor, el sujeto activo del delito solo puede ser el progenitor no custodio. Tampoco puede encuadrarse en el nº2 pues la retención no ha impedido al padre visitar a su hijo. Por tanto, se concluye que otro pronunciamiento supondría privar de la patria potestad a la madre con el inmediato cambio de residencia del menor, lo que sería traumático para el mismo pues lleva tres años en Rumania y está completamente integrado.

En el mismo sentido podemos encontrar la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 1, núm. 30/2017 de 22 de Febrero de 2016**, en la que también se hace referencia al sujeto activo del delito, pero en esta se pronuncia afirmando que en supuestos de custodia compartida, en los periodos rotatorios cada padre tiene la guarda y custodia sobre los dos hijos, de manera que en los que le tocaba al padre la guarda y custodia,

agota en el plano de la cooperación administrativa (...) En cambio, los tribunales australianos entienden que en virtud de las normas de aplicación del Convenio en Australia, los tribunales de justicia están obligados a dar efecto a los derechos de visita establecidos en una decisión dictada en otro Estado contratante. (...) En el caso español, (...) se ha intentado, en algún caso con éxito, aplicar dichos preceptos (1901 y ss de la LEC de 1881) a las peticiones relativas al ejercicio transnacional del derecho de visita formuladas bajo el art. 21 del Convenio.

¹²⁶ Artículo 21 Convenio de la Haya 1980.

Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.

Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.

¹²⁷ Así se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 9/2002 de 10 de Diciembre, que introduce el delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal.

la madre tienen la consideración de progenitor no custodio y como tal, es posible sujeto activo del delito de sustracción de menores. En esta sentencia también se hacen varias precisiones en cuanto al tipo delictivo, y es que no es suficiente para integrar el tipo el mero retraso en la devolución del menor al otro titular de la potestad sobre él, sino que es necesario que con el incumplimiento se dificulte considerablemente o se impida al otro titular el disfrute de la compañía del menor y el ejercicio de sus facultades de custodia, de manera que sea un hecho merecedor de la considerable pena prevista para su realización. Finalmente, el tribunal en este asunto falla a favor de la madre, absolviéndola, pues se considera que los hechos no revisten de la gravedad suficiente requerida por el tipo.

Sobre los problemas de interpretación que se derivan del tipo delictivo del artículo 225 bis contenido en el Código Penal también podemos encontrar la **Sentencia num.10/2016, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal de 15 de marzo de 2016**, se pone de manifiesto un cambio en la línea jurisprudencial existente hasta el momento, que exigía, como elemento del tipo delictivo, la existencia de una resolución administrativa o judicial fijando un régimen de custodia que fuese la incumplida. Por tanto, por esta sentencia se aclara que para el delito de sustracción de menores no hace falta resolución previa sobre el régimen de custodia.

El caso se basa en el retorno a España por parte del padre con su hija desde Bogotá (residencia habitual de la pareja) a raíz de una crisis matrimonial y sin el previo conocimiento ni consentimiento por parte de la madre. El juzgado de 1ª instancia nº2 de Dos Hermanas dicta auto entregando la guarda y custodia a la madre y fijando régimen de visitas a favor del padre y entregando la niña a su madre que se trasladó a España, y ambas volvieron a Bogotá.

Este juzgado absuelve del delito de sustracción de menores al padre argumentando la inexistencia de delito ya que el progenitor denunciado no podía ser sujeto activo del delito al no haber un pronunciamiento judicial o administrativo que regulará la potestad de ambos progenitores en relación a la menor. Pero esa sentencia es recurrida en apelación por la madre argumentando que se ha incurrido en infracción de ley y vulneración del principio de tipicidad penal por indebida aplicación del art. 225 bis del CP.

La doctrina de las Audiencias Provinciales no considera típico el traslado de un menor por un progenitor sin consentimiento de otro, si no mediaba resolución judicial o administrativa sobre el derecho de custodia.

Pero lo cierto es que el Tribunal Supremo en auto de 2 de febrero de 2012¹²⁸, nos dice que el Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 20/10/2008 establece qué entiende por sustracción y cuáles son los deberes de los Estados en vía civil; de ahí que se considere traslado ilícito (artículo 3 a) del Convenio) el que se produce con infracción del derecho de custodia atribuido, separada o conjunto, a una persona.

En supuesto de residencia en el extranjero con ambos progenitores, se predicaba que el traslado del menor debía ser consentido por ambos, y concretaba finalmente que el 'el artículo 225 bis 1 tipifica la conducta del progenitor que sin causa justificada sustrajere a su hijo. No se hace mención o diferencia alguna respecto del derecho de custodia. El artículo 225 bis 2 establece la interpretación auténtica de lo que, a efectos de este artículo, debe considerarse sustracción, y la definición del 1º no deja lugar a dudas: 'El traslado de un menor de su lugar de residencia sin autorización del progenitor con quien conviva. Solo en el apartado 2.2º se exige que la retención del menor incumpla gravemente una resolución judicial o administrativa

¹²⁸ Dictando en una cuestión de competencia entre el Juzgado Central de Instrucción núm.5 y el Juzgado de Instrucción núm. 8 de Madrid.

En este caso, el traslado se origina desde Bogotá, lugar de residencia habitual del matrimonio y de la hija menor, por el padre, siendo que tanto este como la madre tiene el derecho de custodia conjunta (por la ley de matrimonio entre españoles del Código Civil). De modo que la decisión de traslado para que no sea ilícita ha de ser tomada, en interés del menor, pero de mutuo acuerdo. En consecuencia se aplica el art. 225 bis apartados 1 y 2.1° que castiga el traslado de un menor, sin causa justificada, de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien convivía habitualmente, al considerar cumplida la exigencia constitucional en STC 196/2013, de 2 de diciembre de 2013.

En conclusión, se estima el recurso de apelación presentado por la madre y se revoca la sentencia que absolvía al padre, condenándolo por tanto por delito de sustracción de menores a pena de prisión de dos años y pena de inhabilitación absoluta del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro años.

8.1. Conclusiones

España, al igual que la mayoría de los tribunales de los Estados parte aplican el Convenio en concordancia con su derecho interno. De esta forma, el derecho de custodia, desde la perspectiva del ordenamiento español, implica la responsabilidad de los padres para con sus hijos, incluyendo todo lo referente a la toma de decisiones sobre la vida del menor o menores. Si a la hora de la atribución de este derecho a uno de los padres no se establece las obligaciones específicas que recaen sobre el ejercicio del mismo, se presume, salvo decisión judicial, administrativa o convenio que pacte en defecto, que el progenitor custodio tiene capacidad para decidir sobre la vida del menor, incluyendo así, el derecho a decidir el lugar de residencia del menor, sin que el otro progenitor pueda oponerse a ello.

Después del estudio de la amplia jurisprudencia española al respecto del tema que nos ocupa podemos afirmar que no hay una única interpretación del derecho de custodia dada por los tribunales españoles. Parece ser que los tribunales empiezan a seguir una línea interpretativa más amplia de los derechos y obligaciones de los padres para con sus hijos, fomentando siempre que haya acuerdos mediante los cuales sean ambos los que decidan sobre este tipo de cuestiones, todo ello, promoviendo que la relación entre los hijos y los progenitores se mantenga, aunque sea a distancia.

Desde mi punto de vista el Convenio es un instrumento esencial para resolver casos de sustracción internacional de menores, si bien es cierto que sería recomendable llegar a un consenso con los Estados parte del mismo con el objetivo de dar interpretaciones claras y precisas para evitar contradicciones.

▪ JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Las relaciones afectivas existentes entre ciudadanos de distintos Estados propician la posibilidad de que, en los supuestos de ruptura de la convivencia o del vínculo, en su caso, se generen situaciones en las que el ejercicio de la custodia por los padres de los hijos menores no sea el adecuado y se produzcan supuestos de sustracción y retención ilícita de los menores. Es por ello, que la Unión Europea, ante el incremento de relaciones entre ciudadanos de los Estados miembros, ha promulgado diversas normativas sobre determinación de la competencia y reconocimiento de resoluciones judiciales. En este sentido, la Unión Europea aprobó el *Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (LA LEY 11243/2003), relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.*

Los supuestos más comunes de *Sustracción Internacional de menores* son cuando en caso de divorcio:

- 1ª Caso: El progenitor al que se le ha atribuido el derecho de visita, aprovecha la visita para sustraer al menor y trasladarlo con él a otro país e intentar obtener allí el derecho de custodia y legalizar la sustracción.

- 2ª Caso: También en casos de custodia compartida cuando uno de ellos traslada al hijo a otro país impidiendo que el otro ejerza su derecho de custodia.

- 3ª Caso: Cuando el que tiene la guarda lo traslada desde el país de su residencia habitual a otro país, evitando el derecho de visita del otro progenitor.

No obstante, el hecho de que haya un traslado o retención ilícita no presupone que debe haber siempre una resolución judicial, ya que puede suceder que los dos padres estén ejerciendo la patria potestad conjuntamente y uno de ellos sin el consentimiento del otro decida trasladar al menor a otro Estado. Si esto se produjera así, vulneraría el art 160 CC que regula el derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos. Además, la finalidad del traslado se hace con ánimo de quedarse en el Estado de destino.

Por otro lado, para que exista un supuesto de sustracción internacional del menor requiere de dos presupuestos de hecho:

- Debe producirse la infracción de un derecho de custodia, conviene matizar que no incluye sólo la custodia en sentido estricto, sino también una posible infracción del régimen de visitas establecido y del derecho de elección del lugar de residencia del menor.

- Se requiere un desplazamiento efectivo del menor a otro país, que suponga una alteración sustancial de su situación. Tal desplazamiento implica una separación de su residencia habitual, sin que dicho concepto, como recoge la propia sentencia ahora comentada, revista carácter estricto y reconocido por la norma, sino que se trata de un concepto meramente fáctico, cuya concurrencia se determina por la estancia e integración del menor en un determinado entorno.

○ ***Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 9 de Oct. 2014, C-376/2014.***

Ahora sí, centrándonos en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 9 de Oct. 2014, C-376/2014, vamos analizar las 3 cuestiones prejudiciales en relación con el litigio sobre el que han conocido los Tribunales franceses e irlandeses, que resultan relevantes para acercarnos aún si cabe más a los problemas que se derivan de la sustracción internacional de menores

El caso es el siguiente: Se trata de un matrimonio entre un francés y una británica que se divorcian y los tribunales franceses en primera instancia le conceden la custodia de la hija a la madre, autorizándola para instalar su residencia en Irlanda, como efectivamente hizo. El padre la recurrió y esa resolución fue revocada en apelación concediendo al padre la patria potestad de la niña y ordenando su restitución al domicilio del padre en Francia y el padre demanda ante los tribunales irlandeses solicitando la restitución de la menor a Francia y que se declarase que la madre retenía ilícitamente a la niña en Irlanda.

Se plantean 2 cuestiones prejudiciales:

▪ LA DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL DE LA MENOR POR PARTE DEL TRIBUNAL DEL PAÍS RECEPTOR Y EL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL

¿Puede determinar el tribunal del país receptor en este caso (Irlanda) para resolver la demanda de restitución interpuesta por el padre, si la menor tenía o no la residencia habitual en el país de origen en este caso (Francia)? Circunstancia ésta que de observarse y aplicarse en virtud del art 11 del reglamento 2201/2003 nos encontraríamos ante

un supuesto de retención ilícita que conllevaría que el tribunal irlandés se tuviera que declinar a favor de la restitución de la menor a Francia.

Lo que vamos a realizar es lo siguiente: si existe retención ilícita y la fijación de la residencia habitual en el país de origen para poder aplicar el concepto de retención ilícita y autoriza en definitiva la restitución del menor

El art 11.1 del reglamento 2201/2003 establece lo siguiente: «*Los apartados 2 a 8 será de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (denominado en lo sucesivo Convenio de la Haya de 1980), con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos*».

Antes de la previa restitución del niño al país de origen, resulta indispensable entrar a valorar si estamos ante un supuesto de retención ilícita. Para ello es necesario acudir al art 2.1 del reglamento 2201/2003 en donde se establece que se entiende por retención ilícita: *a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor*». De aquí se deduce que existe **retención ilícita** cuando concurren dos requisitos de manera conjunta:

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

2. Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, es decir, necesidad de ambos consentimientos para decidir la residencia del menor.

Una vez que tenemos presente que existe retención ilícita, es necesario como ya dije antes que la menor tuviese la residencia habitual en el país de origen para poder aplicar el concepto de retención ilícita y por tanto la restitución del menor al país de origen.

¿Qué se entiende por residencia habitual?

En tal caso, resulta decisiva la determinación del concepto de residencia habitual de la menor, por cuanto la admisión de la demanda solamente se puede producirse si la menor tenía tal residencia en el país desde el que se reclama la restitución en momentos anteriores a aquél en el que se pretende la restitución.

Pues bien, ni el Reglamento ni el Convenio de la Haya contienen definición alguna sobre el concepto de residencia habitual, no obstante tanto del reglamento como el Convenio de La Haya, se puede extraer en su conjunto que la residencia habitual se va determinar en función de cual vaya a ser la mejor manera de proteger el interés superior del menor y de favorecer el principio de proximidad. A tales principios se refiere el Considerando (12) del

Reglamento 2201/2003, el TJUE amplia la finalidad de tales principios como elementos de interpretación y determinación de la residencia habitual.

En este momento, es preciso traer a colación la sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 22 de diciembre de 2010, C- 497/10 PPU (Asunto Mercredi). Como regla general para la determinación de la *residencia habitual*, hay que tener en cuenta todas aquellas circunstancias fácticas que pudieran influir en cada caso, debiendo trascender a la mera presencia física en un Estado del menor en aquellos supuestos en los que la misma no posee un mero carácter temporal y pone de manifiesto una integración social y familiar. Es decir, la *residencia habitual* es un concepto, por tanto, de naturaleza casuística, que no permite una solución única y requiere, por tanto, de un análisis de las circunstancias de cada supuesto para poder precisar la habitualidad o no.

En el *asunto Mercredi*, se resolvió sobre un litigio en el que se consultaba por el concepto de *residencia habitual* de un lactante que se encontraba con su madre tan sólo unos días antes del traslado, con el objetivo de aplicar los artículos 8 y 10 del Reglamento 2201/2003 para determinar la competencia judicial.

Pues bien para la determinación del concepto de *residencia habitual* hay que tener en cuenta la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro. En definitiva *residencia habitual* corresponde al lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar.

Igualmente, se ha afirmado por el TJUE que los actos externos y manifiestos del progenitor en cuya compañía está el menor, como pueden ser la compra o alquiler de una vivienda, que si bien no conllevan necesariamente el paso de un tiempo suficiente para certificar una integración efectiva del menor, sin embargo, sí ponen de manifiesto la intención de radicación en tal entorno, también constituyen una prueba de la habitualidad de la residencia elegida, aunque sea a futuro.

Otro elemento que se puede tener en cuenta para definir la *residencia habitual del menor*, según lo establecido por parte del TJUE en el *caso Mercredi* es la duración de la estancia, pero tampoco teniéndose en cuenta como el único elemento a tener en cuenta.

Finalmente, otro indicio que puede determinar la *residencia habitual* es la edad del menor, puesto que es un elemento de fundamental importancia a la hora de determinar la integración del menor en el seno de esa familia así como también para la decisión de restitución en función de las necesidades de protección del interés superior del menor.

Interpretando el art 4 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, no se puede aplicar ninguna acción relativa a la restitución del menor de 16 años o más, puesto que con esa edad ya se presume una gran madurez cercana ya a la mayoría de edad, sin embargo, el Reglamento 2201/2003 no hace mención alguna de edad requerida al respecto, habiéndose considerado que deberán ser, en tales casos, los Juzgadores, los que resuelvan sobre su aplicación en atención al grado de madurez y con arreglo a lo que determine cada normativa nacional.

▪ ILICITUD DE LA RETENCIÓN POR REVOCACIÓN POSTERIOR AL TRASLADO DE UNA SENTENCIA PROVISIONALMENTE EJECUTIVA AUTORIZANTE DEL MISMO

¿Es ilícita la retención cuando el traslado se realiza en virtud de una sentencia ejecutiva provisionalmente y revocada después en apelación en el país de origen?

El TJUE entiende que es ilícita la retención de acuerdo al artículo 9.2 del reglamento 2201/2003, que establece que el derecho de custodia comporta la facultad de decidir la residencia, derecho que fue reconocido por la sentencia referida. Eso sí, siempre y cuando que se cumpla el presupuesto de hecho del artículo 11 del reglamento 2201/2003, que el tribunal Irlandés aprecie que la menor tenía su residencia habitual en Francia antes de la sentencia revocatoria de la autorización del traslado.

El TJUE, dice que de admitirse dicha situación se estaría vulnerando, según el TJUE, el sistema de reconocimiento y efectividad de sentencias ejecutivas, que constituye uno de los objetivos fundamentales de esta norma. Para ello hace referencia al artículo 28.1 que «Las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado». Y todo ello, sin que el posterior recurso interpuesto contra la sentencia pueda paralizar su ejecución.

▪ LA CELERIDAD DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE RESTITUCIÓN

Esta es una cuestión que resulta de vital importancia en los litigios sobre sustracción de menores, con el objetivo de reducir al máximo los perjuicios derivados de las dilaciones injustificadas que pueden afectar al menor. Tal es la importancia de esta cuestión que uno de los objetivos del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 es la «inmediata» restitución de los menores retenidos ilícitamente, según disponen sus artículo 2. Esta exigencia de celeridad se lleva hasta sus últimas consecuencias, puesto que el Convenio impone la restitución inmediata, incluso antes que la resolución sobre los derechos de guarda y custodia.

A este término, hace referencia el Reglamento 2201/2003 junto con otras medidas como pueden ser la necesaria audiencia del menor en los procesos o la limitación de las causas de denegación de la restitución. En relación a la celeridad, el artículo 11.3 impone la urgencia en la actuación de los Tribunales nacionales que deban decidir sobre la restitución: *«El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor contemplada en el apartado 1 actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. Sin perjuicio del párrafo primero, y salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda».*

En relación con este litigio, el tribunal que eleva la cuestión prejudicial solicita que el procedimiento se tramite de urgencia y el TJUE acepta dicha pretensión en base al artículo 67 TFUE que hace referencia al espacio de libertad, seguridad y justicia. También el TJUE utiliza otro argumento que permite esa celeridad del proceso, para ello se basa que el tiempo ya transcurrido como consecuencia de la interposición de las diversas demandas en Francia e Irlanda unido al que posiblemente se consumiera si no se tramitasen por urgencia las cuestiones prejudiciales, produciría un mayor perjuicio y dificultad por parte del menor para restablecer las relaciones normales con su padre e intentar buscar un nivel integración óptimo. Por lo tanto, este es un argumento que se hace en dar cumplimiento a ese interés superior del menor para la satisfacción de sus derechos y de dicho interés en el ámbito procesal.

En este sentido podemos poner de relieve varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH):

- *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2010, -asunto Mijušković contra Montenegro-*.

- *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de diciembre de 2009 (LA LEY 354335/2009), -asunto Tapia Gascay D. Contra España-*.

- *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de diciembre de 2009 (LA LEY 320930/2009), -asunto Eberhard y M contra Eslovenia-*.

- *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2012 - asunto Kopf y Liberda contra Austria*.

○ ***Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, Sentencia de 8 de junio de 2017, C-111/2017***

Se presenta demanda formulada por el padre solicitando la restitución de su hija a Italia que es donde se encontraba la residencia habitual de la pareja antes del nacimiento de la niña, que se halla en Grecia, Estado en el que nació y en el que permanece con su madre.

La cuestión prejudicial en esta sentencia deriva también en la idea de la fijación de la *residencia habitual* y por ende si se puede llegar a dictaminar que ha existido un traslado o retención ilícita del menor.

El órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide, la forma en que debe interpretarse el concepto de «residencia habitual», en el sentido del artículo 11, apartado 1, del Reglamento n.º 2201/2003, con el fin de determinar si se halla ante un supuesto de «retención ilícita» en la que un menor ha nacido y permanecido de manera ininterrumpida con su madre durante varios meses, por voluntad común de sus padres, en un Estado miembro distinto de aquel en el que estos últimos tenían su residencia habitual antes del nacimiento del menor. En esencia el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la intención inicial de los padres en cuanto al regreso de la madre con el menor a ese último Estado miembro es un factor preponderante para considerar que dicho menor tiene en él su «residencia habitual», independientemente de que no haya estado nunca físicamente presente en dicho Estado miembro.

Como bien es sabido según la interpretación recogida anteriormente en el *Asunto Mercredi* la *residencia habitual* del menor se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar además deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional, siendo competente los órganos jurisdiccionales nacionales para determinar esa *residencia habitual*, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y hechos particulares en cada caso.

Argumentos que utiliza el TJUE para desestimar Italia como residencia habitual:

- Adoptar como criterio preponderante la intención inicial de los progenitores de que la madre regresase acompañada de la menor a un segundo Estado miembro, que era el de la residencia habitual de aquéllos antes del nacimiento de la menor, estableciendo con ello de hecho una regla general y abstracta de que la residencia habitual de un lactante es necesariamente la de sus padres, iría más allá de los límites del concepto de «residencia habitual», en el sentido del Reglamento n.º 2201/2003.

Por lo tanto, sería difícilmente compatible con el concepto de residencia habitual recogido en el reglamento 2201/2003 considerar que la intención inicial de los padres de que

el menor resida en un lugar determinado prima sobre el hecho de que éste haya permanecido de manera ininterrumpida en otro Estado miembro desde su nacimiento.

- Por otro lado, a la luz de la lógica interna del Convenio de La Haya de 1980 y del artículo 11, apartado 1, del Reglamento n.º 2201/2003, la alegación de que los padres ejercen conjuntamente el derecho de custodia y la madre no puede ser decisivo para determinar la «residencia habitual» de ésta, en el sentido del Reglamento.

- Y por último, considerar que la intención inicial de los padres constituye un factor preponderante para determinar la residencia habitual del menor sería contrario a la eficacia del procedimiento de restitución y a la seguridad jurídica.

Uno de los objetivos de este Convenio y, por extensión, del artículo 11 del Reglamento 2201/2003, es restablecer el *statu quo ante*, es decir, la situación que existía antes del traslado o de la retención ilícita del menor. Así pues, el procedimiento de restitución pretende devolver al menor al entorno que le es más familiar y, con ello, a restaurar la continuidad de sus condiciones de vida y desarrollo. Ahora bien, en una situación como la que es objeto del litigio principal, con arreglo al anterior objetivo, el supuesto comportamiento ilícito de uno de los padres no puede justificar por sí solo que se acceda a la demanda de restitución del menor y que éste sea trasladado del Estado miembro en el que ha nacido y en el que ha permanecido regularmente de forma continua a un Estado miembro que no le es familiar.

Como conclusión, situación en la que un menor ha nacido y permanecido durante varios meses, por voluntad de sus padres, en un Estado distinto de aquel en el que éstos tenían su residencia habitual (Italia) debe prevalecer para que se fije en ese Estado la *residencia habitual* (Grecia) en contraposición con la intención inicial de los progenitores en cuanto al regreso de la madre con el menor a este último Estado (Italia). Y en consecuencia, la negativa de la madre a regresar a ese Estado no puede considerarse «traslado o retención ilícitos» del menor.

▪ JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

○ ***Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 536/2014 de 20 Oct. 2014, Rec. 2680/2013***

Hay que tener en cuenta que el traslado o retención ilícita no presupone siempre que debe haber resolución judicial, ya que puede suceder que los dos padres estén ejerciendo la patria potestad conjuntamente y uno de ellos sin el consentimiento del otro decida trasladar al menor a otro Estado. También puede suceder que haya habido resolución judicial con el derecho de custodia a uno de los progenitores, en ese derecho de custodia se suele introducir como condición que no se podrá trasladar la residencia del menor sin antes haberlo comunicado a la autoridad judicial que dictó sentencia y sin el consentimiento del otro progenitor, esto precisamente se fundamenta en los intereses del progenitor no custodio a mantener relaciones personales con sus hijos, lo que se materializa a través del régimen de visitas que se puede ver muy reducido si su hijo traslada su residencia a otro país. Lo que sucede que en la sentencia que se analiza es que prevalece el interés superior del menor a relacionarse con sus progenitores frente al de sus progenitores (art. 160 CC), pero también a gozar del entorno social (colegio, amigos...), cultural (cambio de idioma, costumbres, entorno cultural en general, hábitos...), familiar (familia en sentido amplio: abuelos, primos, tíos...) y parental (vinculación afectiva previa con cada uno de los progenitores, posibilidad del progenitor custodio de ocuparse del menor...) que resulte más adecuado según sus circunstancias.

Pues bien la sentencia 536/2014 rompe la línea jurisprudencial que había hasta ese momento, en dicha sentencia se examina la autorización del cambio de residencia de los menores cuando el progenitor custodio se traslada al extranjero y sienta como doctrina jurisprudencial que «*el cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él*».

El Juzgado de Primera instancia había admitido la demanda presentada por la esposa de disolución del matrimonio por divorcio, a la que se atribuyó la guarda y custodia del hijo menor, siendo la patria potestad compartida, y autorizando a la madre a que fijase junto a su hijo menor de edad su residencia en Brasil. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia recurrida y atribuyó la guarda y custodia del hijo menor al padre.

La madre recurre en casación alegando la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales sobre la cuestión jurídica resuelta: el interés de protección del menor cuando se pretende su salida del país. El Tribunal Supremo estima el recurso y casa la sentencia recurrida, estableciendo como circunstancias concurrentes para autorizar el cambio de residencia del menor:

a) Que la madre tenía a su familia directa en Brasil, no sólo a su padre y hermanos, sino también a otro hijo de 17 años

b) El padre mantiene malas relaciones con su familia, por lo que el entorno familiar y de allegados resulta insuficiente para cuidar de su hijo si encontrara trabajo;

c) Se protegen las comunicaciones del hijo con el padre mediante un justo y equilibrado reparto de desplazamientos Brasil-España-Brasil.

▪ JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No existe, como en otras materias, una amplia jurisprudencia constitucional relativa a la sustracción internacional de menores. Pero si voy hacer referencia a una sentencia del Tribunal Constitucional 16/2016, de 1 de febrero en la que se constata en la misma *el interés superior del menor*, principio que debe estar siempre presente al abordar desde cualquier ámbito la sustracción internacional de menores.

○ *Tribunal Constitucional, Sentencia 16/2016 de 1 de febrero*

El recurso de amparo en cuestión se dirige contra un Auto de la Audiencia Provincial de Madrid que, en contra de un Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 11 que se apelaba, confirma la existencia de un traslado ilícito de una menor de Suiza a España por parte de su madre, sin consentimiento del otro progenitor, a efectos de la restitución de esta menor con su padre.

El Tribunal Constitucional parte de la siguiente premisa y es que para determinar la **suficiencia** y **razonabilidad** del Auto de la Audiencia, hay que tener en cuenta el art 12 del Convenio de la Haya de 1980. Dicho precepto distingue dos situaciones, dependiendo de si ha transcurrido o no un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita del menor y el inicio del procedimiento ante la autoridad judicial del Estado contratante donde se halle el menor.

- Primera situación: Si no ha transcurrido este plazo, la autoridad judicial competente deber ordenar la restitución inmediata del menor.

- Segunda situación: Si ha expirado el plazo de un año, también debe ordenar la restitución del menor, «**salvo que quede demostrado que el menor**

ha quedado integrado en su nuevo ambiente». Esta salvedad para el Tribunal Constitucional es un elemento de ponderación muy a tener en cuenta.

En esta sentencia, el procedimiento de devolución de la menor se promueve en noviembre de 2013, tres meses después del traslado a España de esta menor por su madre. Sin embargo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid es de fecha 31 de marzo de 2015, habiendo transcurrido, por tanto, más de dieciséis meses desde el inicio del procedimiento. Para el Tribunal, teniendo en cuenta este prolongado periodo de tiempo y la corta edad de la menor (había nacido el 17 de diciembre de 2009), establece lo siguiente: *resulta patente que ha podido producirse una plena integración de la niña en su nuevo medio, lo que es necesario, en todo caso, valorar a fin de hacer efectivo el principio de superior interés de la menor.*

Concluye la Sentencia que dicho Auto de la Audiencia Provincial no está lo suficientemente motivado puesto que no que se ha tenido en cuenta la situación de integración del menor en todo ese tiempo hasta dictar el Auto, en virtud del *principio de interés superior del menor* y también se han omitido elementos como la edad, el entorno y la convivencia habitual y la escolarización desde el 2013 de la niña en España. Por todo ello se deriva que dicho AUTO carece de motivación que es inherente al contenido constitucional del art. 24.1 CE. Declarando así, el Tribunal Constitucional que se ha violado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), declarando la nulidad del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid objeto del recurso, y ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de dicho Auto.

▪ **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.**

Antes de comenzar con el análisis detallado de la jurisprudencia que aborda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hay que decir que todo gira en torno a la correcta aplicación y consecución de los fines del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH) en cuestiones de sustracción internacional de menores en el marco del Convenio de la Haya de 1980.

Como ya mencionamos al comienzo de nuestro trabajo, son habituales las situaciones de traslado ilícito de menores como consecuencia principal de las crisis matrimoniales.

En los casos que abordaremos a continuación, en primer lugar lo que se analiza es si constituye el traslado de los menores por parte de uno de los progenitores sustracción internacional de menores. Para ello, el art 3 del Convenio de la Haya de 1980 establece cuando se considera ilícito el traslado o la retención del menor.

El Convenio exige que se hayan vulnerado el derecho de custodia de uno de los progenitores, no así el derecho de visita, que en este supuesto no se emplea el instrumento fundamental como es “el retorno inmediato del menor”, sino que, se activaría el mecanismo previsto en el art. 21 del Convenio que obliga a las Autoridades Centrales a cooperar para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visitas.¹²⁹

Es muy importante en estos supuestos el interés superior del menor. Si que es cierto que el fin fundamental es el retorno inmediato del menor, pero en el Convenio de la Haya se regulan una serie de excepciones, motivos que permiten a la autoridad del país donde ha sido trasladado ordenar la no restitución. Tales circunstancias se encuentran en los art 13 y 20 y en los casos que he elegido para su análisis podemos observar cuando se aplican tales preceptos, teniendo en cuenta que se han de interpretar de manera restrictiva.

¹²⁹ REIG FABADO, ISABEL: “El retorno inmediato del menor en la Sustracción Internacional de Menores”, p. 246

Son motivos que excepcionan el retorno en primer lugar, que la persona que tenía la custodia no la ejercía o consintió el traslado, que exista grave riesgo de que la restitución al menor suponga un daño psicológico o le ocasione una situación intolerable, o que el mismo menor se oponga a tal restitución, teniendo en cuenta que queda en manos del tribunal considerar si la opinión del menor se ha de tener en cuenta en base a su edad y madurez.

En los casos que analizaré a continuación, podemos ver como se tienen en cuenta dichas excepciones, primando el interés superior del menor.

○ **CASO X CONTRA LETONIA¹³⁰**

La Sra. X, de nacionalidad letona, vivía en Australia en 2004, donde había contraído matrimonio. Pero conoció a otro hombre, el Sr T y se fue a vivir con él. Fruto de esta relación, nació una niña en 2005, que fue inscrita como hija de X, obteniendo la nacionalidad australiana.

Al poco tiempo, la Sra X decide regresar a Letonia junto con su hija en 2008, puesto que su relación sentimental no funcionaba correctamente. Por su parte, el Sr T solicitó ante los tribunales el reconocimiento de la filiación respecto de la niña, siendo concedido y alegando que ambos tenían responsabilidad parental respecto a la niña.

Las autoridades australianas instaron la restitución de la menor a las autoridades letonas en aplicación del Convenio de La Haya de 1980.

El juez de primera instancia de Letonia, decretó la ilicitud del desplazamiento de la niña, alegando fundamentalmente que el padre tenía derechos respecto de la menor, ya que había sido reconocida la paternidad por decisión de jueces australianos.

Requisito fundamental para considerar que el traslado es ilícito es infringir el derecho de custodia y el traslado se produjo sin autorización del padre, constituyendo por tanto una sustracción ilícita, regulada en el art 3¹³¹ de la Convención.¹³² Cuando ambos progenitores tienen la custodia, no puede uno de ellos decidir unilateralmente el cambio de residencia habitual del menor, sin consentimiento del padre o sin autorización judicial. Además se constató que el regreso de la menor no le supondría ningún daño.

La Sra X interpuso recurso de apelación contra tal decisión, alegando como motivos principales la imposibilidad de que la niña fuese acompañada por ella en caso de restitución, aportando informe psicológico, en el cual se alegaba que la separación de la niña respecto de su madre ocasionaría un daño moral. Además hizo hincapié en que el padre no tenía la información suficiente respecto de su hija, en el caso de que volviera a Australia y que la niña hablaba solo latón. E incluso alegó que el padre tenía antecedentes penales que se han de tener en cuenta.

¹³⁰ STEDH de 26 de noviembre de 2013, asunto X contra Letonia

¹³¹ CONVENIO DE LA HAYA, ART 3: *“El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y*

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

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

¹³² REIG FABADO, ISABEL: “El retorno inmediato del menor en la Sustracción Internacional de menores” p 246

El recurso fue desestimado ya que el objeto de tal resolución era la restitución del menor, sin entrar a valorar la situación que ocasionaría la custodia del padre respecto de la niña.

Con dicho pronunciamiento, favorable para el Sr T, recuperó a su hija y se la llevó a Australia, siendo suya la custodia, de manera exclusiva.

La Sra X disconforme con la resolución dictada, planteó recurso ante el TEDH en 2009, alegando que la restitución de la menor suponía una violación al derecho al respeto a la vida privada y familiar, consagrado en el art 8 CEDH¹³³, por no haber tenido en cuenta el informe psicológico aportado, perjudicando gravemente el interés superior del menor.

En un primer pronunciamiento de 2011, se dictaminó la existencia de una violación al art 8 CEDH. Posteriormente, conoció el caso la Gran Sala y en 2013, ratificó la decisión dictada anteriormente, es decir, existía tal violación.

El TEDH examina los hechos y establece que las autoridades letonas apartaron el interés superior del menor, siendo el primer elemento a considerar. El hecho de que no se restituya a un menor puede estar justificado en razones objetivas, de ahí que existan excepciones previstas legalmente. En este caso, la madre aportó certificado psicológico sobre el riesgo que ocasionaría separar al menor de su madre y además puso de manifiesto que el Sr T había sido condenado penalmente por malos tratos.

De ahí que el TEDH alegue que los tribunales de Letonia no tuvieron en cuenta lo suficiente el concepto de “grave riesgo” en caso de restitución, excepción importante que hay que tener en cuenta. En definitiva el TEDH dictamina que la restitución del menor es contraria al CEDH y a la propia Convención de la Haya, ya que es subsumible en el art 13 apartado b) del Convenio de la Haya.¹³⁴

El hecho de considerar restitución ilícita el traslado del menor por la madre sin autorización del padre, no debe prevalecer sobre el principio fundamental del interés superior del menor y sobre todo cuando genera un daño moral para el menor.

Por lo que condena a Letonia al pago de una indemnización por violación del art 8 CEDH.

En este caso podemos ver como se realiza el equilibrio justo entre el interés superior del menor y la consideración de una restitución como ilícita. El hecho de que el regreso del menor ocasione grave riesgo para él supone tener en cuenta que no es lo mejor para el menor, aun considerando que ha sido privado el derecho de custodia del padre.

En definitiva, en este caso se aplica la excepción del art 13.b del Convenio de la Haya de 1980 sobre Asuntos Civiles en sustracción Internacional de Menores.

¹³³ CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS, ART 8:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

¹³⁴ CONVENCION DE LA HAYA DE 1980 SOBRE ASUNTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES, ART 13.B): *“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 físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.”

○ CASO GAJTANI CONTRA SUIZA

Sra. Violete Gajtani, nacida en la República de Kosovo vivía en la Antigua República Yugoslava de Macedonia, donde contrajo matrimonio y tuvieron dos hijos.

Al tiempo se produjo la ruptura de la relación y la madre regresó junto a sus hijos a Kosovo. Allí encontró otra pareja y se mudaron a Suiza en diciembre de 2005.

En enero de 2006, el padre de los niños interpuso acción contra la Sra Gajtani con el objetivo de conseguir el retorno de sus hijos a la República Yugoslava de Macedonia. Con ello se remitió a la Oficina Federal de Justicia de Suiza una petición exigiendo la devolución de los niños. Además, las autoridades judiciales le otorgaron la custodia exclusiva de los niños al padre.

En diciembre de ese mismo año, el niño mayor de once años y los padres, fueron entrevistados por la Autoridad de Supervisión de Tesino (Suiza), localidad donde se encontraban los niños. De la entrevista se pudo ver que el menor rechazaba la idea de volver con su padre, además de negar cualquier contacto con el mismo.

Así, en marzo de 2007, la Autoridad de Supervisión Suiza desestimó la solicitud de restitución internacional, pese al reconocimiento de varios hechos importantes. En primer lugar, no cabe duda de que los niños habían sido trasladados sin consentimiento del padre, en segundo lugar, la residencia habitual de los niños se encontraba en Tetovo (Macedonia) en el momento de la sustracción y por último afirma que la restitución no supondría ningún riesgo para los menores. Por lo que, el fundamento principal de la desestimación fue la objeción del niño a tal propuesta.

Tras recibir la notificación de tal resolución, el padre interpuso recurso de apelación ante los tribunales de Tesino, obteniendo un pronunciamiento favorable, ya que ordenaba la restitución de los menores, dejando sin efecto la sentencia apelada.

Es importante destacar que la custodia era compartida, por lo que como argumento fundamental y como base de tal pronunciamiento, la Sra Gajtani no podía modificar la residencia habitual de los niños sin autorización del padre.

Una de las excepciones a la restitución del menor es la que contempla el art 13.2¹³⁵, es decir, puede suponer que no se ordene el regreso del menor, si él objeta tal decisión y los tribunales observan que presenta la suficiente madurez para que se tenga en cuenta. En este sentido, el tribunal alega que el menor de 11 años no era lo suficientemente maduro como para que su opinión fuera a marcar de forma tan exhaustiva la decisión de la restitución.

En octubre de 2007, los niños fueron retornados a la Antigua República Yugoslava de Macedonia y la Sra Violete Gajtani interpuso un recurso ante el TEDH contra la Federación Suiza, considerando una violación al art 8 CEDH¹³⁶, al haber sido una injerencia

¹³⁵ CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE ASUNTOS CIVILES EN SUSTRACCIÓN ILÍCITA DE MENORES, ART 13. “La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.”

¹³⁶ CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, ART 8
“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

desproporcionada e injustificada en su vida privada y familiar, sobre todo bajo el argumento de no haber tenido en cuenta la opinión de su hijo de once años. Al amparo de este hecho y como ya he mencionado la madre pretendía hacer valer las excepciones previstas en el art 13 de la Convención.

Pone de manifiesto que, el retorno de los niños tuvo lugar de manera forzosa, en contra de su voluntad, alegando que estaban viviendo en Tecino tranquilamente y en condiciones favorables para los niños, constituyendo el regreso de los mismos un peligro para su bienestar.

Por contra, el Gobierno Suizo alega en su defensa que únicamente se limitó a cumplir la Convención de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. En primer lugar alega que, la residencia habitual de los menores en el momento de la sustracción se encontraba en Macedonia y que, como ya cité anteriormente, la custodia era compartida de ambos padres, por lo que, la demandante no podía modificar unilateralmente la residencia de los menores, sin autorización del padre o sin autorización judicial. Tampoco existían pruebas ni hechos que constatasen que la restitución de los menores supondría un grave riesgo psicológico.

Por lo que, en conclusión, el Gobierno Suizo alegó que, aquel hecho cumplía los requisitos necesarios para catalogarlo como sustracción ilícita de menores, consagrada en el art 3 de la Convención de la Haya.

El TEDH procedió al análisis de tales hechos y teniendo en cuenta las alegaciones efectuadas por ambas partes.

En primer lugar y basándose en el art 5 de la Convención¹³⁷, los dos progenitores tenían la custodia de los menores, por lo que como bien dice el artículo, ambos tienen derecho a decidir sobre el lugar de residencia de los niños y en este caso, dice el TEDH que no cabe duda que el traslado de los niños fue ilícito, ya que no tenía autorización del padre ni autorización judicial para tal hecho, siendo necesaria.

En conclusión, se ha producido una infracción del derecho de custodia y con ello el TEDH califica como sustracción ilícita de menores tales hechos.

En segundo lugar, y como hecho relevante en el pronunciamiento del tribunal, la madre alega que no se tuvo en cuenta la opinión del hijo mayor, de once años, suponiendo una violación al art 8 CEDH.

En este sentido se reitera la interpretación que el TEDH llevó a cabo en el asunto X contra Letonia y es que, los tribunales deben tener en cuenta, no sólo las alegaciones sobre el grave riesgo para el menor en caso de retorno, sino también debe resolver indicando los motivos específicos a la luz de las circunstancias del caso.¹³⁸

Las autoridades tienen que tener en cuenta las objeciones del menor respecto del retorno, en el sentido de que pueden suponer excepciones a la restitución del menor, como bien contempla la Convención en sus art 12, 13 y 20. El no tener en cuenta tales objeciones supondría una violación al art 8 CEDH. Si que es cierto que la interpretación a tales excepciones ha de ser restrictiva.

¹³⁷ CONVENCION DE LA HAYA DE 1980 SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, ART 5: “A los efectos del presente Convenio:

a) el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;”

¹³⁸ HERRERA ALEGRE, F.D “Sustracción Internacional de menores. Derecho a la vida privada y familiar. Derecho del niño a ser oído”. TEDH, Gajtani c. Suiza, 9 de septiembre de 2014”

Dicho esto, el TEDH alega que el niño fue escuchado y se llegó a la conclusión que no contaba con la madurez suficiente para que su opinión se tuviera en cuenta, pero además se podía observar la inclinación hacia la postura de la madre y liberarla de responsabilidad, lo cual le impedía expresar realmente lo que pensaba. Además en el art 13.3 de la Convención¹³⁹ se establece que las autoridades tienen cierto margen de discrecionalidad para evaluar la opinión que proporciona el menor. Respecto a la niña de 5 años, no hay duda de que no puede expresar su opinión sobre su lugar de residencia.

En definitiva, el TEDH dictaminó que no había ninguna vulneración del art 8 del CEDH, es decir, no había injerencia injustificada del derecho a la vida privada y familiar.

En este supuesto, al contrario que el anterior, se puede observar cómo, el TEDH, aun teniendo en cuenta las excepciones del art 13, es decir, escuchar al menor de 11 años, se deja cierta discrecionalidad a la hora de evaluar la opinión del niño. Por eso no siempre es tan fácil su aplicación, porque ha de tenerse en cuenta todas las circunstancias y comprobar que efectivamente no se ha de producir la restitución del menor, porque recordemos que el fin fundamental del Convenio de la Haya de 1980 es la retención inmediata de los niños que han sido sustraídos ilícitamente.

○ **CASO LÓPEZ GUIÓ CONTRA ESLOVAQUIA¹⁴⁰**

Es el caso de un ciudadano español y una nacional de Eslovaquia que contraen matrimonio y fijan su residencia en España donde tienen un hijo en mayo de 2009.

Con apenas 14 meses de edad del menor, la madre decide trasladarse a su país de origen junto a su hijo. El progenitor por su parte denuncia tal hecho ante los tribunales españoles, además de solicitar la restitución ante las autoridades eslovacas, con base en el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores.

Las autoridades eslovacas dictan la orden de devolución del menor a España, por constituir sustracción ilícita de menores, al reunir los requisitos establecidos en el art 3, detallados en las explicaciones anteriores.

La madre por su parte interpuso recurso, tras agotar instancias ordinarias, ante el Tribunal Supremo, siendo denegadas de igual modo las pretensiones. Finalmente recurre ante el Tribunal Constitucional, quien intervino en 2011 y decidió anular la decisión del TS y la orden de restitución. El motivo fundamental es priorizar el interés superior del menor, pues este sería separado de su madre y del entorno familiar y social ya constituido en Eslovaquia, además de que sólo hablaba eslovaco.

Finalmente, y en concordancia con el resto de supuestos analizados, el padre demanda ante TEDH alegando una violación al art 8 CEDH.

Su demanda se basa principalmente en el largo tiempo que transcurre sin poder ver a su hijo. Los procesos de restitución transcurrieron en el estado en el que el menor había sido trasladado, es decir, en Eslovaquia. Hay que señalar que existe obligación de que los procedimientos relativos al retorno del menor se lleven a cabo en el país donde se encontraba su residencia habitual. A esto se suma la intervención del Tribunal Constitucional en 2011, que hizo que el tiempo de resolución se dilatara en el tiempo.

¹³⁹ CONVENCION DE LA HAYA DE 1980 SOBRE ASUNTOS CIVILES DE SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES, ART 13.3: “Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente Artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.”

¹⁴⁰ STEDH de la Secc 3ª, de 3 de junio de 2014. Asunto López Guió contra Eslovaquia.

La celeridad es una obligación fundamental para la resolución de los supuestos de sustracción internacional de menores. En este asunto en concreto, como ya he mencionado la orden de restitución fue revisada en varias instancias, había recursos abiertos ante el Tribunal Supremo, e incluso se interrumpió la orden de ejecución de restitución en varias ocasiones, además de intervenir el Tribunal Constitucional¹⁴¹.

Es muy importante este fundamento, porque la sentencia del TC fue dictada en un pronunciamiento que transcurre sin la participación del Sr López Guió, a pesar de tener interés legítimo en el asunto y del que no había sido informado. Consecuencia de esto, había sido privado de cualquier contacto con su hijo durante un periodo largo de tiempo.

El TEDH consideró finalmente que Eslovaquia había vulnerado el art 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida en que no se había respetado su vida familiar al impedir que su hijo regresara a España durante un cierto tiempo, situación agravada por la remisión del caso al TC, que condujo a nuevos retrasos.

En esta última sentencia se hace hincapié en la importancia que tiene el principio de celeridad en los procesos en materia de Sustracción Internacional de Menores.

V. PRENSA Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1. CASO “CARRASCOSA”¹⁴²

La valenciana María José Carrascosa, que se encuentra en prisión preventiva en Nueva Jersey desde noviembre de 2006 por haberse traído a España, en noviembre de 2004 a la hija que tuvo con Peter Innes, ciudadano norteamericano.

Después de cruzar numerosas denuncias entre ellos, de las cuales algunas se demostraron falsas. El problema surge cuando un juzgado de Valencia deniega la devolución de la niña el 6 de julio de 2005 al considerar que no existió sustracción de menores, sentencia que contradecía a la dictada cinco meses antes por el Tribunal Superior de Nueva Jersey en la cual se instaba a la madre a retornar a la niña. Como no lo hizo, acabó en prisión. Las pretensiones del padre son las siguientes "*La niña está con los abuelos maternos y lleva cuatro años sin ver al padre. Pedimos que vuelva con él y, cuando la madre cumpla la pena, estamos por la custodia compartida*".

2. CASO DE MARÍA AMOR GONZÁLEZ RODRÍGUEZ¹⁴³

La señora María Amor González Rodríguez abandonó el 20 de abril de 2005 el hogar conyugal en Israel con sus dos hijos y dos hijas (todos menores) sin la aprobación del cónyuge y sin la voluntad de retorno.

Cabe anotar la voluntad de los hijos de permanecer en España como así reflejan en los medios de comunicación.

Por otro lado, el padre de los menores y aún marido de la mujer hasta que se resuelva el divorcio pide la ejecución inmediata de la sentencia, sin embargo, la mujer presentará un

¹⁴¹ ALVAREZ GONZALEZ SANTIAGO: “Jurisprudencia española y europea de Derecho Internacional Privado”, p 237

¹⁴² El País, Pere Rios Barcelona, 13 ABR 2009 https://politica.elpais.com/politica/2017/08/22/actualidad/1503402332_051544.html

¹⁴³ El País, Javier Cuartas Oviedo, 19 ENE 2007 <http://www.elcomercio.es/gijon/20070810/aviles/maria-amor-gonzalez-denuncia-20070810.html>

recurso de amparo al Constitucional para intentar suspender cautelarmente la aplicación del fallo hasta que se resuelva el proceso de divorcio.

Los cuatro hijos de esta mujer deberán ser repatriados y reintegrados al hogar de su padre en Israel, como sentencia la Audiencia Provincial de Oviedo. Según esta la salida de Israel de los cuatro niños con su madre, que desde 2005 viven en Avilés fue ilícita por vulnerar el Convenio Internacional de la Haya de 25 de octubre de 1980.

Este caso tiene una clara relación con la violencia de género ya que nada más presentar el padre la solicitud de restitución, su esposa interpuso demanda por supuestos malos tratos contra su cónyuge, lo que motivó que el Juzgado de Violencia suspendiera la demanda civil por la situación legal de los niños hasta que se culminará el procedimiento penal por maltrato. La Audiencia acabó resolviendo que dichos malos tratos no se acreditaron y el procedimiento penal fue archivado

3. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL Y JAPÓN ¹⁴⁴

José María Cacho que vio por última vez a su hijo en enero de 2008 cuando lo dejó con su ex mujer japonesa, que tenía su custodia. Su mujer se llevó al niño a Japón violando la orden judicial que impedía al menor salir de España sin consentimiento paterno (del que carecía). El problema en este caso surge cuando Japón no forma parte de la Convención de La Haya, tampoco en este país se considera delito la acción de la mujer.

Desde 1952 ni un solo menor en casos semejantes a este han sido devueltos desde Japón.

Respondiendo a la orden de localizar al pequeño por parte de los juzgados españoles, Interpol Japón respondió que según la Ley nipona solo se puede facilitar esos datos si hay constancia de que la mujer se llevó al niño con violencia, lo retiene contra su voluntad o es incapaz de criarlo.

Otro caso semejante es el de Juan José Eslava, el cual incluso ya no está registrado en Japón ni como si fuese su padre, en esta entrevista también habla de la violación de sus derechos como padre (así consta en el Registro Civil español) y otros asuntos de sumo interés.

4. CASO DE JUANA RIVAS¹⁴⁵

Este es uno de los casos más sonados en los últimos meses, Juana Rivas una madre que residía en Cerdeña, se traslada a Granada junto con sus hijos el pasado 2016, si bien, dicho

¹⁴⁴ El País, Andrés Braun 7 NOV 2010
https://elpais.com/diario/2010/11/07/domingo/1289105557_850215.html
https://elpais.com/diario/2010/11/07/domingo/1289105557_850215.html

ABC 11 SEPT 2013 <http://www.abc.es/sociedad/20130811/abci-habla-padre-japon-201308101720.html> También cabe mencionar el proyecto de ley que aprobó el Gobierno nipón con el fin de adecuar su legislación en este tema para su unión a la Convención de la Haya de 1980.

LA INFORMACIÓN 15 FEB 2016 https://www.lainformacion.com/policia-y-justicia/derecho-internacional/el-gobierno-nipon-aprueba-proyecto-de-ley-sobre-la-sustraccion-de-menores_WJBijK11NcxWLiGUsiSqp/

¹⁴⁵ El País, Pilar Álvarez Madrid, 23 AGO 2017
https://politica.elpais.com/politica/2017/08/22/actualidad/1503405051_120934.html

traslado no fue consentido por el padre, el señor Francesco Arcuri por lo que inició el proceso de sustracción internacional de menores regulado en el Convenio de la Haya de 1980. El caso de Juana Rivas se remonta a 2009 cuando se produce la primera denuncia de Juana

Rivas por malos tratos, por lo cual el señor Arcuri es condenado a tres meses de prisión por “lesiones en el ámbito familiar” y se le impone una orden de alejamiento de ella de un año y tres meses

Más tarde en 2013 la pareja decide volver a darle una oportunidad a su relación en Cerdeña hasta 2016 cuando Juana Rivas coge a sus dos hijos y vuelve a España, presentado dos meses después de esto ante el juzgado una segunda denuncia por malos tratos contra Arcuri .

Iniciado el proceso tanto el Juzgado de Primera instancia como la Audiencia Provincial de Granada han resuelto de manera que se acuerda la restitución inmediata de los menores, ya que según los órganos jurisdiccionales españoles no concurren ninguna de las excepciones que recoge el Convenio de la Haya de 1980.

A pesar de la resolución la madre no ha restituido a los niños a Cerdeña junto a su padre por lo que ha motivado la iniciación de un procedimiento penal por la posible comisión de un delito de sustracción de menores.

Es de gran importancia apuntar el juicio que cita tanto a la señora Rivas como al señor Arcuri a finales de octubre en Italia por la custodia de los niños, que de forma provisional tiene ahora el padre.

5- VANESA SKEWES, LA PRESUNTA VÍCTIMA MACHISTA

Chile, a través de España, tramitó una demanda por sustracción internacional de menores porque Vanessa, quien tenía la custodia en Chile de sus hijos, viajó hace dos años a España sin autorización.

La demanda se presentó en octubre de 2015. La abogacía del estado pedía la restitución de los menores la cual fue rechazada por Vanessa argumentando que el padre era un “delincuente reincidente” y “suponía un grave riesgo”.

Sin embargo, según consta en la resolución, las autoridades españolas certificaron que no existía ninguna condena contra el padre y estimaron que no era ningún delincuente ni maltratador.

El Juzgado de Familia falló en contra de Vanessa, pero le comunicó que se trataba de un proceso civil, por lo que en ningún caso se valoraba entregar a los niños al padre si no que retornara a su país de origen con los niños. Como la madre tiene la custodia en Chile, allí podría vivir con los pequeños, pues el marido nunca fue condenado y no se acreditaron malos tratos. La decisión la ratificó la Audiencia de Alicante.

Mientras no atendía a estas solicitudes, empezó a presentar denuncias en la Policía. Dijo que su pareja le amenaza de muerte a ella y sus hijos. Los correos parecían reales, recogían insultos y un juzgado asumió la investigación del caso.

Vanessa pidió una orden de alejamiento y sólo un día después de que presentara la denuncia el juzgado denegó la medida de protección porque el denunciado «reside en Chile» y no existe «indicio alguno del posible traslado a España». También se tuvo en cuenta que «no resulta entendible la razón por la que el denunciado ha tenido acceso al correo personal» de Vanessa dos años después de llegar a España.

La mujer siguió presentando denuncias con más correos presuntamente amenazantes y solicitando órdenes de alejamiento que fueron rechazadas hasta que el pasado 26 de abril denunció una agresión que presuntamente se habría producido mientras su ex pareja estaba en Murcia tras llegar a España para cumplir con la orden del Juzgado de Familia. Se activó el protocolo y se impuso una orden de alejamiento al padre, aunque no respecto a los hijos, porque el juzgado de guardia dictaminó que no existía «ninguna situación de riesgo para los menores».

Este 10 de mayo, el juzgado que había asumido el caso dictó el archivo provisional de la presunta agresión. Según el auto, no es posible que la ex pareja de Vanessa la agrediera porque no le dio tiempo a viajar de Murcia a Alicante sin vehículo. De nuevo, la acusación de Vanessa había sido desmontada.

6. INICIATIVA LEGISLATIVA DEL PSOE¹⁴⁶

El PSOE ha reclamado en el Congreso de los diputados un protocolo específico para los supuestos de sustracción internacional de menores en situaciones de violencia de género que esté adaptado a los principios y normas que establece el sistema jurídico español. Esto supone recoger los supuestos de violencia de género en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980 y que en estos procedimientos los jueces valoren contando con un informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en violencia de género como ya reclama la Ley de protección jurídica del menor

Cabe mencionar también que esta iniciativa nace de los casos más notorios de Juana Rivas y Vanessa Skywess

7. INICIATIVA LEGISLATIVA DE CIUDADANOS¹⁴⁷

El objetivo de esta iniciativa es que el derecho de los menores a ser oídos y escuchados, recogido en numerosas disposiciones del derecho interno o supranacional. La formación cuando se refiere a “escuchar al menor” no se refiere a una mera opinión, sino que esa opinión se exprese con todas las garantías, además de controladas y guiadas por personas especializadas.

Así, denuncian que, en la actualidad existen determinados procedimientos, como los referidos a la sustracción internacional de menores, en los cuales no está garantizada la presencia de profesionales en todas y cada una de sus declaraciones.

¹⁴⁶ EPSOCIAL:ES 31 ENE 2017 <http://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-psoe-pide-protocolo-casos-sustraccion-menores-victimas-violencia-genero-20170131181254.html>

¹⁴⁷ ECODIARIO.ES 31 NOV 2017 <http://ecodiario.economista.es/sociedad/noticias/8782213/11/17/Cs-pide-en-el-Congreso-que-se-garantice-la-presencia-de-un-especialista-en-los-testimonios-judiciales-de-menores.html>

VI. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Manuales y artículos

ÁLVAREZ GONZÁLEZ SANTIAGO: “*Jurisprudencia española y europea de Derecho Internacional Privado*”.

AZCÁRRAGA MONZANÍS, C. “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente” *Revista Bolivariana de Derecho*, julio 2015, nº20.

CALVO CARAVACA, AL y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JL. *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2009.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (dir.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Cóllex, 2004.

CALVO CARAVACA, A.L. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Protección de menores, Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2011, p. 424-432.

CALVO CARAVACA, ANTONIO-LUIS. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. “Sustracción internacional de menores: una visión general”, *Institución Fernando el Católico*.

CAMARERO GONZÁLEZ, G. J., “La sustracción de menores en Europa Occidental. Un estudio de Derecho Comparado”.

CARDONA LLORENS, JORGE, *La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos*. Educatio Siglo XXI, Vol. 30 nº 2 · 2012, pp. 47-68.

CUARTERO RUBIO, M.V, “La Mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 1998.

DELGADO ÁLVAREZ C. DEL POZO PÉREZ, M. LEÓN ALONSO, M. IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M^a.L “Violencia de género e igualdad en el ámbito rural”, Andavira, Santiago de Compostela, 2015, p.72.

DE LA ROSA CORTINA, J.M. “El procedimiento para la restitución de menores en casos de sustracción internacional: perspectivas de futuro”.DE PEÑAFORT LORENTE, RAIMUNDA Y ARBULO RUFRANCOS, BEGOÑA.

“El traslado ilícito de menores en la crisis familiar: aspectos jurídicos y psicológicos”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 2, nº 3 (2002), p. 109 a 124.

DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, JUAN ANTONIO. “La ruptura de matrimonios entre españoles y extranjeros con menores. Una estadística comparada”, *Instituto de Estudios Sociales Avanzados. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Papers 2014, 99/2*, p. 213-234.

DURÁN AYAGO, ANTONIA, “*La protección de menores en la era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización*”. Publicado en CALVO CARAVACA, A. L. / BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Globalización y Derecho*, Editorial Colex, 2003.

DUTTON A.A, GOODMAN L.A, “Coacción violencia de la pareja íntima: hacia un nuevo conceptualización”, *Sex Roles*, 52 (2005), p. 743 a 756

FORCADA MIRANDA, F. J.: «*El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)*», en *Millennium Derecho Internacional Privado*, ed. Tirant Lo Blanch, p. 34.

FORCADA MIRANDA, F.J.: "Custodia y traslado de menores: la otra cara de la sustracción de menores. Cuestión prejudicial y Bruselas II Bis", *Abogacía nº 7*, febrero 2011, p. 147 a 172.

FREEMAN, M., "International child abduction: the effects. Reunite Research Study", p.39. Obtenido el 26 de noviembre de 2017. Disponible en: http://takeroot.org/ee/pdf_files/library/freeman_2006.pdf

GARCÍA CANO, S. "Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades". Colex, Madrid, 2003, p.102-150.

GÓMEZ BENGOCHEA, B, "Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980", Dykinson, Madrid, 2002.

GÓMEZ TOMILLO, M., "Comentarios al Código Penal", Lex nova, 2010, p. 879.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A , *Mediación, secuestro internacional e menores y ODR*, Comares, Granada, 2013.

HERRERA ALEGRE, FACUNDO: "Sustracción Internacional de Menores. Derecho a la vida privada y familiar. Derecho del niño a ser oído. TEDH, Gajtani c. Suiza, 9 de septiembre 2014".

HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, LIBRORIO, *¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño*.

HODGKIN, R. Y NEWELL, P. (2004). *Manual de Aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño*. Ginebra: UNICEF.

HOFF, P.M "The Uniform Child-Custody Jurisdiction and Enforcement Act, Juvenile Justice Bulletin", US Department of Justice, December 2001, p. 3.

JIMÉNEZ BADOS, Mº P., "La sustracción internacional de menores: posibilidades de intervención en la vía civil y en la vía penal".

JORNADAS DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE TOELDO, *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, Patronato universitario de Toledo, Toledo, 1991.

LAGARDE, P. *Informe explicativo del Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*. París, 15 de enero de 1997.

LIÉBANA ORTIZ, J. R.: «El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores», en *REDUR* 13, diciembre de 2015, p. 84.

LÓPEZ JARA, M., «El régimen de la guarda y custodia del menor cuando el progenitor custodio traslada su domicilio a otro país. El interés del menor como criterio rector y parámetro para su determinación. STS, Sala 1ª, de 20 de octubre de 2014», *La Ley. Derecho de Familia*, no 5, enero 2015, pág. 89.

MIRALLES SANGRO, P. El secuestro internacional de menores y su incidencia en España, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989, p.186-195.

MOYA ESCUDERO, M.- “Nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIX (1997).

PÉREZ BEVIÁ, J. A.- “El Convenio entre España y Marruecos de 30 de Mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 1-2, 1998.

PÉREZ VERA, E.: *Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, Madrid, 2002. Conferencia presentada en la reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres, celebrada en Montevideo el 12 y 13 de agosto de 2002.*

PULIDO QUECEDO, M., «Sustracción de menores y respeto efectivo a la "vida familiar" ante el TEDH», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4/2003, parte Tribuna, BIB 2003/551.

RAVETLLAT BALLESTE, ISAAC, “La sustracción internacional de menores a la luz de su interés superior: algunos datos a considerar”, *La Ley Derecho de Familia Nº 10*, 2016.

REIG FABADO, I. “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Revista Bolivariana de Derecho*, julio 2015, nº20.

RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA: “El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de la Haya de 1980 (nota a X c. Letonia)”.

ROSA CORTINA, J.M. DE LA, *Sustracción parental de menores*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

ROSA CORTINA, J.M DE LA, “El procedimiento para la restitución de menores en casos de sustracción internacional de menores: perspectivas de futuro”.

SABIDO RODRÍGUEZ, M.: «La sustracción de menores en el Derecho Internacional Privado español: algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/2003», *en Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXII, 2004, pp. 317-318.

SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.PÍAS GARCÍA, E. GONZÁLVIZ VICENTE, P. GONZÁLVIZ BEILFUSS, C. ALONSO CARVAJAL, A. CARTER, D. Y NÚÑEZ MORGADES, P. La sustracción interparental de menores, *Dykinson*, Madrid, 2005, p.82-93.

SERRA MUÑOZ, M.: «La sustracción internacional de menores en España», *en Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 909/2015, parte Comentario, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 1. www.millenniumdipr.com

OCTAVIO GARCÍA PÉREZ, “El delito de sustracción de menores y su configuración”, *InDret*, 2010, nº4.

VILAGRASA, C. Y RAVETLLAT, I. (2006). *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*. Barcelona: Bosch.

7.2. Páginas web

MINISTERIO DE JUSTICIA. Cooperación Jurídica Internacional.

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area->

internacional/cooperacion-juridica/sustraccion-internacional

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Centro de prensa. Notas descriptivas: Violencia contra la mujer.

Revista Española de Derecho Internacional. Obtenida el 3 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.revista-redi.es/es/articulos/el-traslado-licito-de-menores-las-denominadas-relocation-disputes/>

7.3. Jurisprudencia

Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de diciembre de 1996.

Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de octubre de 2002.

Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de septiembre de 2005.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18, núm. 54/2012

Base de datos internacional sobre secuestro de niños. Obtenida el 3 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.incadat.com>

Corte de Apelación de Escocia de 17 de diciembre de 1994.

Corte de Apelación de Inglaterra de 3 de julio de 2002.

Corte Suprema de Kansas, EE.UU, de 14 de julio de 2000.

Royal Courts of Justice de 10 de mayo de 2007, *Asunto Klentzeris v. Klentzeris*.

Sentencia de la Corte de Casación de Italia, de 18 marzo 2006.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2007, *Asunto Maumousseau y Washington contra Francia*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 2008, *Asunto Carlson contra Suiza*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 1980 *Asunto Artico contra Italia*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Asunto Maumousseau y Washington contra Francia*, (opinión disidente del Sr. Juez Zupani y la Sra. Jueza Gyulumyan).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2009, *Asunto Tapia Gasca y D. contra España*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 9 de octubre de 2014 C-376/2014-.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, C-497/10 PPU, Barbara Mercredi y Richard Chaffe-.

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, Sentencia de 8 de junio de 2017, C-111/2017

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 536/2014 de 20 Oct. 2014, Rec. 2680/2013

Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Córdoba, del 18 de mayo de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, sentencia 79/2017 de 9 de febrero de 2017

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Granada, Sentencia 754/2016 de 14 de diciembre de 2016

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sentencia 16/2016 de 1 de febrero

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, sección 2, núm. 101/2013, de 6 de Septiembre de 2013

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 1, núm. 159/2016 de 13 de mayo de 2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, sección 2, núm. 101/2013, de 6 de Septiembre de 2013,

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 1, núm. 30/2017 de 22 de Febrero de 2016,

Sentencia núm./2016, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal de 15 de marzo de 2016.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 238/2014 de 1 abril de 2014.

United States Court of Appeals for the 3rd Circuit, Asunto Carrascosa v. McGuire, 520 F.3d 249 de 20/03/2008. Referencia INCADAT: HC/E/USf 970

United Kingdom Court of Appeal, asunto Re F. (A Minor)(Abduction: Custody Rights Abroad), Fam. 224 de 02/09/1995. Referencia INCADAT: HC/E/UKe 8.

7.4. Legislación consultada

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (consultado el 1 de mayo de 2011 en: <http://treaties.un.org/pages/>).

Convenio de la Haya de 1980 *sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*.

Convenio de la Haya de 1996 *sobre jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños*.

Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980 *sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra Violencia de Género.

Ley de Nueva Zelanda No. 86 (desde el 1 de julio de 2010). Obtenida el 3 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1995/0086/latest/DLM372117.html>

Ley de Remediación Internacional de Sustracción de Menores (ICARA).

Recomendación general N° 12, Octavo período de sesiones (1989), La violencia contra la mujer: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx> (consultado el 26 de noviembre de 2017).

Recomendación general N° 19, onceavo período de sesiones (1992), La violencia contra la mujer: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx> y (consultado el 26 de noviembre de 2017).

Reglamento (CE) nº 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.*

Resolución de la Asamblea General 48/104, del 20 de diciembre de 1993, sobre la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>

(consultado el 26 de noviembre de 2017)

Reunite Research Unit (led by M. Freeman), *The Outcomes for Children Returned Following an Abduction*, September 2003, Leicester.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

Convenio de la Haya de 1980 *sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.*

Convenio de la Haya de 1996 *sobre jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños.*

Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980 *sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.*

Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (LA LEY 11243/2003), *relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.*