

Angie Mazuera Murillo

**LA EXCLUSIÓN DE LA PERSPECTIVA
DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA
SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE
MENORES EN LA MODIFICACIÓN DEL
REGLAMENTO BRUSELAS II TER**

TRABAJO DE FINAL DE GRADO

Dirigido por la Dra. Maria Font Mas

**Doble Grado de Derecho y Relaciones Laborales y
Ocupación**



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

TARRAGONA

2023

Este TFG se ha desarrollado en la modalidad de:

Artículo de revista

La investigación ha seguido el modelo de la Revista Electrónica de Estudios Internacionales, a continuación, se encuentra el enlace a las normas de publicación y cita:

<http://www.reei.org/lareei/normas-publicacion.php>

LA EXCLUSIÓN DE LA PERSPECTIVA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN LA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS II TER

THE EXCLUSION OF THE GENDER VIOLENCE PERSPECTIVE IN THE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION IN THE MODIFICATION OF THE BRUSSELS II TER REGULATION

ANGIE MARCELA MAZUERA MURILLO*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO NORMATIVO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. III. CONTEXTUALIZACIÓN: NOVEDADES Y MODIFICACIONES EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER. IV. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La sustracción internacional de menores es un fenómeno relevante tanto en el ámbito jurídico como social, especialmente cuando se vincula a la violencia de género. Este estudio examina los desafíos y las respuestas normativas actuales, considerando la modificación del Reglamento Bruselas II ter. Se resalta la importancia de abordar adecuadamente la violencia de género en los casos de sustracción de menores, garantizando la protección de los menores y el bienestar de las madres afectadas. La integración del Convenio de Estambul en la legislación europea resulta fundamental para establecer un marco jurídico coherente que ofrezca una respuesta efectiva a la sustracción, en línea con el principio del interés superior del menor. Si bien la modificación del Reglamento Bruselas II ter representa un avance significativo, es necesario seguir trabajando en este ámbito.

ABSTRACT: International child abduction is a relevant phenomenon both in the legal and social realms, particularly when it is linked to gender-based violence. This study examines the current challenges and normative responses, taking into account the modification of the Brussels II ter Regulation. The importance of addressing gender-based violence adequately in cases of child abduction is emphasized, ensuring the protection of the children and the well-being of affected mothers. The integration of the Istanbul Convention into European legislation is crucial to establish a coherent legal framework that provides an effective response to abduction, in line with the principle of the best interests of the child. While the modification of the Brussels II ter Regulation represents a significant advancement, further work in this field is necessary.

* Alumna del Doble Grado de Derecho y Relaciones Laborales y Ocupación de la Universitat Rovira i Virgili. Artículo realizado en el marco de desarrollo de Trabajo de Final de Grado.

PALABRAS CLAVE: sustracción internacional de menores, violencia de género, Convenio de Estambul, modificación del RBIIbis, cooperación, autoridades, interés superior del menor, madres sustractoras, protección.

KEYWORDS: international child abduction, gender-based violence, Istanbul Convention, RBIIbis modification, normative responses, cooperation, authorities, best interests of the child, abducting mothers, protection.

I. INTRODUCCIÓN

La sustracción internacional de menores es un fenómeno que ha cobrado gran relevancia en el ámbito jurídico y social en las últimas décadas. Se refiere a los casos en los que uno de los progenitores traslada ilícitamente a un menor a otro país, sin el consentimiento del otro progenitor o sin la autorización de las autoridades competentes. Esta problemática adquiere una dimensión aún más compleja cuando se relaciona con situaciones de violencia de género, en las que la madre y los hijos se ven expuestos a un entorno hostil y peligroso. Según datos recientes, se estima que el 73% de los progenitores sustractores son las madres, de las cuales el 93% tenía reconocida la custodia de sus hijos e hijas. Si nos adentramos en la realidad de estas madres, en muchos casos, concurren elementos de violencia de género, en los cuales el traslado del menor se convierte en una vía de escape crucial para salvaguardar su seguridad y bienestar ¹.

La violencia de género, entendida como la violencia ejercida contra las mujeres por el mero hecho de serlo, es una realidad alarmante que afecta a millones de personas en todo el mundo. En este contexto, muchas mujeres que sufren violencia de género, en un intento por proteger a sus hijos e hijas deciden escapar de su lugar de residencia habitual, buscando refugio en otro país que consideran más seguro. Sin embargo, esta decisión conlleva el riesgo de incurrir en una sustracción internacional de menores, lo que genera una serie de desafíos legales y sociales.

El objetivo de este trabajo es analizar en profundidad la problemática de la sustracción internacional de menores relacionada con la violencia de género, examinando el marco jurídico internacional que la regula como las implicaciones y dificultades que surgen en su aplicación. Se abordarán cuestiones clave, como la protección del interés superior del menor, los mecanismos de retorno y las medidas de prevención y protección necesarias para salvaguardar la seguridad y el bienestar de los menores y de las madres involucradas.

Asimismo, se explorarán las deficiencias y limitaciones que existen en la normativa y en la práctica judicial, con el fin de identificar posibles mejoras y propuestas de acción para abordar de manera efectiva esta problemática. Se analizarán experiencias y buenas prácticas en el ámbito internacional, así como los desafíos y obstáculos que aún persisten en la protección de los derechos de los menores y de las víctimas de violencia de género en casos de sustracción internacional.

¹ Así nos lo indica Isabel Reig Fabado citando: M. Kaye, "The Hague Convention and the flight from domestic violence: how women and children are being returned by coach and four", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1999, vol. 13, issue 2, pp. 191-212.

En resumen, este trabajo pretende contribuir al debate académico y jurídico sobre la sustracción internacional de menores relacionada con la violencia de género, con el objetivo de generar conciencia y ofrecer soluciones que permitan proteger de manera efectiva a los menores y a sus madres en estas situaciones tan delicadas y vulnerables.

II. MARCO NORMATIVO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

El marco normativo que regula la sustracción internacional de menores en el ámbito civil es objetivamente complejo, ya que se fundamenta en una pluralidad de fuentes legales, un entramado de normas jurídicas relacionadas entre ellas, que constituye una compleja colisión normativa².

En el ámbito jurídico de la Unión Europea (en adelante UE), nos encontramos con un marco normativo poliédrico³. Desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr), el Convenio de La Haya de 25 de octubre, de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁴ (en adelante CH80). Se ha establecido como el instrumento más efectivo para abordar los casos de sustracción internacional de menores, mediante una cooperación judicial. Es importante destacar que este Convenio no opera de forma aislada, sino que está complementado por otros instrumentos legislativos internacionales, especialmente cuando la sustracción o retención ilícita del menor ocurre dentro de los países miembros de la UE.

Este convenio constituye la piedra angular⁵ de la sustracción internacional de menores, ya que proporciona el modelo que deben seguir los diferentes estados contratantes para restituir al o la menor y de esta manera revertir la situación. Para esto se diseña un sistema de cooperación entre Autoridades Centrales que contribuya a la “*restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquier Estado contratante*”. El CH80 tiene la finalidad de garantizar la restitución inmediata de los menores y velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados parte se respeten en los demás Estados contratantes. El texto del Convenio pretende el retorno del menor a su residencia habitual con la mayor celeridad posible, ya que de esta manera se estaría velando por cumplir el principio superior del interés del menor. Aunque este principio no se menciona explícitamente en la parte dispositiva del CH80 sí que subyace a lo largo de todo el texto⁶.

² GARAU SOBRINO, F., “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho Internacional Privado español sobre la responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 282-289, p. 284.

³ REIG FABADO, I. “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs. Violencia familiar o doméstica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.10, núm. 1, 2018, pp. 610-619, p. 613.

⁴ Entró en vigor en España el 1 de 1987. Este convenio opera en todos los países contratantes del Convenio, en la actualidad, 103 países: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> según la Conferencia de La Haya. Consultado a 11/02/2023.

⁵ SANTOS I ARNAU, L. “Informe sobre el impacto de la sustracción de menores sobre las familias” *Programa maternidades vulnerables (Asociación Salud y Familia)*, 2019, pp. 1-47, p. 12.

⁶ PÉREZ VERA, E. “Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *HCCH*, 1982, pp. 1-44, p. 6.

El CH80 es una norma internacional de carácter fáctico⁷, ya que no regula los sectores clásicos del DIPr, como son, a modo de ejemplo, la competencia judicial internacional, la ley aplicable, etc. Sino que opta por el sistema de cooperación entre autoridades, de esta manera el CH80 no regula la cuestión de fondo, como podría ser la responsabilidad parental, sino que persigue el retorno inmediato del menor a su residencia habitual, ya que serán los tribunales de este Estado los más indicados para resolver estas cuestiones y, por tanto, garantizar el interés superior del menor.

El objetivo del CH80 es el retorno inmediato del menor o la menor víctimas de una sustracción internacional, en aras de salvaguardar el interés superior de estos, pero basándose en el mismo principio el Convenio también prevé excepciones al retorno. Se encuentran en los artículos 12, 13 y 20⁸. Estos motivos de oposición al retorno son muy tasados y de interpretación restrictiva: el grave riesgo para el menor (art. 13.1.b)); el progenitor requirente no ejerce de forma efectiva la custodia (art. 13.1.a)); la integración del menor en su nuevo medio debido al transcurso del periodo de un año⁹; que el retorno sea contrario a los principios fundamentales del Estado requerido en materia de Derechos Humanos (art. 20); en caso de suficiente madurez del menor su oposición a la restitución (art. 13 párrafo 2). En consecuencia, el CH80 se propone proteger el interés superior del menor, entendido como el de no alterar de manera arbitraria su centro habitual de vida¹⁰.

Como se ha mencionado previamente, este Convenio no opera de forma aislada, especialmente cuando se produce una sustracción o retención ilícita de un menor dentro de las fronteras de los Estados miembros de la UE, ya que existe normativa específica para abordar estos casos. En concreto, el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (en adelante RBIIter). Este reglamento modifica el anterior 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 (en adelante RBIIbis).

El RBIIter persigue los mismos objetivos que el CH80: garantizar la restitución inmediata del menor retenido o traslado ilícitamente, así como velar por el cumplimiento de los

⁷ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 494.

⁸ En artículo 12 párrafo segundo se regula el primer motivo de no regreso que sería en caso de haber transcurrido más de un año desde el traslado o retención ilícitos. Seguidamente, nos encontramos con las excepciones del artículo 13, donde se hace referencia a 3 motivos: el primero la persona o institución a cargo del menor no ejercía de manera efectiva el derecho de custodia, existe un grave riesgo para el menor y el propio menor se opone a la restitución. Finalmente, en el artículo 20 permite la denegación cuando la restitución no este permitida por sus principios fundamentales del Estado en materia de derechos y libertades fundamentales.

⁹ En este sentido, el procedimiento de retorno del menor es esencial, ya que debe llevarse a cabo de la manera más ágil posible y antes del transcurso del periodo de un año. También jugarán un papel importante las legislaciones internas de cada estado, en nuestro caso la LEC, la cual ya dispone unos plazos muy breves. En este caso se observa una relación directa entre el tiempo y la determinación de la residencia habitual del menor y el interés superior del menor.

¹⁰ SANTOS I ARNAU, L. "Informe sobre el impacto de la sustracción...*op. cit.*, p. 21.

derechos de custodia y visita entre los diferentes Estados miembros de la UE. La interacción entre ambos instrumentos normativos debe entenderse como una relación de complementariedad. El RIIter y, antes el RIIbis se fundamentan en el mecanismo de retorno previsto en el CH80, aunque el legislador europeo intenta incidir en aquellos aspectos procedimentales que considera deben clarificarse para obtener una mejor respuesta al procedimiento de retorno del menor.

También es necesario mencionar el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños (en adelante CH96). Aunque el CH80 y el RIIter protagonizan el marco jurídico esencial en esta materia, no debemos olvidarnos de la función que puede desarrollar el CH96. Este texto no regula directamente la sustracción internacional de menores, pero puede operar de manera complementaria en estas situaciones¹¹, específicamente, en el caso de una sustracción ilícita que precede desde un Estado miembro de la UE hacia un tercer Estado que también sea parte contratante del Convenio, se aplican las disposiciones relativas al reconocimiento y ejecución de medidas provisionales de protección para el menor, que se ejecutaran en el país de su residencia habitual, garantizando un retorno seguro del menor.

Además, cuando el procedimiento de restitución previsto en el CH80 y el RIIter se lleve a cabo en España la norma procedimental que seguirá será la que se contiene en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) previsto en el capítulo IV bis de los artículos 778 quáter a 778 sexies¹². Que se aplicará en los supuestos en los que “*se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícitos y se encuentre en España*”. Se atribuye la competencia a los Juzgados de Primera Instancia con competencia en Derecho de Familia de la capital de la provincia en cuya circunscripción se halle el menor que ha sido objeto de traslado o retención ilícitos. Favoreciendo así, la especialización y como consecuencia la calidad y eficacia de la respuesta judicial¹³.

III. CONTEXTUALIZACIÓN: NOVEDADES Y MODIFICACIONES EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER

El Reglamento RIIter ha introducido modificaciones significativas en todas las áreas que abarcan su ámbito de aplicación, pero la modificación más relevante se ha realizado en la regulación del procedimiento de retorno del menor en casos de traslado o retención ilícita. El objetivo de este capítulo es examinar los cambios implementados en la sustracción internacional de menores, y determinar si dichos cambios mejoran sustancialmente el procedimiento de retorno del menor. Se analizará especialmente la

¹¹ GONZÁLEZ MARIMON, M., *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 31.

¹² BOE nº 158, de 3 de Julio de 2015.

¹³ REVILLA PÉREZ, L., “La sustracción internacional de menores: aspectos teórico prácticos”, MONGE FERNÁNDEZ, A. *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, ed. Bosch editor, Barcelona, 2019, pp. 33-58, p. 40.

relación entre estos cambios y el principio fundamental del interés superior del menor, que actúa como eje central en todas las disposiciones del Reglamento¹⁴.

Esta reforma empieza sus andares en el año 2014¹⁵ y culmina con la Propuesta de la Comisión de 30 de junio de 2016¹⁶. Dicha Propuesta puso de manifiesto las limitaciones existentes en el procedimiento de retorno del menor regulado por el RIIbis. El marco normativo establecido por el RIIbis, en lo que respecta a la sustracción de menores, se caracterizaba por su complejidad y su aplicación no exenta de dificultades, derivadas tanto de las soluciones contenidas en el propio Reglamento, como de su interacción con el CH80. De hecho, esta ha sido una de las áreas de mejora en el nuevo texto del RIIter, aunque no la única. Los cambios en esta materia son tanto de estructura, como de contenido¹⁷. La principal novedad del nuevo marco normativo es la creación de un capítulo independiente (Capítulo III) dedicado exclusivamente a la sustracción internacional de menores. Así, el procedimiento de retorno del menor pasa de estar regulado en un único artículo¹⁸ a tener un capítulo entero, que previsiblemente mejorará la interpretación y aplicación por parte de los operadores jurídicos¹⁹.

A continuación, veremos las principales novedades agrupadas en cinco ejes principales: la relación del Reglamento con el CH80; el procedimiento de retorno del menor; novedades en los mecanismos procesales; derecho del menor a ser oído y por último el mecanismo de prevalencia.

1. Relación del Reglamento Bruselas II ter con el Convenio de la Haya de 1980

Uno de los objetivos primordiales de la reforma consistía en aclarar la relación entre el RIIter y el CH80. En la versión anterior del Reglamento, la relación entre estos dos instrumentos jurídicos se infería en el artículo 11, el cual aparentemente establecía una relación de complementariedad. No obstante, el artículo 60 del mismo Reglamento establecía la primacía del Reglamento sobre el CH80. Esta disposición generaba incertidumbre acerca de la prevalencia del Reglamento en relación con el CH80 y su grado de complementariedad.

El nuevo RIIter recoge en su considerando 40 que la relación entre ambos textos debe entenderse como complementaria: *“en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya de 1980, completado por el presente Reglamento, en particular el capítulo III”*. Si nos dirigimos a las disposiciones del nuevo texto normativo, el artículo 1.3 reafirma nuevamente la relación de complementariedad, al igual que los artículos 22 y 96. En consecuencia, se puede concluir que la relación entre

¹⁴ El RIIter empezó a aplicarse el 1 de agosto del año 2022 (artículo 105 del RIIter).

¹⁵ DOUE, n.º 178, de 2 de julio de 2019, pp 1-115. *el 15 de abril de 2014, la Comisión adoptó un informe sobre la aplicación del RIIbis. El informe concluía que el RIIbis estaba funcionando correctamente, pero que las normas vigentes podían mejorarse.*

¹⁶ COM (2016) 411 final. Comisión Europea, 2016/0190 (CNS), Bruselas 30 de junio de 2016.

¹⁷ GONZÁLEZ MARIMON, M., *La sustracción internacional...op. cit.*, p. 45.

¹⁸ Anterior artículo 11 del RIIbis.

¹⁹ BORRÀS RODRÍGUEZ, A. “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter...”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 38, 2019, pp. 1-5. p. 4.

estos dos instrumentos no sigue el principio general de primacía del Derecho Europeo sobre los convenios internacionales. En este caso, la intención del legislador comunitario es crear normas que actúen como complemento al CH80²⁰.

2. Procedimiento de retorno del menor

Como se ha mencionado anteriormente el artículo 11 del RBIIbis ahora se ha incorporado en su totalidad en el capítulo III del nuevo Reglamento. Tras la Propuesta presentada por la Comisión, el objetivo del legislador era introducir modificaciones con el fin de superar ciertas limitaciones y deficiencias detectadas en la práctica del procedimiento de retorno del menor. Estas deficiencias, identificadas en la aplicación del RBIIbis, podían atribuirse al desconocimiento de los instrumentos normativos. Por este motivo, se sostiene en la doctrina que el nuevo RBIIter ha optado por incluir recomendaciones en el texto para facilitar el adecuado entendimiento y aplicación de la normativa.

El capítulo III se integra por los artículos de 22 a 29 y procede ahora un breve análisis de las materias que han sufrido algún cambio respecto del anterior artículo 11.

El artículo 22 del nuevo Reglamento Bruselas II ter se asemeja más al CH80 al introducir un concepto de menor que no hacía su antecesor. En este sentido dispone: “(...) *se ordene la restitución de un menor de 16 años*” de acuerdo con este artículo, la edad de 16 años va a suponer una excepción al nuevo concepto de menor que estable el RBIIter en su artículo 2.2.6).

En la Propuesta de la Comisión de 2016 se detectó otra de las deficiencias del RBIIbis. El CH80 en su artículo 11 determina la regla general de retorno inmediato del menor y para esto impone un plazo de 6 semanas. El RBIIbis incorporó este plazo, pero la propuesta de modificación puso de manifiesto la falta de efectividad del mismo. Si nos fijamos en los considerandos 26 y 27 de la Propuesta de la Comisión de 2016, así como en los artículos 22, 25.4, 23.1, 32.4 y capítulo V, esta propone una serie de medidas tendentes a mejorar la eficacia del procedimiento. No todas las medidas propuestas superaron la negociación. Algunas se acabaron incorporando en el texto normativo como considerandos y otras se incorporaron a su articulado.

Una de las medidas propuestas fue la concentración de la competencia en materia de sustracción internacional de menores. Esta medida se recoge finalmente en el considerando 41 del nuevo RBIIter que propone la opción del establecimiento de un único órgano jurisdiccional o de un número limitado de órganos jurisdiccionales. En este caso la elección de cómo llevar a cabo esta concentración estaría en manos de los Estados miembros²¹.

²⁰ AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. “Artículo 96 Relación con el Convenio de La Haya de 1980”, EN PALAO MORENO, G., *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores*, Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111, p.754.

²¹ GANDÍA SELLENS, M.A., “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, pp. 799-820, p. 801.

Otra de las medidas de la Propuesta del año 2016 para mejorar la celeridad en el procedimiento del retorno del menor se centraba en dos ejes fundamentales. El primero fijar un plazo para la resolución del procedimiento y el segundo limitar la apelación a un único recurso. Estas medidas se han recogido dentro del articulado del RIIter. El artículo 24 del nuevo Reglamento ha optado por incorporar un plazo más largo, ya que, en el anterior Reglamento el plazo de 6 semanas generaba dudas respecto a si se refería a 6 semanas, como máximo, teniendo en cuentas todas las instancias y también su ejecución, o si solamente se refería al plazo en la primera instancia. El nuevo artículo 24 fija un plazo de 6 semanas para cada instancia y de 18 semanas como máximo, que incluye el procedimiento de ejecución, artículo 28.2. Además, establece “*El órgano jurisdiccional actuará con urgencia en el marco del procedimiento en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más rápidos que prevea el Derecho nacional*”. Aquí se deberá tener en cuenta el considerando 42 del RIIter que aclara la mecánica de los plazos.

No obstante, y siempre en aras de mejorar la eficacia del procedimiento, debemos tener en cuenta que el artículo 27.6 del RIIter permite la ejecución provisional de las resoluciones de retorno, con la condición de que esta responda al principio vertebrador de toda la norma: el interés superior del menor.

Además de implementar medidas en el ámbito judicial, es igualmente importante prestar atención a la fase administrativa, que precede al inicio del procedimiento judicial. El artículo 23 del RIIter se refiere a la autoridad central y establece que esta debe actuar de manera urgente. Una vez recibida la solicitud por parte de la autoridad central del Estado miembro requerido, se debe emitir un acuse de recibo en un plazo máximo de 5 días hábiles. Sin embargo, no se establece un plazo máximo para la resolución de esta fase, a diferencia de lo previsto en la Propuesta de la Comisión de 2016 en su artículo 63.1.g.

De forma general la doctrina opina que la ampliación de los plazos para las diferentes instancias en sede judicial, así como la no determinación de un plazo máximo para la fase administrativa, no va a garantizar una mayor efectividad del procedimiento²². Puede que incluso nos encontremos con el efecto contrario, a mayores plazos, menor presión para los operadores jurídicos.

El siguiente eje de la propuesta guarda relación con la limitación a un solo recurso de apelación. Esta propuesta en el nuevo RIIter no se incorporó en su articulado, sino que viene recogida en el considerando 42 “*los Estados miembros deben también considerar la posibilidad de disponer que solo pueda presentarse un único recurso contra la resolución por la que se conceda o deniegue la restitución de un menor.*” Así que la propuesta de la Comisión se recoge como una sugerencia a los Estados miembros.

²² RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional privado europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, núm. 1, 2017, pp. 139-165, p. 143.

3. Novedades en los mecanismos procesales

El artículo 27 del RBIIter recoge “*el procedimiento de restitución de un menor*” este nuevo artículo contiene el mecanismo que antes se regulaba en el artículo 11 del RBIIbis. A continuación, se hace una pequeña mención a las novedades introducidas por el nuevo texto normativo.

En primer lugar, una novedad que se incorpora en el Reglamento, es el artículo 27.2 que asegura el contacto del menor con el progenitor solicitante del retorno. El órgano jurisdiccional, condicionado siempre al cumplimiento del interés superior del menor, tiene la facultad de examinar, en cualquier fase del procedimiento, si el menor debe tener contacto con este progenitor. En este sentido es preciso recordar que el órgano que realiza el retorno del menor o lo deniega, no es competente para juzgar el fondo del asunto. Esta medida no se incluía en la Propuesta del Consejo de 2016, pero se introduce en la negociación. La finalidad de la medida es evitar la interrupción del vínculo afectivo del menor. Esta sería una medida destinada a una restitución lo menos traumática posible²³. Esta nueva disposición se ajusta a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989²⁴ (en adelante CDN), en concreto a su artículo 9 donde ya se prevé el derecho a mantener contacto con un progenitor del cual se encuentra separado.

La siguiente novedad se centra en un aspecto fundamental: el retorno seguro del menor. Se encuentra en el artículo 27.3. En el RBIIbis, no se especificaba cómo se aseguraba ni qué mecanismos eran los más adecuados para garantizar el retorno seguro del menor. En las últimas décadas, ha habido una creciente preocupación en torno a este tema, como se refleja en la Propuesta del Consejo y la posterior modificación del Reglamento, que permite al órgano jurisdiccional que ordena el retorno decretar medidas cautelares. Además, se ha elaborado una Guía de Buenas Prácticas para la correcta aplicación del artículo 13.1.b)²⁵.

Es importante tener en cuenta que los mecanismos normativos existentes para abordar la sustracción internacional de menores se basan en procedimientos de retorno inmediato, con plazos muy reducidos, lo que no permite examinar detenidamente todas las circunstancias que dieron lugar a la situación. Sin embargo, se considera que el retorno inmediato garantiza el interés superior del menor, al reintegrarlo rápidamente a su entorno social, del cual fue separado abruptamente.

Hasta la aprobación del RBIIter, el marco normativo que tenían al abasto los diferentes Estados eran, por un lado, el CH80 y, por otro lado, el RBIIbis, si el traslado o retención ilícitos se daba entre Estados miembros. Ninguno de los cuales garantizaba el retorno seguro del menor. Este problema ha sido señalado tanto por la doctrina, como por los operadores jurídicos, incluso por las propias instituciones.

²³ GONZÁLEZ MARIMON, M., *La sustracción internacional...op. cit.*, p. 48.

²⁴ BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990.

²⁵ HCCH, *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Cuarta parte-Ejecución*, 2010, en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/publications2/guides-to-good-practice>.

Aunque se abordará en mayor profundidad más adelante, es necesario mencionar en este punto un aspecto relevante como es el retorno seguro del menor, que desempeña un papel fundamental en la regulación, especialmente debido a la creciente frecuencia en la que las madres, víctimas de violencia doméstica y/o de género, son las sustractoras. En este contexto, es crucial garantizar el retorno seguro del menor, ya que este se convierte en víctima indirecta de la violencia de género o doméstica que afecta a su madre. Es común, que el procedimiento de retorno del menor esté sujeto a plazos muy breves, lo que dificulta un examen detallado de estas situaciones y no permite evaluar de manera clara la seguridad que el menor tendrá una vez que regrese a su lugar de residencia habitual.

La problemática de no poder asegurar el retorno seguro del menor se presenta en situaciones en las que, dentro de un procedimiento de restitución del menor, el progenitor sustractor invoca la excepción al retorno establecido en el artículo 13.1.b) del CH80. Dicha excepción permite denegar el retorno del menor cuando se evidencia que su regreso lo expondría a un riesgo de peligro físico o psicológico, o a cualquier situación insoportable.

Esta situación se complementaba con el artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis *“los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución del 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”*. Este artículo no concretaba los extremos de cómo debía llevarse a cabo el retorno del menor, ni cuáles eran las medidas concretas, etc.

La gran novedad que incluye el nuevo RIIter al respecto, es permitir al Estado miembro en el cual se encuentra retenido ilícitamente el menor decretar medidas de protección. De esta manera el legislador europeo afronta una de las mayores dificultades con la que se encontraban los órganos jurisdiccionales del Estado requerido: verificar la existencia de medidas de protección en el Estado miembro de origen, es decir, de su residencia anterior al traslado o retención ilícitos.

Para facilitar la tarea a los órganos jurisdiccionales de comprobar las medidas que se hayan podido tomar en el país donde supuestamente se retornará el menor, el artículo 27.3 del RIIter incide en la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros de la UE. El considerando 45 del Reglamento proclama la asistencia entre las autoridades centrales o jueces de una red, en particular la Red Judicial Europea establecida en la Decisión 2001/470/CE del Consejo y de la Red Internacional de Jueces de La Haya.

Para abordar la imposición de medidas de protección por parte del Estado en el que el menor se encuentra retenido ilícitamente debemos dirigirnos al artículo 27.5 del RIIter:

Cuando ordene la restitución del menor, el órgano jurisdiccional podrá, en su caso, dictar medidas provisionales, incluidas las cautelares, de conformidad con el artículo 15 del presente Reglamento a fin de proteger al menor del riesgo mencionado en el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980, siempre que el estudio y la adopción de dichas medidas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución.

Estas medidas podrán ser reconocidas y ejecutadas, esto se recoge en el considerando 30 del RIIter, además, apunta que estas medidas deben permanecer en vigor hasta que un órgano jurisdiccional, el de la residencia habitual del menor, competente para conocer del fondo del asunto, tome las medidas que considere. Este extremo también se recoge en el considerando 46.

Analizando este precepto del Reglamento de 2019 podríamos pensar en la oportunidad perdida por parte del legislador de la UE. Ya que una de las preocupaciones que persisten son las referentes a la protección del progenitor que lleva a cabo la sustracción en un ámbito de violencia doméstica y/o de género. Tema que será motivo de un análisis más intenso en el siguiente capítulo.

En definitiva, con el artículo 27 apartado 3 del RIIter, el legislador ofrece una respuesta menos compleja al retorno seguro del menor. Con esta nueva legislación, en la práctica, será más sencilla la protección del menor por parte del Estado miembro en el cual se encuentra retenido o trasladado ilícitamente. En esta tarea será imprescindible la comunicación y cooperación entre los Estados.

4. Derecho del menor a expresar su opinión

El derecho de los menores a que se consideren sus opiniones, de acuerdo con su edad y madurez, es un claro ejemplo de la evolución en la concepción de los menores como sujetos titulares de derechos. Es conocido a nivel internacional el derecho de los menores a ser escuchados, tanto en el contexto de las Naciones Unidas como en textos sobre derechos fundamentales²⁶. Un ejemplo claro es la CDN que reconoce en su artículo 12:

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

No obstante, a pesar del reconocimiento internacional del derecho del menor a ser escuchado, nos encontramos que la práctica de la audiencia del menor es desigual en los diferentes Estados miembros.

El RIIbis se limitaba a recoger algunas referencias puntuales a la audiencia del menor. Una de ellas la encontrábamos en el caso de que se hubiera llevado a cabo una sustracción internacional, en el artículo 11.2. Este artículo era de aplicación en el contexto en el cual se alegaba alguna de las excepciones recogidas en los artículos 12 y 13 del CH80, solo apuntaba a la necesidad de dar audiencia al menor en este tipo de procedimientos, salvo que no se considerará conveniente debido a su edad o madurez. Y la otra mención, hacía

²⁶ GONZÁLEZ MARIMON, M., *La sustracción internacional...op. cit*, p. 234.

referencia a que esta era un prerequisite para eliminar el exequátur relativo a las resoluciones que se dictaban en el marco del artículo 41 y 42 del RBIIbis, es decir, las resoluciones en materia de derechos de visita y las resoluciones de retorno. La Propuesta de la Comisión de 2016 identificó el derecho de audiencia del menor como una de las deficiencias principales en el funcionamiento del Reglamento.

Así, el RBIIter introduce un precepto general en la sección 3ª del capítulo II en su artículo 21 con el nombre de derecho del menor a expresar sus opiniones. Además, el legislador opta por reforzar la audiencia del menor también en el caso concreto de sustracción internacional. El artículo 26 del nuevo Reglamento nos dice que el artículo 21 será plenamente aplicable en el procedimiento de restitución con arreglo al CH80. En consecuencia, la reiteración del mandato recogido en el artículo 21 refuerza la protección del derecho por diferentes motivos. En primer lugar, la referencia a la audiencia del menor es para todo procedimiento en materia de sustracción internacional, y no solo, para los supuestos en los que se alegaban las excepciones del artículo 12 y 13 del CH80. Así que se desprende que para todo procedimiento de retorno deberá escucharse al menor. En segundo lugar, el Reglamento de 2019 mejora el sistema de certificados en cuanto al control de la realización de la audiencia al menor. Para esto se prevén dos certificados diferenciados, uno para el procedimiento de restitución de conformidad con el CH80 y otro para las resoluciones de retorno llevadas a cabo mediante el mecanismo de prevalencia o última palabra.

5. Mecanismo de prevalencia o última palabra y ejecución de la decisión adoptada sobre el fondo

El nuevo Reglamento mantiene el mecanismo de prevalencia, pero el legislador ha intentado clarificar su funcionamiento. En la Propuesta de la Comisión de 2016 se habían introducido ciertos elementos con la finalidad de corregir el citado mecanismo, aunque finalmente el texto definitivo del Reglamento varía considerablemente del de la Propuesta.

El artículo 29 del RBIIter bajo la rúbrica “*procedimiento siguiente a la denegación de restitución del menor con arreglo al artículo 13, párrafo primero, letra b), y el artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980*”, establece el mecanismo de prevalencia o última palabra. En esta disposición se encuentran las principales modificaciones introducidas en este procedimiento, con el objetivo de clarificar y reducir su ámbito de aplicación, mediante la incorporación de una limitación para activar este mecanismo²⁷. Dicho mecanismo será aplicable cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido dicte una resolución de denegación de restitución del menor sustraído ilícitamente fundamentada en el artículo 13.1.b) (grave riesgo para el menor) y artículo 13 párrafo segundo (firme oposición del menor al retorno).

En este caso la modificación llevada a cabo supera las expectativas de la que sugería la Propuesta, que se limitaba a exigir la motivación de las resoluciones de no retorno por

²⁷ GONZÁLEZ MARIMON, M., *La sustracción internacional...op. cit.*, p. 51.

parte del Estado requerido, pero no restringía los supuestos en los cuales se podía activar el mecanismo como sí que hace el nuevo artículo 29²⁸.

En consecuencia, el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido deberá dejar muy claro en base a qué motivo de denegación del CH80 ha fundamentado su resolución. Con esto se consigue superar ciertas dudas que habían surgido en aplicación del mecanismo, como, por ejemplo, si este se podía activar en los supuestos en los cuales la no restitución se fundamentaba en base a más de uno de los motivos recogidos en el CH80.

Además, esta labor clarificadora también la encontramos en el propio redactado del artículo 29, el cual tiene ahora una lectura más ágil y fluida que el anterior. Por ejemplo, en lo que respecta a las dos situaciones que pueden darse en el desarrollo del mecanismo de prevalencia: la primera, que exista en el Estado de residencia habitual del menor un procedimiento anterior al traslado o retención ilícitos que verse sobre los derechos de custodia y visita. Y la segunda, que, de no existir dicho procedimiento, este se quiera incoar con posterioridad a la resolución de no restitución del menor.

Otra de las aclaraciones está relacionada con la vinculación expresa que debe existir entre las resoluciones dictadas como consecuencia del mecanismo de prevalencia y la decisión sobre el fondo en materia de derechos de custodia y visita, ya que este extremo no acababa de estar claro en la práctica. En este sentido, en el nuevo RBIIter apuesta por la vinculación entre las dos decisiones, y todo ello, con base al interés superior del menor²⁹, ya que el juez que resuelve sobre el retorno del menor en un procedimiento sobre derechos de custodia o visita podrá velar mejor por la protección de este interés, al poder llevar a cabo un procedimiento que no tiene el carácter de urgente, cosa que permite a los operadores jurídicos poder examinar minuciosamente todas las circunstancias del caso.

A pesar del carácter positivo de la modificación del mecanismo de prevalencia sigue concurriendo el problema de los plazos para resolver el procedimiento sobre los derechos de custodia o visitas, ya que este se podría alargar considerablemente, dejando al menor durante un periodo largo de tiempo en el Estado miembro al cual fue trasladado o retenido ilícitamente, cosa que podría dar lugar a un retorno extemporáneo, con las consecuencias perjudiciales que eso podría conllevar para el menor³⁰.

En relación con el mecanismo de prevalencia tenemos las resoluciones dictadas en el marco de este procedimiento, las cuales tienen un régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución que se traduce en que las resoluciones emitidas conforme al artículo 29 del Reglamento serán reconocidas y ejecutadas en los demás Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial, es decir se suprime el exequátur. En este caso, el legislador introduce un matiz en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de las

²⁸ COM (2016) 411 final. Comisión Europea, 2016/0190 (CNS), Bruselas 30 de junio de 2016.

²⁹ GONZÁLEZ MARIMON, M., *La sustracción internacional...op. cit.*, p. 246

³⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS, C. “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho*, 2020, pp. 383-398, p. 395.

mismas introduciendo la posibilidad de suspender el procedimiento, tal y como dispone el artículo 44³¹.

Otra cuestión, quizá la más importante, debido a su estrecha relación con el principio del interés superior del menor, es qué pasa en aquellas situaciones donde ha habido un cambio excepcional de las circunstancias y cómo debe tratarse esta situación. Esto hace referencia a qué pasa si ha habido una modificación sustancial de las condiciones del menor después de que se haya dictado en el Estado de residencia habitual una resolución que resuelve sobre su retorno y esta debe ejecutarse en otro Estado. Este hecho podría afectar directamente al menor.

Esto se resuelve con el artículo 56.4; 56.5 y 56.6 del nuevo Reglamento que señalan:

4. En casos excepcionales, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán suspender, a instancia de la persona contra la que se inste la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado o de cualquier parte interesada que actúe atendiendo al interés superior del menor, el procedimiento de ejecución en caso de que la ejecución exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias. La ejecución se reanudará tan pronto como deje de existir el riesgo grave de daño físico o psíquico. 5. En los casos contemplados en el apartado 4, antes de denegar la ejecución con arreglo al apartado 6, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional tomarán las medidas oportunas para facilitar la ejecución de conformidad con la legislación y el procedimiento nacional y atendiendo al interés superior del menor. 6. Cuando el riesgo grave contemplado en el apartado 4 tenga carácter duradero, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán denegar, previa solicitud, la ejecución de la resolución.

De esta manera se entiende que en cierta medida se revoca, al menos parcialmente, la eliminación absoluta del exequátur que se había diseñado para el mecanismo de prevalencia³². Y todo con la intención de mejorar la garantía del interés superior del menor, ya que se ha demostrado que, en ocasiones, un sistema de ejecución automática sin posibilidad de oposición no puede garantizar suficientemente los derechos del menor. Por este motivo se introduce la posibilidad de suspender la ejecución, como un segundo control del interés superior del menor.

³¹ Artículo 44. Suspensión del procedimiento. El órgano jurisdiccional ante el que se hubiere invocado una resolución contemplada en el artículo 42, apartado 1, dictada en otro Estado miembro podrá suspender el procedimiento, total o parcialmente, cuando: a) se haya presentado una solicitud para alegar el carácter irreconciliable de dicha resolución con una resolución posterior contemplada en el artículo 50; o b) la persona contra la que se inste la ejecución haya solicitado, de conformidad con el artículo 48, la revocación de un certificado expedido con arreglo al artículo 47.

³² GONZÁLEZ MARIMON, M., *La sustracción internacional...op. cit.*, p. 259.

En relación a este aspecto, la doctrina plantea una reflexión sobre el objetivo inicial que justificó la inclusión de normas europeas en el ámbito de la sustracción internacional de menores. Esta justificación radica en corregir los posibles abusos derivados del uso excesivo de las excepciones al retorno establecido en el CH80. Para lograr esto, se establece un sistema de competencias que otorga una prevalencia absoluta al tribunal del Estado de origen en la decisión de retorno del menor. A través de la reforma, se introduce una tercera etapa en la distribución de competencias, que ya de por sí es compleja. En esta etapa, el Estado de origen decide sobre el derecho de custodia del menor y ordena su retorno, mientras que el Estado requerido tiene la posibilidad de suspender o incluso denegar la ejecución en virtud del artículo 56.4 del RBIter. A simple vista, esto plantea desafíos en cuanto a la gestión práctica, los problemas de interpretación y también desafía los principios fundamentales para la integración de la UE, como el reconocimiento mutuo basado en la confianza ³³.

IV. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

La sustracción internacional de menores es un problema de permanente actualidad, ya que lejos de desaparecer, se verifica que va en aumento, así lo constata el último estudio llevado a cabo por la Conferencia de La Haya en el año 2015, cuyas cifras revelan que en comparación con el año 2008 ha habido un aumento del 3% de las solicitudes de devolución. Se ha observado un incremento notable en las situaciones en las que mujeres víctimas de violencia machista por parte de sus parejas o exparejas se ven forzadas a huir con sus hijos e hijas. Estas acciones suelen estar motivadas por el miedo y la falta de conocimiento sobre los mecanismos disponibles para obtener ayuda en su país de residencia habitual³⁴.

La sustracción internacional de menores desde una perspectiva de género plantea desafíos significativos tanto a nivel jurídico como social. En estos casos, las madres suelen ser las principales sustractoras, buscando proteger a sus hijos e hijas de un entorno violento y hostil. Sin embargo, el desconocimiento de los recursos legales y la falta de apoyo adecuado pueden dificultar su situación y su capacidad para garantizar la seguridad y el bienestar de los menores.

En este contexto, es fundamental analizar los instrumentos normativos existentes y evaluar su eficacia para abordar las situaciones de sustracción internacional de menores relacionadas con la violencia de género. El Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 11.V.2011

³³ GONZÁLEZ MARIMON, M., *La sustracción internacional...op. cit.*, p. 259-261.

³⁴ En concreto, los casos de traslado ilícito del menor llevados a cabo por el titular del derecho de custodia por causas de violencia de género van en aumento, tal y como ya se ha expuesto por KAYE, M., "The Hague Convention and the flight from domestic violence: how women and children are being returned by coach and four", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1999, núm. 13, pp. 191-212; WEINER, M. H., "International child abduction and the escape from domestic violence", *Fordham Law Review*, 2000, núm. 69, pp. 593-706.

(en adelante Convenio de Estambul)³⁵ y también el CH80 son referentes importantes en esta materia y proporcionan un marco legal para abordar estas problemáticas. Sin embargo, es necesario examinar cómo se aplican en la práctica y si brindan respuestas efectivas a las necesidades y derechos de las víctimas de violencia de género y sus hijos e hijas.

1. Cambio de paradigma en la sustracción, críticas y retos del Convenio de La Haya de 1980

Después de más de 40 años de vigencia del CH80 se puede afirmar que goza de buena salud, tanto por el elevado número de Estados que forman parte³⁶ como por la efectividad del mecanismo que establece para resolver los supuestos de sustracción. El éxito del CH80 se le puede atribuir al hecho de que la Conferencia de La Haya realiza un seguimiento de su aplicación y pone a disposición de los operadores jurídicos mecanismos que les permitan entender y aplicar mejor el Convenio, un ejemplo, son las Guías de Buenas Prácticas realizadas por los grupos de trabajo³⁷. A pesar de estos intentos por mantener la efectividad y eficacia del Convenio, este se encuentra ahora mismo atravesando algunos problemas de interpretación y aplicación en determinadas áreas. Concretamente, el actual debate sobre la excepción del artículo 13.1.b) y su capacidad para abarcar diferentes supuestos de violencia contra la mujer, como puede ser la de género o la doméstica³⁸.

Cuando empezaron los trabajos de la Conferencia de La Haya de DIPr, allá por finales de los años 1970, para combatir la sustracción internacional de menores, con el objetivo de evitar que el menor fuera bruscamente alejado de su entorno y de su cuidador principal (normalmente la madre) se configuraba la figura del padre sustractor que privaba a la madre de sus hijos trasladándolos a otro Estado³⁹. En base a este parámetro, el CH80 nace con la principal finalidad de retornar a estos hijos e hijas con la mayor celeridad posible, protegiendo de esta manera el interés superior del menor, que se ve apartado bruscamente de su centro social. No obstante, este Convenio no se encarga de solucionar el problema, es decir, se aplica cuando se ha producido la sustracción, pero no tiene en cuenta las variables de fondo que la motivan y el contexto en el que se produce.

En los años 70 y 80 el modelo familiar era muy distinto a los diferentes modelos con los que nos podemos encontrar hoy en día. El parámetro de familia del CH80 era un patrón matrimonial, heterosexual y patriarcal⁴⁰. Desde aquellos iniciales años, el patrón social sobre el cual se construyeron las respuestas del CH80 ha cambiado mucho. Entre ellos

³⁵ Entró en vigor el 1 de agosto de 2014 y actualmente es vinculante para 37 países. Considerando que se trata de un convenio regional europeo y no de un convenio de las Naciones Unidas, es alentador el número de países que lo han ratificado. Véase en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=210>.

³⁶ Listado actualizado de los Estados parte. Véase en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>

³⁷ PINEAU RODRÍGUEZ, E., “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y en La Haya”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, 2018, p. 5.

³⁸ GONZÁLEZ MARIMON, M., *La sustracción internacional...op. cit.*, p.48.

³⁹ GONZÁLEZ MARIMON, M., *La sustracción internacional...op. cit.*, p. 21.

⁴⁰ PINEAU RODRÍGUEZ, E., “La oposición al retorno...op. cit., p. 16.

encontramos el afloramiento de ciertos problemas que han sido tratados antaño con “naturalidad” como es el caso de la violencia género.

Actualmente, estamos siendo testigos de una creciente concienciación sobre la violencia doméstica y de género. Este tipo de violencia tiene un impacto generalizado, ya que afecta a muchos aspectos de la sociedad y de las relaciones personales. En nuestro caso concreto, la sustracción internacional de menores, refleja esta realidad, puesto que los debates de mayor calado que se llevan a cabo en el seno de la Conferencia de La Haya de DIPr versan sobre cómo resolver adecuadamente el procedimiento de restitución del menor en los supuestos en los que se alega algún tipo de violencia sobre la mujer.

Esto se podría relacionar con el hecho de que, tal y como indican las estadísticas de aplicación del CH80, ha habido un aumento de madres sustractoras, concretamente en el año 2015 el 73% de las sustractoras eran madres, en comparación con el 69% registrado en el año 2008, el 68% en el 2003 y el 69% en 1999. En el año 2015 en lo que respecta a los padres, eran el 24% de los sustractores y el 3% restante correspondía a abuelos, instituciones u otros parientes⁴¹.

Aunque no disponemos de estadísticas definitivas que nos permitan afirmar con seguridad que cada vez son más los casos en los que las madres sustractoras alegan haber sustraído ilícitamente a los menores como consecuencia de la violencia de género y/o doméstica de la que eran víctimas, esto sí que se afirma por parte de la doctrina⁴².

La evolución de la sociedad, pero también la evolución del fenómeno mismo de la sustracción internacional de menores, rompe con la idea que inspiró el texto del CH80 pensado, como se ha mencionado anteriormente, para un escenario en el cual la sustracción era perpetrada por el padre, normalmente con un derecho de visitas que aprovechaba la ocasión para trasladar o retener ilícitamente a los menores, en consecuencia la norma perseguía el fin único de retornar los menores a su cuidadora principal y al entorno donde radicaba el centro de sus intereses.

Las estadísticas ponen de relieve el cambio de paradigma en la sustracción internacional de menores, esto podría suponer que, al ordenar el retorno inmediato del menor, en aras de proteger el interés superior del mismo, se separara a este menor de su cuidador principal. Esto resulta más llamativo en un contexto en el cual se alegue violencia de género y/o doméstica, donde la sustracción podría deberse, precisamente, al deseo de huir de la violencia⁴³.

⁴¹ LOWE, N. AND STEPHENS, V., “A statistical analysis of applications made in 2015 under The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction”, pp. 1-60, p. 3.

⁴² GONZÁLEZ MARIMON, M., *La sustracción internacional...op. cit.*, p.51; PINEAU RODRÍGUEZ, E., “La oposición al retorno...*op. cit.*”, p. 17.

⁴³ Para la Conferencia de La Haya no hay encuestas fiables sobre el tema, al menos en 2011, momento en que se elabora el Doc. Prel. 9 *Violence conjugale et familiale et l'article 13 'risque grave' exception dans le fonctionnement de la Convention de La Haye 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement International d'enfants: Document de réflexion*”, párrafo 3º.

Esto nos lleva a poner de manifiesto los retos a los que se enfrenta el CH80. El primero de ellos pasaría por una adaptación a las nuevas realidades sociales y en concreto a los nuevos modelos de familia. En segundo lugar, si bien es verdad que en el texto normativo del Convenio no encontramos ninguna referencia expresa al interés del menor, este es el principio que debe inspirar la aplicación e interpretación del mismo, esto es así desde la aprobación de la CDN, que sitúa al menor como sujeto de derechos, además simultáneamente, la protección de la familia en su conjunto, pasa a un modelo de protección individual, entendiendo que las relaciones que se desarrollan en el núcleo familiar son poliédricas⁴⁴, esto podría suponer que la restitución inmediata del menor que se dispone en el CH80, no siempre estuviera protegiendo el interés superior de este. En tercer lugar, en la actualidad, y solo en la UE, residen aproximadamente 16 millones de parejas mixtas⁴⁵ este es otro factor que influye a la hora de entender la sustracción internacional de menores, ya que las familias internacionales dejan de ser una minoría⁴⁶. Este hecho se relaciona estrechamente, con el número creciente de Estados contratantes del CH80, cada uno con su realidad social y política, lo cual puede influir en la finalidad del Convenio, ya que ocasiona diferencias interpretativas y aplicativas que dotan de significados dispares algunos conceptos indeterminados fundamentales, como son el interés superior del menor, riesgo grave, residencia habitual, etc. así como los conceptos de derechos de custodia o visita, que puede tener un impacto significativo en el mecanismo de retorno y en la protección del menor. En cuarto lugar, podemos destacar la necesidad de una mayor protección para los menores, sobre todo cuando se alegue una situación de violencia de género y/o doméstica como argumento para oponerse al retorno del menor.

Estos dos últimos puntos se encuentran muy relacionados entre ellos, ya que, desde la máxima del interés superior del menor, a mi entender, no se puede dotar del mismo contenido este principio en un contexto en el cual se alega violencia de género y/o doméstica que en un contexto diferente. Necesariamente, se debe analizar caso por caso, ya que esto significaría dotar de una mayor protección a los menores que son víctimas de violencia, ya sea directa o indirectamente.

2. La violencia de género en el Convenio de Estambul y su implementación en la normativa de la sustracción internacional como expresión de la protección del interés superior del menor

Antes de profundizar en la materia, es esencial establecer una definición precisa de violencia de género, teniendo presente que la protección del interés superior del menor es el elemento central que caracteriza a los instrumentos internacionales destinados a abordar este fenómeno. En este contexto, nuestro análisis se enfocará en el impacto que la violencia de género puede tener en los menores y, por último, en la relevancia de que los diversos instrumentos legales consideren esta dimensión con el fin de brindar una protección más efectiva a los menores.

⁴⁴ PINEAU RODRÍGUEZ, E., “La oposición al retorno...*op. cit.*, p. 17.

⁴⁵ Véase en: <https://www.incadat.com/es>.

⁴⁶ GONZÁLEZ MARIMON, M., *La sustracción internacional...op. cit.*, p. 42.

El convenio de Estambul tiene como objetivo:

Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres y promover la igualdad; concebir un marco global de políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica (...)

pero ¿Qué debemos entender exactamente por violencia contra la mujer, de género o doméstica? El artículo 3 del Convenio de Estambul dispone lo siguiente:

Por “violencia contra las mujeres” se debe entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada; por “violencia doméstica” se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima; por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres; por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

El Convenio de Estambul proporciona una definición para tres conceptos fundamentales: violencia de género, que se refiere a los actos dirigidos hacia una persona basada en su género. Esta forma de violencia tiene sus raíces en la desigualdad de género, el abuso de poder y otros factores. Aunque se enfatiza la violencia dirigida a las mujeres, es importante destacar que la violencia de género es un concepto más amplio que incluye también la violencia dirigida hacia los colectivos LGBTIQA+⁴⁷. El enfoque en las mujeres se debe principalmente a la frecuencia con la que se registran casos de violencia hacia ellas. Por otro lado, el término violencia doméstica es neutral, ya que abarca tanto la violencia del esposo hacia la esposa como viceversa. En términos generales, se refiere a las relaciones tóxicas que se desarrollan dentro de la pareja y en el entorno doméstico. Por último, la violencia contra la mujer abarca tanto la violencia de género como la violencia doméstica y se entiende como cualquier acto que viole los derechos humanos y sea discriminatorio.

⁴⁷ PRETELLI, I., “Una reinterpretación del Convenio de La Haya sobre la sustracción de menores para proteger a los niños de la exposición al sexismo, la misoginia y la violencia contra las mujeres” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 1310-1337, p. 1312.

Uno de los elementos destacables del Convenio de Estambul es la utilización de un enfoque amplio de la violencia contra la mujer. Esto se debe a que en los diversos Estados participantes se ha identificado la falta de un marco conceptual unificado que permita establecer un sistema de respuesta más efectivo para proteger a las víctimas. Cada legislación nacional presenta una variedad de conceptos que también determinan los niveles de protección disponibles. Aunque existe un riesgo al equiparar los términos "violencia de género" y "violencia doméstica", desde la perspectiva de las situaciones privadas internacionales, se considera recomendable utilizarlos indistintamente. Lo relevante en este caso es determinar si la violencia de género o doméstica afecta a los hijos e hijas que son objeto de sustracción internacional, y si el Convenio de Estambul podría contribuir a armonizar los niveles de protección.⁴⁸

Otro de los aspectos destacados del Convenio de Estambul es que impone a los Estados que lo han ratificado la responsabilidad de proteger y defender a los hijos e hijas de las víctimas de violencia de género mediante la implementación de medidas civiles. El artículo 31, en su primer apartado y segundo apartado, insta a los gobiernos a legislar para que:

1. Las Partes tomen las medidas legislativas u otras necesarias para que, al estipular los derechos de custodia y visita relativa a los hijos, tengan en cuenta los incidentes de violencia comprendidos en el ámbito de aplicación de este Convenio. 2. Las Partes tomen las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños".

De este artículo se pueden extraer dos conclusiones importantes. En primer lugar, la autoridad del país de origen, es decir, aquel en el que el menor reside habitualmente y que es parte de este Convenio, estará vinculado a este precepto cuando se decida sobre los derechos de custodia y visita dentro del marco de la Responsabilidad parental en casos de violencia de género. En segundo lugar, la autoridad requerida, es decir, el Estado donde el menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente y que también es parte en este Convenio, deberá decidir sobre el retorno seguro del menor o la menor víctimas de violencia de género. En estos procedimientos, la autoridad requerida debe garantizar la seguridad del menor en caso de que se tome la decisión de retorno⁴⁹.

Sin embargo, ninguna de sus disposiciones está directamente relacionada con los instrumentos internacionales sobre responsabilidad parental y sustracción internacional de menores⁵⁰. Es decir, el Convenio de Estambul no da un paso determinante para que

⁴⁸ RUÍZ SUTIL, C., "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 615-641, p. 621.

⁴⁹ RUIZ SUTIL, C., "El enfoque de género en la sustracción internacional de menores", GIL RUIZ, J.M., *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordinatorio*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 247-278, p. 257.

⁵⁰ RUÍZ SUTIL, C., "Implementación del Convenio de Estambul ...*op. cit.*", p. 617.

alguna de sus disposiciones ayude a implementar las situaciones de violencia de género en dichos instrumentos⁵¹.

En consecuencia, con la entrada en vigor de este Convenio, se reconoce la inclusión de la protección de los hijos e hijas dentro del concepto de violencia contra la mujer. Además, se toma en cuenta que los niños y niñas pueden ser víctimas de la violencia de género, incluso como testigos de violencia dentro del ámbito familiar.

Por otro lado, en el contexto de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), se han desarrollado diversos instrumentos jurídicos que destacan las siguientes ideas fundamentales: presenciar la violencia ejercida contra la madre es una forma de abuso psicológico hacia los menores, lo que subraya la importancia de fortalecer acciones específicas desde diferentes ámbitos para abordar esta problemática de manera efectiva. En la Recomendación general 35 adoptada por el Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) que se emitió el 15 de julio de 2017 sobre la violencia de género contra las mujeres, recoge en el punto 31, que para determinar los derechos de custodia en casos en los que subyace violencia de género, se debe tener en cuenta los derechos humanos de las mujeres y los niños y regirse por el principio del interés superior del menor⁵².

La violencia contra la mujer es estructural y afecta mundialmente, no solo a las mujeres, sino que también es soportada directa o indirectamente por sus hijos e hijas. Las recomendaciones y decisiones del CEDAW plasman las diferentes ramificaciones de la violencia de género y la repercusión que tiene en los niños y niñas. La CDN ha expresado su preocupación por el alcance e impacto que esta violencia tiene sobre los niños, ya que esta puede ser un tipo de violencia mental⁵³ y puede repercutir en su desarrollo integral, esto es lo que dispone el artículo 19 de la CDN. A pesar de esta preocupación, hasta el momento, la ONU, no ha conseguido establecer de manera explícita que la violencia de género afecta al interés superior de los menores, a pesar de que, en casos de traslado ilícito, este haya sido consecuencia de esa violencia estructural⁵⁴.

Los menores se consideran víctimas directas de la violencia de género y no necesariamente deben sufrir la violencia directamente, así lo deja claro el considerando X de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración por la Unión Europea del Convenio de Estambul⁵⁵ *“los y las menores no tienen que verse expuestos directamente a la violencia para ser considerados víctimas, ya que la violencia doméstica también genera consecuencias traumáticas en quien la presencia”*.

En este punto, es necesario reflexionar sobre la necesidad de interconectar las medidas establecidas por el Convenio de Estambul y las soluciones adoptadas en la normativa

⁵¹ RUIZ SUTIL, C., “El enfoque de género en la sustracción...*op. cit.*, p. 250.

⁵² RUIZ SUTIL, C., “El enfoque de género en la sustracción...*op. cit.*, p. 250.

⁵³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “*Convenio sobre los derechos del niño*”, Observación general núm. 13, 2011.

⁵⁴ RUIZ SUTIL, C., “Implementación del Convenio de Estambul...*op. cit.* p. 619.

⁵⁵ Véase “P8_TA(2017) 0329”, en <http://www.europarl.europa.eu/>.

internacional de sustracción, con el fin de proporcionar respuestas más satisfactorias y garantizar la protección de los menores en situaciones de violencia de género. Es fundamental tener en cuenta que el principio rector de estos textos es el interés superior del menor. Por lo tanto, la consecuencia de no integrar adecuadamente todos los mecanismos podría desembocar en un escenario injusto, donde no se considere el contexto ni la realidad que comporta la violencia de género y/doméstica y el impacto que puede tener en los menores.

Los instrumentos normativos más importantes que tenemos a disposición para ofrecer protección a los menores, en caso de ser víctimas de sustracción internacional, son, por un lado, el CH80, que constituye la piedra angular en el procedimiento de retorno. En el marco de la UE, la aplicación de este Convenio se complementa con otro texto jurídico internacional, el RIIter que se aplica en casos de sustracciones llevadas a cabo dentro de los Estados miembros de la UE. En estos textos, la situación de violencia de género como desencadenante de una sustracción ilícita, se aborda a través de la excepción de no retorno establecida en el artículo 13.1.b) del CH80.

A) Excepción del 13.1.b) al retorno del menor y la Guía de Buenas Prácticas en relación a la aplicación de este precepto

El CH80 no ofrece una respuesta expresa en cuanto a la sustracción internacional de menores derivada de situaciones de violencia doméstica y/o de género⁵⁶. La única referencia que encontramos se enmarca dentro del artículo 13.1.b) que establece la posibilidad de que no se retorne al menor si este puede estar expuesto a un peligro grave, ya sea físico o psíquico o si se le pone en una situación intolerable. Este precepto se invoca para sustentar la objeción al retorno del menor por parte de las madres sustractoras que alegan estar sometidas a una situación de violencia. En estos casos, la persona que alega la excepción tiene la carga probatoria y el juez, si se acredita la situación, puede apreciarla o no, es decir en este caso el juez competente para decidir del retorno, dispone de una potestad discrecional⁵⁷.

Por consiguiente, el tema de la violencia de género y/o doméstica ha trascendido al ámbito de aplicación del CH80. La Comisión Especial de La Haya ha venido advirtiendo acerca de la insuficiente consideración, por parte de los órganos judiciales, de los efectos perjudiciales de la violencia de género y/o doméstica en los menores, especialmente cuando los actos de maltrato se dirigen principalmente hacia la madre, y el impacto que ello conlleva en la decisión de retornar al menor al lugar de residencia habitual⁵⁸.

Aunque este organismo internacional no tenga previsto revisar el CH80, sí reconoce las necesidades y las carencias del CH80, es por este motivo que la Comisión especial elaboró la Guía de Buenas Prácticas para la aplicación del artículo 13.1.b). Con el objetivo de:

⁵⁶ Como ya se menciona anteriormente, en el momento en el cual se aprobó el CH80 se estaba pensando en proteger otro tipo de situaciones, ver PÉREZ VERA, E. "Informe explicativo del Convenio...*op. cit.*, pp. 1-44.

⁵⁷ REIG FABADO, I. "El traslado ilícito de menores...*op. cit.*, p. 615.

⁵⁸ RUIZ SUTIL, C., "Implementación del Convenio de Estambul...*op. cit.* p. 626.

Promover, a nivel global, la aplicación apropiada y uniforme de la excepción de grave riesgo en consonancia con las disposiciones y los objetivos del CH80, con este objetivo la guía ofrece información y orientación sobre la interpretación y aplicación de la excepción de grave riesgo”⁵⁹.

Esta Guía cuenta con un apartado el cual denomina ejemplos de alegaciones que se pueden oponer en virtud del artículo 13.1.b) y uno de estos ejemplos es la violencia doméstica contra el niño y/o el padre o madre sustractor. La Guía ilustra el tipo de alegaciones de grave riesgo en base a una violencia doméstica que puede adoptar diferentes formas:

El padre o la madre sustractor puede alegar el grave riesgo de daño directo debido al maltrato físico, al abuso sexual o a otro tipo de maltrato dirigido al niño. O que puede resultar de la exposición del niño a la violencia doméstica infligida por el padre o madre privado del niño al padre o madre sustractor. También puede estar basado en el daño que puede llegar a sufrir el padre o la madre sustractor a manos del padre o madre privados del menor tras la restitución. Incluso cuando dicho daño pueda perjudicar significativamente la capacidad del padre o madre sustractor de cuidar al niño.

En estos casos, el enfoque de los órganos jurisdiccionales competentes para llevar a cabo el procedimiento del retorno del menor ha de ser el de analizar el grave riesgo y cuál es el efecto que la violencia doméstica podría producir en el niño en caso de restitución y si “este efecto alcanza el alto umbral de la excepción de grave riesgo”. Además, deberá tener en cuenta la naturaleza, la frecuencia y la intensidad de la violencia, así como las circunstancias de cada caso y en las que es más probable que se manifieste. En consecuencia, las pruebas de que existe una situación de violencia doméstica por sí solas no son suficientes para demostrar que existe un grave riesgo para el niño o la niña. Además, aunque el padre o la madre sustractores acrediten la violencia doméstica, que podría llegar a suponer una situación de grave riesgo para el menor, en este caso los tribunales tendrán en consideración la disponibilidad e idoneidad de medidas de protección para los menores en el Estado de residencia habitual, como pueden ser protección jurídica, social, etc. Y solo en caso de que estas medidas resultaran, a juicio del tribunal, insuficientes para proteger el menor, se podría denegar la restitución⁶⁰.

Por lo tanto, la guía no supone una presunción automática del riesgo grave del menor, sino que se deberá evaluar cada caso concreto a partir de las pruebas aportadas. Las pruebas específicas de las que podría valerse la autoridad requerida en los procesos de sustracción pueden ser: información de acciones judiciales pendientes contra el padre, informes policiales, informes de refugios para víctimas de violencia doméstica, certificados médicos, órdenes de protección, correos electrónicos, etc.⁶¹

⁵⁹ HCCH, *Guía de buenas prácticas en...op. cit.*, p. 16.

⁶⁰ HCCH, *Guía de buenas prácticas en...op. cit.*, pp. 39-41.

⁶¹ RUIZ SUTIL, C., “El enfoque de género en la sustracción...op. cit.”, p. 266.

Sin embargo, es poco probable que la Guía sea suficiente para garantizar la protección de los menores que sean víctimas de violencia de género y/o doméstica y abordar la difícil decisión de retorno de los menores sustraídos en tales circunstancias. En estos casos, se echa en falta iniciativas encaminadas a reformar el artículo 13.1.b) del CH80, con el objetivo de establecer soluciones más sensibles y adecuadas a los conflictos derivados de la violencia de género, así como reformar el texto para permitir una mejor integración de toda la normativa. Además, es importante tener en cuenta que el CH80 generalmente establece un procedimiento de retorno inmediato, lo que puede resultar problemático en casos de sustracción motivados por violencia doméstica y/o de género, ya que podría no garantizarse la protección del interés superior del menor. En tales situaciones, los riesgos graves a los que el menor podría verse expuesto en caso de retorno podrían no ser debidamente evaluados⁶².

La implementación del artículo 31 del Convenio de Estambul en el marco regulado por el CH80 podría implicar que, como motivo de oposición al retorno inmediato, se pueda invocar la violencia de género y/o doméstica. En caso de que la implementación directa no sea posible, se deberá prestar atención a lo establecido en el artículo 31 para realizar una interpretación amplia del artículo 13 del CH80, abarcando así las situaciones de violencia experimentadas por la madre y su impacto negativo en los menores⁶³.

En la práctica, es habitual observar un abuso en el recurso de excepción del artículo 13.1.b) que en ocasiones puede ser utilizado como una táctica dilatoria del proceso⁶⁴ con la intención de que se produzca la integración del menor en el Estado en el que ha sido retenido o trasladado ilícitamente y de esta manera impedir su retorno. El uso fraudulento de este mecanismo puede tener una consecuencia negativa, ya que provoca que las situaciones en las que se alega violencia queden desprotegidas⁶⁵. Principalmente, se ha detectado un abuso en la aplicación de artículo 13.1.b) por parte de los operadores jurídicos nacionales, como apunta diferente parte de la doctrina⁶⁶, sin embargo, esta afirmación no es unánime, ya que otra parte de la doctrina niega una aplicación excesiva de la excepción⁶⁷.

Si miramos las últimas estadísticas, en su último estudio del año 2015, la excepción del artículo 13.1.b) se aplicó alrededor del 25% de los casos, este porcentaje es muy parecido al resultado de los años 1999 y 2003⁶⁸ así que no parece que haya una tendencia al abuso de este mecanismo de excepción.

⁶² RUIZ SUTIL, C., “El enfoque de género en la sustracción...*op. cit.*, p. 263.

⁶³ RUIZ SUTIL, C., “Implementación del Convenio de Estambul...*op. cit.* p. 622.

⁶⁴ REIG FABADO, I. “El traslado ilícito de menores...*op. cit.*, p. 614.

⁶⁵ RUIZ SUTIL, C., “El enfoque de género en la sustracción...*op. cit.*, p. 264.

⁶⁶ FORCADA MIRANDA, 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 6C/2015 (parte I), *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 3, 2016, p. 32.

⁶⁷ GONZÁLEZ MARIMON, M., *La sustracción internacional...op. cit.*, p. 50.

⁶⁸ LOWE, N. AND STEPHENS, V., “A statistical analysis...*op. cit.*, p. 16.

B) Excepción del artículo 13.1.b) en el RIIter y el tratamiento de la sustracción internacional en casos de violencia de género y/o doméstica

En el ámbito europeo, el RIIter, tampoco proporciona una respuesta explícita a la sustracción de menores que surge como consecuencia de una situación de violencia de género y/o doméstica. No obstante, este nuevo Reglamento, que reemplaza al anterior RIIbis, incorpora un capítulo completo dedicado exclusivamente a la sustracción internacional de menores (Capítulo III, artículos del 22 al 29), a diferencia del anterior que solo regulaba dicha cuestión en el artículo 11. Es fundamental prestar atención a las modificaciones introducidas por este Reglamento en el procedimiento de retorno del menor y analizar si estas pueden contribuir a garantizar un retorno seguro del menor en el contexto de la violencia de género.

Antes de entrar a analizar como recoge la excepción del artículo 13.1.b) el RIIter es importante destacar que en los diferentes debates que hubo sobre el texto de la Propuesta de la Comisión se planteó la posibilidad de implementar la dispuesto en el Convenio de Estambul en la reforma del RIIbis. En este caso hubo una opinión de la ponente Soledad Cabezón Ruiz emitida en la comisión de peticiones para la comisión de Asuntos Jurídicos, de 15 de mayo de 2017, 2016/0190 (CNS) con el objetivo de implementar lo contenido en el Convenio de Estambul en el nuevo texto del RIIbis⁶⁹. La enmienda 11 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores disponía⁷⁰:

En caso de urgencia, por ejemplo, en los casos de violencia doméstica o de género, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que las autoridades de un Estado miembro que no sean competentes para conocer del fondo del asunto adopten medidas provisionales, incluidas las protectoras por lo que se refiere a la persona o a los bienes de un niño que se encuentren en ese Estado miembro (...).

No obstante, esta enmienda no se ha visto incorporada en el texto final del RIIter.

Lo primero que se observa en el RIIter es que se mantiene una respuesta similar a la del anterior RIIbis, ya que persiste la orientación general de un retorno inmediato del menor. Asimismo, se refuerza la cooperación entre las autoridades, particularmente en lo que respecta a la adopción de medidas cautelares o provisionales, tal como se establece en el artículo 27.5. Este artículo dispone que el órgano que ordena la restitución podrá dictar medidas provisionales, incluyendo medidas cautelares, con el objetivo de proteger al menor de los riesgos mencionados en el artículo 13.1.b), siempre y cuando ello no demore el proceso de restitución y se haya verificado que el Estado de residencia habitual del menor no ha tomado medidas igualmente efectivas. Parece que esta modificación tiene como objetivo abordar situaciones en las cuales se alegue violencia de género y/o

⁶⁹ RUIZ SUTIL, C., “Implementación del Convenio de Estambul...*op. cit.* p. 622.

⁷⁰ Véase P8_TA-PROV(2018)0017, en www.europarl.europa.eu.

doméstica. Además, de acuerdo con el considerando 30, estas medidas podrían ser reconocidas y ejecutadas en otros Estados miembros de la UE, tal como se indica en el artículo 15. Por otro lado, el considerando 46 del RIIter resalta que la finalidad de estas medidas es “*proteger al menor del grave riesgo para asegurar un retorno seguro estas deben ser reconocidas en los demás Estados miembro.*”

Adicionalmente, con la adopción de medidas provisionales, hay una preocupación que aún no ha sido resuelta por el legislador europeo que es la referente a la protección del progenitor sustractor en supuestos en los que se alega violencia de género y/o doméstica. Una posible solución podría ser la extensión de las medidas de protección a la madre sustractora, por ejemplo, adoptando un alojamiento seguro para ambos. Pero actualmente sigue siendo complicado incluir a la madre en las medidas de protección⁷¹. Otra medida destinada a mejorar los procedimientos de retorno y que estos sean seguros, es la del refuerzo del derecho fundamental del menor a expresar su opinión en caso de una sustracción en su nuevo artículo 26. Este derecho implica escuchar sus deseos, sentimientos y opiniones para que sean valorados en el contexto de una decisión de retorno al país de origen⁷².

Se observa que las modificaciones introducidas podrían mejorar la respuesta a esta problemática, pero lo cierto es que el legislador europeo guarda silencio y no aborda el asunto de manera directa. No obstante, en caso de que el legislador de la UE decida abordar el problema de la violencia de género en la regulación de la sustracción internacional de menores, en línea con lo requerido por el Convenio de Estambul, una posible modificación podría permitir a las autoridades del país de residencia habitual del menor declinar su competencia a favor de las autoridades del Estado donde se encuentra retenido ilícitamente, considerando la vulnerabilidad de las víctimas al enfrentar un retorno al país donde supuestamente se encuentra el agresor⁷³. Es importante destacar que esta solución sería una excepción a las reglas establecidas en el CH80 y en el actual RIIter, donde únicamente la autoridad del país de residencia habitual tiene competencia respecto a la responsabilidad parental. En este sentido, resulta interesante el enfoque del juez canadiense Chamberland⁷⁴, quien propone posponer la restitución hasta que las autoridades del país de residencia habitual se pronuncian sobre la custodia, siempre y cuando se pueda demostrar que la huida al extranjero fue motivada por la violencia de género.

3. Resoluciones judiciales significativas en la aplicación del artículo 13.1.b) en un contexto de violencia de género y/o doméstica

La interpretación de la excepción al retorno del menor por grave riesgo, establecida en el artículo 13.1.b) del CH80, en el marco de los procedimientos de retorno intracomunitario en la jurisprudencia española, se caracteriza por su marcado carácter restrictivo, especialmente en los casos relacionados con violencia de género y/o doméstica. Esta

⁷¹ GONZÁLEZ MARIMON, M., *La sustracción internacional...op. cit.*, p. 233.

⁷² HCCH, *Guía de buenas prácticas en...op. cit.*, pp. 31-34.

⁷³ RUIZ SUTIL, C., “Implementación del Convenio de Estambul...op. cit. p. 632.

⁷⁴ CHAMBERLAND, J. “Violencia doméstica y sustracción internacional de niños: Algunas pautas de reflexión”, *Boletín de los Jueces*, vol. X, 2005, pp. 42-47

restricción se debe, en parte, a la aplicación no solo del CH80, sino también del anterior RBIIbis, que impone limitaciones adicionales en la aplicación de la mencionada excepción establecida en el artículo 13.1.b). Uno de los puntos más controvertidos es la apreciación subjetiva del grave riesgo por parte de los operadores jurídicos y la vinculación con adoptar medidas adecuadas para garantizar un retorno seguro⁷⁵.

Al examinar algunas sentencias españolas, se observa que la principal preocupación de las autoridades al decidir sobre la no devolución de un menor expuesto a una situación de violencia de género y/o doméstica es evaluar la existencia de un grave riesgo en caso de que se lleve a cabo el retorno. En este sentido, surge la pregunta de cómo los tribunales valoran dicho riesgo. Hasta ahora, el calificativo "grave" ha llevado a los tribunales a mostrarse reticentes a considerar la violencia psicológica como suficiente para justificar la no restitución del menor. Además, la violencia física ejercida sobre la madre por sí sola no resultaría suficiente, ya que solo la violencia directa contra el menor podría llevar a la prosperidad de una decisión de no retorno.

En el ámbito del Derecho interno español, la condición de víctima de violencia de género se establece a través de diferentes vías probatorias. Estas pueden incluir una orden de protección emitida por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer o de Primera Instancia, un informe del Ministerio Fiscal, una sentencia condenatoria o una resolución judicial que indique claramente que la mujer ha sido víctima de violencia, entre otros medios. En caso de que la persona que alega violencia de género no pueda proporcionar ninguna de estas pruebas ante la autoridad española competente encargada de decidir sobre el retorno, se podrá utilizar cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho⁷⁶.

Pero el aspecto más relevante en la prueba de la violencia de género y/o doméstica es la consideración del menor como víctima directa de los malos tratos ocasionados a su progenitora, por ejemplo, en el Auto de la AP de Barcelona de 23 de abril de 2012 se reconoce que para proceder a la no restitución no basta con una mera referencia a una situación de riesgo, sino que este extremo ha de ser probado.

Por ejemplo, en la SAP de Málaga, de 30 de abril de 2015 señala en su FJ número 2 que:

Incluso sin desconocer que en el matrimonio constituido entre la demandada y su esposo han existido algunos episodios de violencia doméstica, no estima que los mismos sean de la entidad suficiente para impedir el retorno, al no constar que los episodios afecten directamente a los menores.

En la misma línea, se encuentran otras sentencias que respaldan esta postura⁷⁷, entre otras la SAP de Las Palmas de 25 de julio de 2016 donde se afirma “no se admite, a priori, que los malos tratos sufridos por la madre sean un riesgo psíquico para el hijo o la hija, aunque estos actos se hayan llevado a cabo delante de los menores”.

⁷⁵ RUIZ SUTIL, C., “El enfoque de género en la sustracción...*op. cit.*, p. 270.

⁷⁶ RUIZ SUTIL, C., “El enfoque de género en la sustracción...*op. cit.*, p. 271.

⁷⁷ SAP de Baleares de 9 de mayo de 2016; SAP de Las Palmas de 9 de febrero de 2017; Sentencia núm. 754/16, del Juzgado núm. 3 de Primera Instancia de Granada, de 14 de diciembre de 2016.

Veamos cómo se aborda la excepción del artículo 13.1.b) en el ámbito de la UE, en concreto analizamos el caso *Neulinger y Shuruk vs. Suiza*⁷⁸. Esta sentencia del año 2010, de la Gran Sala tuvo un gran impacto, ya que planteó por primera vez la posibilidad de que una orden de retorno de un menor, en aplicación del CH80, pudiera violar los derechos fundamentales protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, la sentencia constató dos aspectos importantes. En primer lugar, corroboró las dificultades que surgen en la aplicación del CH80 en casos de violencia doméstica o de género. Por otro lado, afirmó que el interés del menor debe ser evaluado en función de las circunstancias particulares y debe prevalecer sobre consideraciones generales, con el objetivo de desincentivar las sustracciones de menores⁷⁹.

Uno de los casos que cita la propia Guía sobre la aplicación del artículo 13.1.b) y que se transcribe de manera sintética, ejemplifica claramente las consecuencias de no evaluar adecuadamente el riesgo para el menor. El trágico caso de Cassandra Hasanovich, expuesto en el asunto *Department of Community Services vs/Hadzic*⁸⁰, ilustra la problemática en un caso de restitución que puso en peligro la vida de una madre que ejercía la custodia principal de sus hijos. A pesar de la excepción presentada debido a la grave violencia ejercida por el padre hacia la madre, el Tribunal de Familia de Australia (Family Court of Australia) ordenó la restitución de los niños a Inglaterra. La madre había huido a Australia con sus dos hijos menores después de años de maltrato doméstico, incumplimientos repetidos de una orden de alejamiento (non-molestation order) y una agresión sexual por parte del padre después de la disolución del matrimonio. Aunque la madre alegó numerosos episodios de agresión física y amenazas de muerte para justificar la excepción contemplada en el artículo 13.1.b), el tribunal consideró que una vez de regreso en Inglaterra, la madre podría tomar medidas de protección y recurrir a los tribunales y autoridades para obtener asistencia y protección. Se impusieron compromisos y condiciones, incluyendo una prohibición al padre de acercarse o contactar con la madre. Sin embargo, después de que los niños y la madre regresaran, el padre violó estos compromisos y la orden de alejamiento, lo que llevó a la intervención de la policía y la instalación de una alarma de pánico en el hogar de la madre. En julio de 2008, el padre fue condenado por agresión sexual y estaba en riesgo de ser deportado. El 29 de julio de 2008, la madre solicitó acompañamiento policial para ir a un refugio de mujeres, pero su solicitud fue denegada. De camino al refugio, el padre la atacó frente a sus dos hijos, provocándole la muerte por diferentes heridas de arma blanca⁸¹. Este caso, el más duro ante el cual nos podemos encontrar, no es aislado, aunque sin duda es el que peor desenlace tiene.

⁷⁸ Véase TEDH, *Neulinger y Shuruk c. Suiza (Solicitud n.º 41615/07)*, <https://www.incadat.com/en/case/1001>. Se trata de un caso en el que un menor de corta edad, N., con doble nacionalidad, suiza e israelí, es trasladado por la madre desde Israel a Suiza. El padre, de nacionalidad israelí había perdido, por decisión de las autoridades israelíes, la guarda del menor, atribuida a la madre (aunque conservaba la custodia compartida) y tenía órdenes de alejamiento tanto del menor como de su madre por causa de violencia de género y amenazas de muerte.

⁷⁹ SANTOS I ARNAU, L. “Informe sobre el impacto...*op. cit.*”, p.33.

⁸⁰ Decisión *Department of Community Services v. Hadzic* [2007] FamCA 1703

⁸¹ SANTOS I ARNAU, L. “Informe sobre el impacto...*op. cit.*”, p. 34; HCCH, *Guía de buenas prácticas en...op. cit.*, p. 122.

El CH80 juntamente con el RIIter establecen un procedimiento de retorno del menor, pero desconocemos los efectos que este retorno pueda tener sobre el bienestar del menor y de las madres involucradas. Lo que sí sabemos es que, incluso en los países más avanzados en la conciencia y en la lucha contra la violencia de género y/o doméstica, ninguno puede garantizar una protección total⁸². Además, para que el riesgo pueda ser tomado en cuenta, debe ser grave, y no solamente al tenor del propio artículo 13.1.b) sino también al de una amplísima jurisprudencia que lo interpreta de manera muy restrictiva, ya que incluso aunque se pruebe el riesgo, la Guía de Buenas Prácticas en su párrafo 65 especifica que la autoridad judicial tiene la facultad discrecional de ordenar o denegar la restitución del menor. En este sentido, el RIIter es aún más restrictivo ya que contempla el mecanismo de prevalencia o última palabra.

La doctrina destaca la necesidad de revisar la interpretación de lo que constituye un daño físico o psicológico grave, o un riesgo de una situación intolerable para el menor, según el artículo 13.1.b) del CH80. También es necesario considerar todas las circunstancias particulares de cada caso para comprender mejor el interés superior del menor.

V. CONCLUSIONES

En conclusión, los debates en los ámbitos social y jurídico acerca de la sustracción internacional de menores derivada de violencia de género y/o doméstica nos invitan a reflexionar críticamente sobre las razones y las posibles reticencias para reconocer estos casos como tales, así como las respuestas ofrecidas por los instrumentos legales existentes. Es esencial tener en cuenta que, desde la entrada en vigor del Convenio de Estambul, se reconoce a los hijos e hijas como víctimas de la violencia de género, incluso cuando son meros testigos de dicha violencia. No obstante, surge la pregunta de si los recursos, la normativa, las pautas interpretativas y las modificaciones incluidas en el Reglamento Bruselas II ter cumplen con el objetivo de brindar una mejor respuesta a estas situaciones.

La aplicación del CH80 presenta dificultades significativas cuando se trata de casos de sustracción internacional de menores en el contexto de violencia de género y/o doméstica, ya que no permite evaluar de manera adecuada la protección del o la menor y tampoco la de la madre. La Conferencia de La Haya reconoce esta problemática y, aunque no prevé modificar el CH80, ha aprobado la Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13.1.b) con el objetivo de abordar las deficiencias del Convenio y promover una aplicación más uniforme de dicho artículo. Sin embargo, es posible que esta medida no sea suficiente y se requiera abordar o revisar la valoración judicial de los conceptos de riesgo grave, daño físico o psicológico, y situación intolerable para el menor, así como para la madre que lo acompaña, a fin de garantizar el cumplimiento efectivo del principio del interés superior del menor.

La entrada en vigor del Reglamento Bruselas II ter en agosto de 2022 ha representado una importante reforma en el ámbito de la sustracción internacional de menores. Aunque mantiene una respuesta similar al Reglamento Bruselas II bis con un enfoque en el retorno

⁸² SANTOS I ARNAU, L. “Informe sobre el impacto...*op. cit.*, p. 29

inmediato, aún no aborda adecuadamente las situaciones de violencia de género y/o doméstica. Existen argumentos sólidos en favor de incluir una referencia expresa a este tipo de violencia, para tratar el problema de manera más precisa y efectiva. Aunque el RIIter refuerza la cooperación internacional entre las autoridades y toma en consideración la opinión del menor, es probable que estas medidas no sean totalmente adecuadas para hacer frente a las situaciones relacionadas con la violencia, sobre todo teniendo en cuenta el mecanismo de prevalencia o última palabra. Resulta relevante mencionar que, pese a la propuesta de enmienda para incorporar explícitamente la violencia de género en el RIIter, esta no fue finalmente incluida, posiblemente debido a consideraciones políticas que no se alinean plenamente con el objetivo primordial del Reglamento, que es proteger el interés superior del menor.

Además, el RIIter tampoco integra lo dispuesto por el Convenio de Estambul y las soluciones contenidas en materia de sustracción internacional de menores. Esto podría provocar que haya una tensión entre la protección del interés superior del menor expuesto a violencia de género y el refuerzo de la confianza mutua en el espacio judicial europeo.

Los principios de la Unión Europea, como la libre circulación de ciudadanos y la creación de un ámbito judicial integrado, requieren cooperación y reconocimiento mutuo entre los diferentes Estados miembros, especialmente en materias sensibles. Aunque los Estados pueden abordar las cuestiones de manera diferente, la homogeneización de la normativa europea y el fortalecimiento de las instituciones son clave para lograr una respuesta más uniforme. En particular, la violencia de género es un problema que requiere mecanismos de protección efectivos para las mujeres, así como una cooperación y comunicación reales entre los tribunales.

En resumen, si bien el sistema de retorno inmediato del menor es una medida apropiada, en principio, es fundamental reconocer sus limitaciones en cuanto a garantizar un retorno seguro tanto para el menor como para la madre, especialmente en casos de violencia de género. Es importante considerar que la madre, incluso si es la sustractora, puede haber escapado de una situación de riesgo para su vida o integridad física. Los tribunales competentes, en colaboración con los tribunales requeridos, deben asegurar un retorno seguro, evitando la repetición de situaciones como la expuesta en el caso *Department of Community Services vs/Hadzic*. Asimismo, es necesario implementar medidas preventivas y abordar de manera integral la violencia de género, reconociendo a los menores como víctimas de la violencia que afecta a sus madres, tal como se establece en la Carta Europea de Derechos. Esta perspectiva amplia y sensible es crucial para proteger eficazmente el interés superior del menor en situaciones de sustracción internacional.

Es imprescindible la integración del Convenio de Estambul en los textos legislativos europeos con el fin de establecer un marco jurídico coherente y congruente. Esto permitiría romper con la automatización del retorno inmediato y proporcionar garantías más precisas para los menores sustraídos debido a situaciones de violencia de género y/o doméstica. Sin embargo, también es necesario promover la cooperación entre las autoridades y establecer una comunicación eficaz que facilite la resolución adecuada de estos casos. Además, se requieren mayores recursos para que los órganos judiciales puedan especializarse en este tipo de situaciones, lo cual mejoraría la respuesta frente a las alegaciones de violencia contra las mujeres y, sobre todo, la protección de los menores.

