

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2019/2020

Convocatoria: junio

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

International Minor Substraction

Realizado por el alumno/a D^a Gema Cabrera Reglero

Tutorizado por el Profesor/a D^a Annick Claudia Bourgeois

Departamento: Departamento de Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho Internacional Privado

ABSTRACT

In the present project, we will talk about the issue of international child-abduction, as known as "legal kidnapping"; a currently and controversial sensitive issue that has become more pronounced over time. Also, we will analyze the concept of the superior interest of the minor, which acts as a guiding principle for the provisions adopted in the regime for the protection of them, because of in these cases it is what really must to be taken into account after the breakup of a relationship between the parents.

The States are working to improve the international instruments able to solve the illicit transfers that occur, also regulating that in some cases the return of the minor never happen, but there are many legal loopholes and interpretative discrepancies. There are some legal texts that are more relevant, but at a global level, the most important one is the Haya Convention of October 25th, 1980. Similarly, in Spain it is reflected the uniformity lack of judicial decisions, but there are some advances by our Courts.

Key Words: International subtraction, interest of the minor, lawful and illicit, member State.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

En el presente trabajo se abordará el tema de la sustracción internacional de menores o legal kidnapping, asunto actualmente muy controvertido y delicado que se ha acentuado con el tiempo. Además se analiza el concepto de interés superior del menor, que actúa como principio orientador de las disposiciones adoptadas en el régimen de protección de menores, pues en estos casos es lo que hay que tener en cuenta tras la disolución de una relación entre dos progenitores.

Los Estados trabajan en la mejora de los instrumentos internacionales disponibles capaces de resolver los traslados ilícitos que se producen, así pues también regulan que en ciertos supuestos no se lleve a cabo la restitución del menor, pero son muchas las lagunas y discrepancias interpretativas. Algunos textos legales gozan de mayor relevancia, pero a nivel global, destaca como disposición estrella el Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980. De igual modo, en España se plasma la falta de uniformidad de las decisiones judiciales, pero son visibles avances interpretativos por parte de los Tribunales.

Palabras clave: Sustracción internacional, interés del menor, lícito e ilícito, Estado parte.

Índice

I.	Introducción.....	pág. 4
II.	Sustracción Internacional de Menores.....	pág.6
1.	Concepto.....	pág.6
2.	Elementos y características.....	pág.8
3.	Concepto de interés superior del menor.....	pág.8
III.	Pluralidad de Instrumentos normativos.....	pág.11
4.	Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980.....	pág.12
4.1.	Aspectos generales.....	pág.12
4.2.	Funcionamiento.....	pág.12
4.3.	Ocaso aplicativo del Convenio.....	pág.13
5.	Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980.....	pág.13
5.1.	Aspectos generales.....	pág.13
5.2.	Objetivos del Convenio.....	pág.14
6.	Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 de 27 de noviembre.....	pág.15
6.1.	Aspectos generales.....	pág.15
6.2.	Mecanismos de lucha contra el Legal Kidnapping.....	pág.16
7.	Legislación española.....	pág.16
8.	Relación entre los distintos instrumentos legales internacionales.....	pág.18
IV.	La práctica española.....	pág.18
9.	Aspectos generales.....	pág.18
10.	Inicio del procedimiento y restitución del menor.....	pág.19
11.	Ámbito de aplicación.....	pág.21

V.	Excepciones legales al retorno del menor.....	pág.21
12.	Regla general: Restitución del menor.....	pág.21
13.	Regla excepcional: No restitución del menor.....	pág.22
13.1.	Causas de denegación.....	pág. 25
13.1.1.	Custodia no ejercida de hecho, traslado consentido del menor.....	pág.25
13.1.2.	Oposición del menor a su restitución.....	pág.26
13.1.3.	Vulneración principios fundamentales Estado requerido.....	pág.26
13.1.4.	Grave riesgo para el menor.....	pág.27
14.	Análisis jurisprudencial.....	pág.29
VI.	Incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores.....	pág.33
15.	Cuestiones generales.....	pág.33
16.	Derecho de los hijos de vivir con los padres.....	pág.35
17.	Diferenciación del riesgo en la víctima ante la violencia de género.....	pág.35
18.	El problema de la prueba.....	pág.38
VII.	Conclusiones.....	pág.40
VIII.	Bibliografía.....	pág.41
19.	Medios electrónicos.....	pág.41
20.	Medios analógicos.....	pág.42

Introducción

En las últimas décadas los matrimonios y las parejas de hecho entre personas de distintos países y continentes están en incesante crecimiento. Esta realidad genera problemas e inconvenientes, a los que se le añade el incremento de los divorcios y separaciones de hecho y legales entre los cónyuges y rupturas de las parejas.

Estos dos fenómenos pueden afectar de gravedad a los menores, que pueden ver cómo uno de sus progenitores se vuelve a su país de origen. Sin embargo, en muchas ocasiones uno de los progenitores sustrae a su hijo menor de edad y se lo lleva consigo a su país, produciéndose la sustracción internacional de menores. El menor tiene que adaptarse a este nuevo entorno hasta que se proceda a su restitución al país donde tenía su residencia habitual antes de la sustracción (teniendo en cuenta que muchas veces el menor ni siquiera se acuerda de la vida en ese país, así como de su cultura y lengua). En España, solamente en el primer semestre (enero-junio) del año 2019 se celebraron 71.980 matrimonios entre españoles y extranjeros de acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE)¹.

Es verdad que el objetivo de las normas convencionales y europeas en la materia, singularmente del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores (en adelante, Convenio de La Haya) y del Reglamento 2201/2003 (en adelante, Reglamento Bruselas II Bis) es la inmediata restitución del menor al país donde tenía su residencia habitual en el momento de la sustracción, y siempre que haya habido una violación de un derecho de custodia. Esto es así porque se considera que es del interés del menor volver con el progenitor que ejercía el derecho de custodia.

En los casos de sustracción y posterior restitución internacional de menores parece que lo beneficioso para el interés del menor (calificado como superior por textos internacionales como el Convenio de La Haya o la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño) es que se proceda a la restitución en casos de sustracción.

¹ Instituto Nacional de Estadísticas (INE). INEbase. “*Estadísticas de matrimonios. Movimiento natural de la población. Primer semestre de 2019*”. (Disponible en; https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176999&idp=1254735573002&menu=ultiDatos)

Sin embargo, no siempre esta restitución es beneficiosa para el menor pues puede generarle daños físicos o psicológicos y graves situaciones de inseguridad e infelicidad.

En este contexto y a fin de lograr un adecuado estudio de la materia concernida, en un primer momento se procede en este trabajo a definir el concepto de sustracción internacional de menores. A continuación y en la misma línea, se procede a definir y comentar el concepto de interés superior del menor, haciendo referencia a la reciente jurisprudencia para conocer lo establecido por los Tribunales respecto al mismo, así como del análisis de la posible incidencia de la violencia de género en la sustracción del menor que conlleva junto con otros supuestos a que no se produzca la restitución del menor.

Con el presente trabajo se pretende conocer la realidad ante la que nos encontramos, incidiendo en las soluciones legislativas y jurisprudenciales, tanto a nivel nacional como internacional y conocer también la protección otorgada a estas personas por su especial situación de vulnerabilidad. También se pretende exponer la legislación y las recientes modificaciones legislativas llevadas a cabo en este ámbito. Así mismo se busca, el adquirir la capacidad para orientar sobre las actuaciones que han de ser llevadas a cabo ante una situación de sustracción internacional de menores.

Sustracción Internacional de menores

1. Concepto

La “sustracción o secuestro internacional de menores”, es el fenómeno que tiene lugar cuando un sujeto (padre o madre), traslada a un menor (hijo de ambos) de un país a otro con infracción de las disposiciones legales. Dicha situación puede generarse debido a diversas causas, entre las que se encuentran; ²

- a) Matrimonios de distinta nacionalidad y cultura, considerados de alto riesgo, pues es frecuente que ante la disolución de dicho matrimonio, el extranjero retorne a su país y con ello, desee llevarse al hijo.
- b) Nacionalismo judicial, ya que los Tribunales suelen atribuir la custodia al progenitor que ostenta la nacionalidad de dicho Estado.
- c) El “derecho de visita”, pues suele utilizarse con frecuencia el periodo de visita para que uno de los progenitores se lleve al menor a otro país, generalmente, el suyo.
- d) Violencia de género y abusos por parte del progenitor paterno lo que conlleva a que en la actualidad, más del 70% son madres secuestradoras del hijo del que tienen la custodia ya que huyen de la violencia y abusos del padre maltratador que ostenta el derecho de visita. *(Según estudio de Reig Fabado1 en 2015 el 73% de los progenitores sustractores eran madres que, en el 93% de los casos tenían reconocida la custodia de los menores, considerándose que una parte de ese 73% de mujeres eran víctimas de Violencia de Género, siendo en esos casos el traslado del menor una vía de alejamiento del agresor)*³

Ante ello, varios son los datos relativos al legal kidnapping que deben destacarse; ⁴

² ETXABURU, B [en línea]. Legal Kidnapping-Sustracción Internacional de menores [Consulta: 30-04-2020]. Disponible en: <http://bittor-etxaburu.blogspot.com/2015/10/legal-kidnapping-sustraccion.html>

³ Isabel Reig Fabado. El traslado ilícito de menores en la Unión Europea - Revistas UC3M. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4142>

⁴ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. 18ª ed. Granada: Comares, 2018. (Pág. 489)

1º. El “caso tipo tradicional”, de legal kidnapping, se da cuando al progenitor que tras un divorcio se le atribuye el “derecho de visita”, aprovecha un periodo de tal derecho para sustraer consigo al menor y lo traslada a otro país, ante cuyas autoridades intenta obtener el derecho de custodia para “legalizar” de alguna forma dicho secuestro, razón por la cual este fenómeno se denomina “legal kidnapping” o secuestro “legal” de menores.

2º. El “caso tipo actual”, de *Legal Kidnapping*, se da en madres cuya custodia ostentan que ante episodios de violencia o abusos del padre maltratador, huyen y secuestran al menor del país donde éste tiene su residencia habitual. En la actualidad se habla de que más del 70% de los secuestradores son mujeres madre del hijo que secuestran y cuya custodia ostentan.

3º. Existen infinidad de casos de legal kidnapping, pues se produce también cuando ambos progenitores ostentan la custodia del menor, y uno de ellos decide trasladar al hijo común a otro país, impidiendo así que el otro progenitor ejerza su derecho de custodia.

4º. En resumen cabe señalar que el secuestro internacional de menores es un problema social de gran magnitud que por desgracia es cada vez más frecuente en todo el mundo. Dicho fenómeno tiene como única víctima al menor, el cual es extraído de su entorno familiar, social y escolar y se le impone un nuevo destino geográfico junto con un titular de su responsabilidad parental, que suele ser su padre o su madre. Estos casos han alcanzado relevancia periodística por su politización, algunos ejemplos de ellos;

- a) Caso de María José Carrascosa; ciudadana española que en 2005 trasladó a su hija desde los EE. UU. a España y que, tras regresar a los EE. UU., fue encarcelada en dicho país por varios delitos, entre otros, el de secuestro de su hija.
- b) Caso Juana Rivas; ciudadana española residente en Italia junto con su marido y los hijos de ambos, decide viajar a España y una vez ahí interpone denuncia por malos tratos provenientes de su marido y con ello decide no regresar al país donde sus hijos tienen su residencia habitual produciéndose con ello el secuestro de sus dos hijos.

2. Elementos y características

Más que de elementos, debemos hablar de situaciones que deben ocurrir para que se incluya dentro del ámbito de aplicación de los principales tratados y convenios internacionales relativos a la sustracción y son las siguientes;

- a) El elemento de la territorialidad: tiene que haber un elemento de extranjería para que se ponga en funcionamiento todos los mecanismos jurídicos comunitarios e internacionales.
- b) El elemento temporal: el tiempo es un elemento primordial en asuntos de sustracción. Hay límites de tiempo que pueden condicionar totalmente la resolución de un Tribunal.
- c) El elemento material: este punto es el más importante y el más complejo. La retención ilícita implica directamente el quebrantamiento de un derecho, el de custodia. Este derecho, según el Convenio de la Haya, tiene que ser atribuido por un órgano judicial del Estado del lugar de residencia del menor.

En este sentido, el derecho de custodia en el ámbito de la sustracción internacional de menores es uno de los problemas con mayor dificultad, a la hora de interpretar su significado, junto con más elementos como el de responsabilidad parental o patria potestad, régimen de visitas o comunicación etc., puesto que cada Estado, considera que hay retención ilícita en función de la interpretación autónoma de su propio ordenamiento jurídico.⁵

3. Interés superior del menor

El principio de interés superior del menor fue considerado como un concepto jurídico indeterminado, sin embargo, se ha producido una evolución, y hoy en día nos

⁵ OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Conclusiones y recomendaciones e Informe de la Parte I de la Sexta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción de menores y del Convenio de la Haya de 1996 sobre protección de Niños (1-10 de junio de 2011), 144: Varios expertos han podido comprobar que las decisiones en materia de sustracción están directamente relacionadas con la interpretación que se les da al concepto de “derecho de custodia”. <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14s.pdf>Conclusiones

encontramos ante un principio esencial, orientador, y que informa de todas y cada una de las disposiciones que se han adoptado en relación con la protección del menor⁶.

En este sentido se ha de decir que es comúnmente aceptado por la doctrina, que como principio informador, *“no puede prescindir de una cierta flexibilidad en su concreción, de manera que deberán ser los jueces quienes, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, delimiten su alcance”*⁷.

Está claro, que dada la importancia del mismo, es esencial dotarlo de contenido y es por ello por lo que Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modifica el contenido del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor. Mediante esta modificación, se refuerza y desarrolla el derecho del menor a que su interés sea prioritario, dado que como concepto jurídico indeterminado este ha sido objeto de diversas interpretaciones.

De este modo, el interés superior del menor deja de ser en nuestro ordenamiento un concepto jurídico indeterminado y pasa a tener una triple dimensión.

Un primer lugar, éste se configura como un derecho sustantivo, en el sentido de que los intereses del menor deben ser evaluados y ponderados antes de adoptar una decisión que les concierne. Dicha decisión debe estar motivada, con la finalidad de tener conocimiento de si ha habido una correcta aplicación del principio.⁸

En segundo lugar, se trata de un principio de carácter interpretativo, en el sentido de que si una norma jurídica puede ser interpretada de diversas maneras, ha de adoptarse por aquella, que responda mejor al interés superior del menor y por último y en tercer lugar, es una norma de procedimiento.

⁶ Vid. BORRÁS, Alegría “El “interés superior del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, RJC, vol.93, nº4, 1994, pp. 915-967.

⁷ VAQUERO LÓPEZ, Carmen “Nuevas normas de Derecho Internacional Privado Estatal en materia de protección de adultos y menores”. AEDIPr, t. XVI, 2016, pp. 395-414.

⁸ La exigencia de una motivación en la decisión adoptada, se encuentra recogida en el apartado II del preámbulo de la Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección de la infancia, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre (comentada posteriormente), ECLI:ES:TC:2008:176 y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2016, de 1 de febrero del 2016, ECLI:ES:TC:2016:16, donde se establece la necesidad de una “decisión suficientemente motivada que refleje un examen eficaz de las causas alegadas como excepción al retorno del menor”.

Mediante este amplio artículo 2, ya citado anteriormente, el legislador viene a establecer una serie de criterios que han de ser tenidos en cuenta, a la hora de determinar el interés superior del menor, de igual modo se establecen una serie de elementos los cuales requieren una ponderación para así llegar a la misma finalidad, por lo que podemos afirmar que atendiendo a las circunstancias, deberán de ser los jueces los que delimiten su alcance.⁹

Este principio, inspira todas las disposiciones adoptadas en relación con la protección del menor, por ello se ha de hacer referencia por ejemplo al Convenio de la Haya, el cual asume dicho principio en su preámbulo, al establecer que “*el interés del niño es de una importancia primordial*”¹⁰, estableciendo que este principio debe ser entendido como el derecho que tiene el menor a no ser desplazado o retenido.

Pero en este sentido, lo que más nos interesa es el nuevo procedimiento de sustracción internacional de menores, regulado en el nuevo capítulo IV de la LEC en los artículo 778 quáter a 778 sexies, basado fundamentalmente en el principio de celeridad, y sobre todo en la existencia del recurso de apelación con carácter suspensivo y preferente, garantizando de esta manera el interés superior del menor, dada la rapidez con la que se debe dictar la resolución en segunda instancia, como así mismo, la permanencia del menor en el lugar al que se le haya trasladado o en el que se encuentre, hasta que se resuelva el recurso y finalice el procedimiento ¹¹.

Ante todo lo expuesto llegamos a la conclusión que el "interés superior" contemplaría dos aspectos uno por parte del Estado a fin de proveer los medios necesarios para el desarrollo pleno de la niñez, adecuando las instituciones y la legislación en base a los principios de la Convención y por el otro la de escuchar a los menores a fin de que sean "sujetos prevalentes de derechos" y no como objetos de un sistema jurídico pensado solo en la exclusiva finalidad del adulto. El "interés superior del niño" se plantea como un "standard jurídico" a tener en cuenta a la hora de legislar y de juzgar, así como a través

⁹ BOE; Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-1069-consolidado.pdf>

¹⁰ BOE; Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectosciviles de la sustracción internacional de menores, hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980. Publicado en: «BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987, páginas 26099 a 26105 (7 págs.). Referencia: BOE-A-1987-19691. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-19691>

¹¹ VAQUERO LÓPEZ, Carmen “Nuevas normas de Derecho Internacional Privado Estatal en materia de protección de adultos y menores”. AEDIPr, t. XVI, 2016, pp. 395-414.

de la jurisprudencia que habrá de ser diferente en cada caso. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño no es otra cosa que la satisfacción integral de sus derechos.

Pluralidad de instrumentos normativos

La sustracción internacional de menores puede llevarse a cabo en tres escenarios diferentes donde se aplicarán diferentes normas y tratados dependiendo del elemento de territorialidad.

- En primer lugar, ésta puede llevarse a cabo en territorio nacional, donde a pesar de la gravedad de la situación, hay menos dificultades a la hora de establecer una solución, pues en este caso se aplicará el derecho nacional y la cooperación entre autoridades es mucho más estrecha y la localización del menor se centra en territorio nacional.
- En segundo lugar, el traslado puede darse dentro del ámbito europeo, en este caso se aplicará la normativa comunitaria y los principios básicos comunes de los Estados miembros de la Unión Europea. En este caso la competencia judicial está debidamente regulada en los Reglamentos comunitarios, qué más adelante citaremos.
- Por último, y el escenario más complejo de todos, se da cuando se traslada a un menor ilícitamente a un tercer Estado, ya que en estos casos aumenta notablemente la dificultad de restitución del menor. Sobre todo en los Estados en los que las culturas son prácticamente opuestas, es realmente complicado acceder de forma automática a la restitución del menor.

La “multiplicación de normas de Derecho Internacional Privado” complica el panorama legal y en ocasiones puede perjudicar el interés del menor sobre todo en la incidencia que tiene las interpretaciones de tales normas. A mayor instrumentalidad mayor es la probabilidad de una interpretación inadecuada, incongruente o contradictoria. Para ello, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado formuló la principal fuente normativa en casos de sustracción internacional de menores, el Convenio de la Haya de 1980.

4. Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980

4.1 Aspecto generales

Se trata de un Convenio en materia de reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia. A efectos de aplicación de dicho Convenio se entenderá por “menor”, a aquella “*persona cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la Ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido*”¹². Así mismo, se entenderá por “traslado ilícito”, “*El traslado de un menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a su custodia dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado, se considerará asimismo como traslado ilícito*”¹³, además para que sea de aplicación dicho texto normativo es necesario que el traslado ilícito se haya producido desde un Estado parte del Convenio a otro Estado parte también del Convenio, todo ello con base en el artículo 1 del mismo.

4.2 Funcionamiento

Este Convenio Internacional combate con la sustracción internacional de menores o *Legal Kidnapping* a través del tradicional mecanismo del *exequátur*, entendiéndose este como aquel procedimiento jurídico internacional por el cual un Estado solicita a otro Estado el reconocimiento, la ejecución u homologación de una sentencia que se dictó en el Estado requirente a efectos de asegurar la eficacia extraterritorial de la misma.

Rigiendo de la siguiente manera; cuando mediante el traslado del menor a otro país, se ha infringido una resolución judicial que atribuye la custodia o el derecho de visitas a ciertas personas, tales personas pueden instar en el país donde se encuentra ahora el menor, el *exequátur* de la sentencia que establece el régimen de custodia o visitas del menor. No obstante, el propio Convenio prevé una serie de casos en los que no es necesario instar el procedimiento de *exequátur* (artículo 8 del mismo), entre las que destacan; la restitución inmediata del menor, el *exequátur* simplificado y el *exequátur*

¹² BOE: CONVENIO LUXEMBURGO. Publicado en: «BOE» núm. 210, de 1 de septiembre de 1984, páginas 25291 a 25295 (5 págs.). Referencia: BOE-A-1984-19540. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1984-19540

¹³ BOE: CONVENIO LUXEMBURGO. Publicado en: «BOE» núm. 210, de 1 de septiembre de 1984, páginas 25291 a 25295 (5 págs.). Referencia: BOE-A-1984-19540. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1984-19540

reforzado. Una vez se haya logrado el *exequátur* de la resolución, ésta se ejecuta en el país donde se encuentre el menor, de esta manera se puede solicitar u ordenar el retorno del menor al país desde donde fue ilícitamente trasladado.

4.3 Ocaso aplicativo del Convenio

Sin embargo, cabe resaltar que este Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, es poco utilizado en España y eso se debe a varias razones;¹⁴

- El primero de los motivos, es porque el procedimiento de exequátur es lento y costoso, por ello, los particulares prefieren ejercitar la “acción directa de retorno del menor” contenida en el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, que es mucho más eficaz que los mecanismos que contiene el Convenio de Luxemburgo y permite llevar a cabo la restitución del menor sin procedimiento de exequátur de una decisión extranjera.
- Y en segundo lugar, dicho convenio no es aplicable en las relaciones entre Estados miembros de la Unión Europea (UE) desde la entrada en vigor, el 1 de marzo de 2005, del Reglamento Bruselas II-bis, lo que ha reducido de modo muy significativo su campo de actuación.

5. Convenio de la Haya de 25 de octubre de 198

5.1 Aspectos generales

Nos encontramos ante el instrumento internacional de mayor importancia en materia de sustracción internacional de menores, siendo cada vez más Estados los que forman parte del mismo. La nota característica de dicho Convenio es que no se trata de un “convenio clásico de derecho internacional privado”, pues no se limita a establecer la competencia judicial internacional y la ley aplicable, sino que más bien se trata de un convenio internacional de “carácter fáctico”¹⁵.

¹⁴ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. 18ª ed. Granada: Comares, 2018. (pág. 492)

¹⁵ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. 18ª ed. Granada: Comares, 2018. (Pág. 494)

En cuanto al ámbito de aplicación, este se aplicará cuando se trata de una retención o un traslado ilícito, de un menor de dieciséis años, a un país que no es el país de su residencia habitual, siempre que dichos países sean Estados parte del Convenio.

El procedimiento establecido por el mismo se regirá no solo por el principio del interés superior del menor, sino también por el principio de celeridad, estableciéndose el plazo de 6 semanas para resolver el procedimiento, además se caracteriza por ser un Convenio que no regula el fondo de la cuestión, ya que no fija la ley aplicable al fondo de la titularidad de los derechos de guarda y custodia y visita ni tampoco regula la competencia judicial internacional de esas cuestiones, además también contiene una prohibición de no litigar sobre el fondo del asunto relativo al menor. Así pues de lo que se trata con dicho texto normativo es que exista una acción directa y de cooperación internacional de autoridades, ya que lo que se persigue con el mismo, es el retorno a la situación de hecho anterior al traslado del menor.

5.2 Objetivos del Convenio

El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, elaborado por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, persigue una serie de objetivos entre los que destacan:

1. Lograr el retorno inmediato del menor trasladado ilícitamente de un país a otro para proteger así el derecho de custodia, se trata por tanto de respetar el statu quo anterior sin entrar nunca en el "fondo del asunto".
2. Velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de origen del menor, con esto lo que trata el Convenio es de salvaguardar el derecho del menor a relacionarse con ambos padres.¹⁶

Otro aspecto que destacar es que nos encontramos ante un sistema de plazos, en el sentido de que conforme a lo establecido en el artículo 12, se ordenará la restitución inmediata del menor al lugar de residencia habitual, si no ha transcurrido un periodo de tiempo superior a un año desde que se produjo la sustracción internacional hasta la interposición de la demanda de restitución. Por el contrario si dicho periodo de tiempo es

¹⁶ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. 18ª ed. Granada: Comares, 2018. (Pág. 495-496)

superior a un año, y el menor se ha integrado en el nuevo entorno ¹⁷, no procederá, dicha restitución.

Aunque con independencia del tiempo que haya transcurrido, podrá denegarse la restitución si se demuestra la existencia de alguno de los motivos alegables de denegación a la restitución previstos en el artículo 13, motivos que se analizarán y en los cuales se profundizará más adelante.

6. Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 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 ¹⁸

6.1 Aspectos generales

El Reglamento Bruselas II-bis (RB II-bis), es también un texto normativo que regula la sustracción ilícita de menores, pero el cual es de aplicación directa y prioritaria frente al Convenio de la Haya entre los países miembros de la UE, desde el 1 de marzo de 2005 que es cuando entraron en vigor las normas de este Reglamento. El régimen jurídico fijado por el Reglamento Bruselas II-bis se aplica cuando se verifica un traslado o retención ilícita de un menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.11 de dicho texto.

El Reglamento se encuentra informado por el principio de interés superior del menor¹⁹, por el principio de celeridad²⁰ y por el principio de cooperación entre las autoridades, procurando la creación de un verdadero espacio europeo.

¹⁷ Tal y como establece FERNANDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto “Derecho Internacional Privado” Novena Edición. Ed. Aranzadi Cizur Menor, 2016 Pp. 409.

¹⁸ Mediante este Reglamento denominado también Reglamento Bruselas II bis, se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. Publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea el 23 de diciembre de 2003, nº 338. Siendo de aplicación en todos los países de la Unión Europea, excepto Dinamarca, a partir del 1 de marzo de 2005. GONZALEZ VICENTE, Pilar “la sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, Revista jurídica de Castilla y León, nº II, 2007, págs. 67-124.

¹⁹ Tal y como ha sido afirmado por la Audiencia Provincial de Madrid, secc.22ª nº 177/2007, de 3 de julio de 2007, Roj: AAP M 8637/2007 - ECLI: ES:APM:2007:8637ª.

²⁰ Con referencia a este principio podemos hacer referencia a lo establecido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga secc.6ª, nº 463/2007, de 11 de septiembre, Roj: SAP MA 2052/2007 - ECLI: ES:APMA:2007:2052

Mediante el presente Reglamento se pretende conseguir el retorno inmediato del menor y el establecimiento de una confianza en el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales dictadas por los Tribunales de los Estados Miembros de la Unión Europea, mediante la eliminación del exequátur.

6.2 Mecanismo de lucha con el Legal Kidnapping

El Reglamento Bruselas II-bis recoge tres mecanismos para combatir la sustracción internacional de menores o “Legal Kidnapping”, estructurados de una forma muy particular.²¹

1. El primero de ellos se basa en la “acción directa de restitución del menor”, prevista en el artículo 11, párrafos 2-5 del mismo y se rige por las normas del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, alteradas en ciertos aspectos por lo dispuesto en dicho artículo 11 del RB II-bis.
2. El segundo de ellos se trata de la “litigación por la custodia y obtención de una orden de restitución en el Estado miembro de la precedente residencia habitual del menor”, contemplado este en el artículo 11 párrafos 6-8 del Reglamento. Este mecanismo operará cuando no haya sido posible la restitución del menor con arreglo al primer mecanismo.
3. En cuanto al tercer mecanismo, se trata de “litigar sobre la custodia del menor ante los Tribunales del Estado miembro de la previa residencia habitual del menor” (artículos 28-36 RB II-bis). En este caso estamos ante una alternativa a los dos mecanismos anteriormente citados, consistente en acudir, sin ningún paso intermedio, a las autoridades del Estado miembro donde se encontraba la residencia habitual del menor para obtener la custodia del mismo.

7. Legislación española

El punto de partida de la sustracción internacional de menores se inicia en la atribución del derecho de custodia a uno de los progenitores o de manera conjunta según el derecho nacional del lugar de residencia del menor. Este derecho, tal y como establece el art. 3 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, tiene que ser un derecho

²¹ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. 18ª ed. Granada: Comares, 2018. (Pág. 517)

atribuido de pleno derecho, por decisión judicial o administrativa o por un acuerdo entre las partes según el derecho de dicho Estado. Pues bien, el derecho español define, en el Código Civil, art. 90 y ss., el derecho de custodia de forma un tanto difusa en el que se establece una serie de preceptos acerca de los supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en los cuales se incluye las situaciones en las que hay menores. Como en cualquier estado, la infracción de un derecho de custodia por parte de uno de los progenitores es susceptible de reclamación judicial pero cuando interviene el elemento de la “extranjería”, el código civil tampoco la define expresamente.

El derecho de custodia no solo incluye el derecho de tener consigo al menor sino que supone, según el art. 92 CC, que los padres seguirán manteniendo la obligación para con sus hijos en caso de separación de éstos y deberán *“adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación...”*²². Otra cosa distinta es el derecho de visita de los padres, que como veremos más adelante, es un concepto objeto de controversia, por las interpretaciones a la que está sujeta.

En España la sustracción nacional o internacional de menores está tipificada en el Código Penal como delito en el Capítulo III del Título XII de los delitos contra los derechos y deberes familiares en su art. 225 bis, en éste se castiga a quien retenga de forma ilícita a un menor quebrantando el derecho de custodia, y quien traslade al menor fuera de su país de residencia se considerará como agravante. También incluye lo que se considera como sustracción de menores: *“2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1. ° El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2. ° La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución o administrativa”*.²³

Otra de las normativas imprescindibles de nuestro ordenamiento jurídico es la Ley de Enjuiciamiento de 1881, art. 1901 a 1908. Estos artículos regulan “Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”, en ella se dispone el procedimiento a seguir en caso de sustracción de menores, su competencia, restitución del menor, plazos, medidas provisionales, qué hacer en caso de oposición de la restitución y costas, todo esto en relación con el Código Civil, según el caso.

²² BOE: Código Civil. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

²³ BOE: Código Penal. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

8. Relación entre los distintos instrumentos legales internacionales

Actualmente como hemos podido observar de la redacción de los precedentes apartados de este trabajo, existen múltiples instrumentos jurídicos internacionales que regulan el mismo fenómeno, esto es, la sustracción ilícita de un menor, por lo que ante la incerteza sobre la normativa aplicable deben observarse una serie de soluciones al respecto;

- En primer lugar, cabe destacar la primacía del Reglamento Bruselas II-bis, frente al Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 y también sobre el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980. Por tanto, será primeramente siempre aplicable el Reglamento Bruselas II-bis en el ámbito de aplicación del mismo y en las relaciones entre Estados de la UE, excepto Dinamarca.
- Y en segundo lugar, en el caso de no ser aplicable el Reglamento Bruselas II-bis, las relaciones entre el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 y el Convenio europeo de 20 de mayo de 1980 es una relación de “complementariedad”. Por tanto en estos supuestos, se aplicará la norma más favorable para el restablecimiento de la situación anterior al secuestro, incluso cabe solicitar la “aplicación simultánea” de los dos convenios internacionales citados.²⁴

La práctica española

9. Aspectos generales

En la actualidad, la sustracción de menores es un concepto más visible en nuestro ordenamiento jurídico, igual que las medidas cautelares encaminadas a su prevención que podemos encontrar en la LEC o en el Código Civil.

La Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil²⁵, sobre sustracción

²⁴ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. 18ª ed. Granada: Comares, 2018 (Pág. 524).

²⁵ Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil- BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2002, págs. 42999 a 43000 (BOE-A-2002-24044).

de menores introdujo el siguiente párrafo en la primera medida sobre pleitos matrimoniales del artículo 103 Cc.²⁶:

“Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.”

Y añadió las mismas medidas en el artículo relativo a la acción de los jueces en las relaciones paterno filiales como “medidas necesarias para evitar la sustracción de hijos menores por alguno de los progenitores o terceras personas” (art. 158.3 Cc.).

Por otro lado, la acción de sustracción pasó a estar tipificada como delito en nuestro Código Penal, y el art. 225 bis ²⁷ la define de la siguiente manera:

“A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1. ° El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2. ° La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución o administrativa.”

10. Inicio del procedimiento civil y restitución del menor

Para poder incoar un procedimiento de restitución del menor, es necesario que haya un traslado ilícito del menor fuera del territorio de residencia habitual del menor, por tanto, cuando uno de los padres se percató que su hijo está siendo víctima de retención

²⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último- BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889 (BOE-A-1889- 4763).

²⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal- BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, págs.. 33987 a 34058 (BOE-A-1995-25444).

ilícita, el primer paso, es dirigirse a la Autoridad Central competente, en este caso, el Ministerio de Justicia del Gobierno de España. Desde allí, está disponible una solicitud de devolución que se tendrá que rellenar debidamente y presentar ante esta misma autoridad.

No es un documento de excesiva dificultad pero a falta de alguno de los requisitos exigidos en la solicitud puede conllevar que pase un número determinado de días hasta la subsanación y que se alargue el proceso más de lo necesario, pero en ningún caso supondrá su inadmisión.

El artículo 1902 LEC 1881 establece que estos asuntos gozan de cierta preferencia y es aconsejable no demorarse mucho para iniciar el procedimiento de restitución ya que entre la interposición, admisión a trámite y el requerimiento al Estado requerido suele pasar bastante tiempo, siendo éste un factor que favorece al progenitor sustractor, dado que hay limitación temporal que puede conllevar a la denegación de la restitución del menor.

Sin embargo, con la reciente aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se ha introducido el procedimiento de retorno de menores en los artículos 778 quáter, quinquies y sexies de la LEC del año 2000²⁸, dentro de los procesos especiales del Libro IV, en el Título dedicado a los Procesos sobre Capacidad, Filiación, Matrimonio y Menores, produciéndose un traslado de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa.

El artículo 778 quáter otorga la facultad para iniciar el procedimiento a la persona o institución que considere que existe una infracción del derecho de custodia o visita, o el Abogado del Estado en representación de la Autoridad Central y es preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, teniendo en cuenta que si el Abogado es seleccionado por la parte, no actuará el de oficio.

La solicitud deberá presentarse ante el Tribunal competente, que en este caso es el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia en cuya circunscripción tuviera el menor su última residencia habitual. Se menciona la relevancia de la celeridad (preferencia y urgencia) y la facultad del Juez para adoptar, tanto de oficio como a

²⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000, páginas 575 a 728 (BOE-A-2000-323).

instancia de parte o por solicitud del Ministerio Fiscal, las medidas cautelares que considere oportunas de acuerdo con la legislación civil española del Cc. y la LEC.

11. Ámbito de aplicación

Este proceso de sustracción internacional de menores se aplica en aquellos casos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, quedando excluidos los casos en que el menor proceda de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni está sujeto a un convenio internacional-.

Por lo tanto, este proceso sólo resultará de aplicación a los supuestos en los que el Estado de origen, normalmente el de su nacionalidad, y el de destino sean, Estados miembros de la UE o Estados firmantes de algún Convenio internacional, quedando fuera de dicho ámbito de aplicación, tanto los menores procedentes de un tercer Estado, aunque se dirijan a uno de los Estados de la UE o firmantes de algún Convenio internacional, en este caso, a España, como los retenidos en un tercer Estado pese a proceder y, en consecuencia, haber sido sustraídos en alguno de los Estados de la UE o, en su caso, firmantes de algún Convenio internacional.

En caso que no exista convenio o se trate de países externos a la UE, se aplican los mecanismos generales de cooperación judicial internacional y exequatur previstos en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Excepciones legales al retorno del menor

12. Regla general: La restitución del menor

Conforme a todo lo establecido anteriormente cabe destacar y dejar bastante clara una idea que persiguen todos los textos normativos referentes a la sustracción internacional de menores, y es que por un lado, el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores, recoge una primera regla

referente al retorno inmediato del menor, normalmente al país de su previa residencia habitual, regla que está diseñada sin tener en cuenta los aspectos del caso en concreto y que responde al principio del interés superior del menor. El Convenio de la Haya pretende y busca hacer efectivo el retorno inmediato del menor por diferentes motivos; en primer lugar porque así se evitan rupturas bruscas del menor con su entorno, además se desincentivan de este modo los secuestros internacionales de menores, y por último porque los Tribunales del país de residencia habitual del menor serán los competentes para decidir sobre la responsabilidad parental del menor, así como, las medidas de protección del menor. Esta primera idea o regla sobre la que gira el Convenio de la Haya de 1980 tiene alcance general y debe interpretarse expansivamente, pudiendo llegar a afirmar que el convenio pivota sobre una presunción a través de la cual se presume que la restitución inmediata del menor a su país de residencia habitual es la solución que encaja en mayor medida con el interés de dicho menor.

Por otro lado, en cuanto al Reglamento Bruselas II-bis, el cual solo regula las situaciones de traslado ilícito intracomunitarias, esto es, se prevé su operatividad para los supuestos de traslados ilícitos de un Estado miembro de la UE a otro Estado comunitario, decir que en términos generales el Reglamento Bruselas II-bis consolida y desarrolla el sistema contenido en el Convenio de la Haya de 1980 relativo a la orden de traslado inmediato, añadiendo algunas garantías en su articulación procesal que siempre redundan en beneficio del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva²⁹. Asimismo, introduce algunas novedades procesales como son, fundamentalmente, unas normas de competencia judicial internacional (que, como se ha visto, sólo se encuentran de manera implícita en el Convenio de la Haya) y la citada supresión del exequátur para algunas decisiones en materia de secuestro internacional de menores.

13.Regla excepcional: No restitución

Centrándonos en el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, pues es el texto que en mayor medida es de más aplicación, destacar que es el propio texto convencional el que establece una serie de motivos extraordinarios que permiten a la autoridad competente del país donde ha sido trasladado el menor ordenar la no restitución, tales

²⁹ Vid. Álvarez González, S.: “Desplazamiento ilícito de menores en la U.E. Supresión del Exequátur y derechos del niño a ser oído”, La Ley (2011), núm. 7578, de 28 de febrero de 2011.

motivos se recogen en los artículo 13 a 20 del convenio³⁰, por ello es necesario resaltar que aparte de la regla general del retorno inmediato del menor, se recoge una segunda regla, donde cabe la posibilidad de no ordenar el retorno del menor porque ello podría perjudicar el interés de dicho menor. Al respecto deben subrayarse varios aspectos:

1º) Esta regla sí toma en consideración los aspectos concretos del caso, con el fin principal de evitar que la regla general cause injusticias en un supuesto específico.

2º) Carácter restrictivo de la no restitución del menor, esto es, se trata de una regla excepcional y debe interpretarse restrictivamente, ya que los motivos de denegación no se presumen jamás y por lo tanto deben siempre probarse y demostrarse, así lo dispone expresamente la Circular 6/015 de la Fiscalía General del Estado (FGE).

3º) Tener en cuenta lo que establece el artículo 13 del convenio, referente a las situaciones de denegación de la restitución, en cuanto a que las autoridades judiciales y administrativas al examinar si procede o no denegar la restitución deberán tener en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporciona la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

4º) Por último, basta con que concurra una sola causa de denegación para que no se proceda a la restitución del menor, en efecto si no se da ninguna de las causas que prevé dicho convenio, la restitución del menor debe acordarse de modo imperativo.

En efecto deben distinguirse varias causas de denegación de la inmediata restitución y a tal efecto, deben distinguirse dos supuestos.³¹

El primer supuesto se da cuando no concurre más de un año desde que se produce el traslado o retención ilícita y es que en estos casos el Estado parte está obligado a ordenar la restitución inmediata del menor, conforme todo ello a lo que establece el artículo 12.1 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980. No obstante, ante esta situación y en el caso de que no haya transcurrido más de un año desde el traslado, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución del menor

³⁰ BOE: Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 (arts. 13 a 20)

³¹ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. 18ª ed. Granada: Comares, 2018 (Pág. 505).

si la persona, Institución u otro Organismo que se opone demuestra que se dan una serie de causas, previstas ellas en el artículo 13 del mismo texto normativo.

Para ello, dicho artículo 13 del Convenio de la Haya, “recoge un proceso en dos etapas; la primera de ellas, establece que hay que acreditar si concurren o no las causas que permiten no ordenar la restitución del menor, y en segundo lugar, aun acreditadas dichas causas, el Tribunal puede no ordenar la restitución del menor, pero no está obligado a ordenar la restitución del menor, ya que el Tribunal dispone de discrecionalidad al respecto, la cual permite al Tribunal valorar elementos como el posible resultado de un futuro proceso sobre la “responsabilidad parental del menor”, el efecto emocional sobre el menor de una posible orden de retorno del mismo a su previo país de residencia habitual”³².

Estas excepciones convencionales plantean el peligro de desviar el objetivo del Convenio perjudicando así el interés del menor por lo que su interpretación debe ser restrictiva. Las causas denegatorias del retorno se concretan en:

- a) Que la persona que tenía la custodia no la ejercía o consintió el traslado.
- b) Que el menor se oponga a su restitución y dicha oposición deba ser considerada por el Tribunal o autoridad dada su edad o su grado de madurez.
- c) Que los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades públicas no permitan la restitución.
- d) Que exista grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un grave peligro físico o psíquico o le coloque en una situación intolerable como puede ser separar al menor de los hermanos.

Así pues, en relación a la casos excepcionales de no restitución del menor también hace referencia el Reglamento 2201/2003 (Reglamento Bruselas II-bis), remitiéndose en su artículo 11 al propio Convenio de la Haya de 1980, y exponiendo de una forma breve y precisa que en los Estado de la Unión Europea (UE) a excepción de Dinamarca no podrá denegarse la restitución sin dar posibilidad de audiencia al solicitante y al menor afectado salvo que respecto a éste no se considere conveniente habida cuenta de su edad y grado de madurez. También, en aplicación del Reglamento 2201/2003 la excepción de grave

³² CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. 18ª ed. Granada: Comares, 2018 (Pág. 506).

riesgo resulta insuficiente para denegar el retorno en los Estados de la UE cuando se acredita que se han adoptado medidas para garantizar su protección.

Por ello, las excepciones a la restitución son muy escasamente estimadas, pues teniendo en cuenta que el Proyecto de guía de buenas prácticas (PBP) sobre el artículo 13.1 b) del Convenio de la Haya informa que en 2008 solo el 15% de los casos terminó con una decisión de no restitución, y tan solo el 27% de esas decisiones de no restitución se fundaron en el art. 13.1 b) , a veces combinado con otras excepciones por lo que, concluye, alrededor del 4% del total de los casos de 2008 ³³.

13.1. Causas de denegación

13.1.1 Custodia no ejercida de hecho o traslado consentido del menor

Se puede denegar la restitución del menor si se demuestra que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.

A este respecto, conviene tener presente que la carga de la prueba, de ambas circunstancias, esto es, del traslado consentido del menor o del no ejercicio efectivo de custodia corresponde a quien se opone al retorno, pues de lo contrario se convertiría en una prueba diabólica, como señala la Audiencia Provincial de Las Palmas en el Auto de 10 de marzo de 2009. Además en este sentido, podría decirse que “si el titular de la custodia no ejercía de modo efectivo la misma, el traslado del menor no puede ser de ningún modo ilícito”³⁴.

Así pues conviene anotar una serie de características que debe ostentar el consentimiento al traslado para que este no implique ser ilícito, ya que este puede ser expreso o implícito, pero debe ser cierto, claro y debe probarse de modo efectivo e

³³ Vid. el Proyecto de la Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13 (1) (b) del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de la Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños, de octubre de 2017.

³⁴ AAP Girona 27 julio 2017. AAP Barcelona 4 abril 2006.

incuestionable, ya que si no existe un consentimiento real del titular de la custodia al traslado internacional del menor, la sustracción si será ilícita.³⁵

13.1.2 Oposición del menor a su restitución

Se puede denegar la restitución del menor si este se opone a la misma, siempre que éste haya alcanzado una edad y un grado de madurez donde resulta tener en cuenta sus opiniones y siempre que el menor pueda expresar libremente su opinión, sin coerción ni presión ejercida por el secuestrador o el entorno.

En este sentido deben aclararse dos elementos de modo previo; el primero de ellos en relación a que se trata de una causa autónoma de no restitución, esto es, debe ser valorada al margen de que exista peligro o no para el menor en caso de restitución, la cual sería otra causa de denegación de la restitución del menor. Esto es, puede existir peligro para el menor totalmente al margen de la voluntad de éste de regresar o no al país de origen y este puede oponerse a su restitución exista dicho peligro o no. Y en segundo lugar, la opinión del menor nunca debe ser determinante para el Juez, pues como bien dice el precepto el Juez *“podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución”* (art.13.b.II CH 1980), pero no está obligado a ello.

13.1.3. Vulneración de los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales

En este sentido, se trata de una cláusula limitada de orden público, pues se puede denegar la restitución del menor cuando esta vulnere los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Así pues en este aspecto, se podrá denegar la restitución del menor cuando esta suponga una vulneración a la libertad religiosa del menor o cuando la atribución de la custodia se haya producido en función de circunstancias discriminatorias y sin tener en cuenta el interés del menor (Auto AP Barcelona 21 abril 1997)³⁶.

³⁵ AAP Las Palmas 10 de marzo de 2009.

³⁶ Auto AP Barcelona 21 abril 1997.

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

Se puede denegar la restitución del menor cuando se acredita la existencia de un “grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un daño físico, psíquico o le coloque en una situación intolerable”. El “grave riesgo”, el “daño físico o psíquico” y la “situación intolerable” deben interpretarse, siempre, restrictivamente y su existencia y concurrencia deben, siempre, probarse.³⁷

1. La excepción al retorno inmediato del menor por grave riesgo del artículo 13.1.b) del Convenio de la Haya en relación con el Reglamento Bruselas II bis.

En estos casos, la persona que alega la excepción debe probarla y el juez, una vez acreditada, puede facultativamente apreciarla o no. Esta disposición siempre se ha considerado muy delicada por los expertos de la Comisión especial de la Conferencia de la Haya y ha sido objeto de interpretación restrictiva, si bien desde 2011 el debate se ha centrado en parte, en las denuncias de violencia doméstica a los efectos de esta excepción. Esta es la situación en la que se ve envuelto un menor cuando existe violencia familiar o de género y ello incluye tanto la violencia familiar o doméstica ejercida contra el niño como víctima directa, como la violencia de género contra el cónyuge en la que el menor es víctima indirecta³⁸.

Sin embargo, la excepción de grave riesgo no se restringe exclusivamente a las denuncias por violencia doméstica sino que cubre una variedad de situaciones que pueden dar lugar a un grave riesgo de daño y que se rigen por las mismas reglas de la carga de la prueba³⁹. En este sentido, la parte que alega esta situación debe probarla⁴⁰, habitualmente el progenitor sustractor. De suerte que la contraparte, a su vez y si procede, también tiene la posibilidad de acreditar la inexistencia de la misma, por lo que el resultado dependerá en buena parte del éxito de la prueba. En consecuencia, puede que se deniegue el retorno

³⁷ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. 18ª ed. Granada: Comares, 2018 (Pág. 509).

³⁸ La violencia familiar o doméstica no se menciona expresamente ni en el Convenio, ni en el Informe explicativo, si bien la delegación británica subrayó la necesidad de incluir la mención “situación intolerable” para abarcar más allá de daño físico o psíquico.

³⁹ Vid. el Proyecto de la Guía de Buenas..., op. cit.

⁴⁰ Vid. E. Pérez Vera, Informe explicativo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, esp. párrafo núm. 114. Texto disponible en: <http://www.hcch.net>

del menor con base en esta excepción del Convenio que cubre los supuestos de violencia de género. Y es una posibilidad en tanto en cuanto, la acreditación de la situación de grave riesgo no implica automáticamente la no restitución, pues se trata de una potestad discrecional del juez competente⁴¹. Éste, si considera que el Estado de la residencia habitual presta las garantías suficientes para combatir el riesgo grave, puede ordenar la restitución del menor, garantizada su audiencia según el artículo 11.2, pero no está obligado a ordenar la restitución. Si el menor no retorna, el juez que dicta la resolución de no restitución está obligado a informar y a proveer de toda la documentación al órgano competente de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícitos en el plazo de un mes⁴². En un plazo de tres meses, si no se ha presentado todavía la demanda sobre la custodia se notificará a las partes indicándoles esta posibilidad⁴³.

2. El retorno seguro del menor en los casos en que se invoca el artículo 13.1.b) del Convenio de la Haya de 1980: el Convenio de la Haya de 1996

El Reglamento Bruselas II bis ha perfilado, de forma complementaria al Convenio de la Haya de 1980, algunos aspectos (que afectan, como se ha precisado con anterioridad, a las situaciones intracomunitarias) que pueden abocar al juez a dictar la restitución del menor. En primer lugar, el artículo 11.4 del Reglamento dispone que no se podrá denegar la restitución del menor en aplicación del 13.1.b) “si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”⁴⁴. En segundo lugar, y según el artículo 11.5 del Reglamento, tampoco podrá denegar la restitución del menor si no se ha dado audiencia a la persona que solicitó la restitución. En consecuencia, se observa que el juez no está obligado a ordenar la restitución del menor, como se ha indicado supra, pero tampoco podrá denegarla bajo estas circunstancias.

⁴¹ El propio artículo 13.1.b) del Convenio de la Haya de 1980 establece que la autoridad “no está obligada” a ordenar la restitución una vez probada la excepción.

⁴² Vid. el artículo 11.6 del Reglamento 2201/2003.

⁴³ Vid. el artículo 11.7 del Reglamento 2201/2003. Asimismo, deben tenerse en cuenta, en este punto, las medidas para la aplicación del artículo 11 del Reglamento 2201/2003, que contienen los párrafos 6 y 7 de la Disposición Final Vigésimo segunda de la LEC 1/2000 (redactada por la Disposición final Tercera de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria en el párrafo 19).

⁴⁴ En la Propuesta de reforma del Reglamento Bruselas II bis se amplía esta disposición haciendo referencia expresa a la cooperación judicial con la autoridad competente del juez de la residencia habitual del menor y establece que adoptará medidas provisionales y cautelares. Vid. el artículo 25.1 de la Propuesta.

Lo que se está planteando es el retorno seguro del menor en los distintos supuestos en los que se ha alegado la excepción de grave riesgo del artículo 13.1.b). A tal fin, se establecen medidas de seguridad y prevención para que el retorno del menor se produzca sin exponerlo a situaciones de riesgo para él. A tal efecto, deben considerarse las medidas urgentes de protección de menores que prevé el Convenio de la Haya de 1996, sobre competencia, Ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, siempre, claro está, de que se trate de Estados parte. En definitiva, este Convenio complementa y refuerza al Convenio de la Haya de 1980⁴⁵ desde diferentes perspectivas.

14. Análisis jurisprudencial

Una vez analizado las situaciones que pueden conllevar que se produzca una situación de sustracción internacional de menores, así como, las diversas causas que permiten que a pesar de que se produzca dicha situación no se proceda a la respectiva restitución del menor a su residencia habitual, podríamos mencionar una multitud de sentencias a modo de doctrina jurisprudencial al respecto, pues desafortunadamente es una situación que se está produciendo más frecuentemente a nivel global.

No obstante, a modo de síntesis de los posibles escenarios que pueden generarse, destacaré dos sentencias, la primera de ellas proveniente de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria⁴⁶, en la que se produce una sustracción internacional de un menor por parte de uno de los progenitores aprovechando un permiso de viaje de este y en el que finalmente no lo regresa al lugar de su residencia habitual, y en la que se intenta alegar por parte del progenitor infractor que se producen alguna de las causas legalmente establecidas que conllevarían a la no restitución del menor, argumentos que finalmente son valorados, fundamentados y desestimados por parte del Tribunal. Y en segundo lugar, se encuentra la sentencia del Tribunal Colegiado de Instancia Única de Familia nº 5 de Santa Fe (Argentina)⁴⁷, en la que se puede observar cómo igualmente se produce una sustracción internacional de un menor, pero en cambio en este caso son alegadas también por parte del progenitor sustractor una serie de causas que justificarían dicha sustracción,

⁴⁵ Vid. el Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños de la Conferencia de Haya, 2014, en www.hcch.net

⁴⁶ SAP Las Palmas de Gran Canaria, 21 de junio de 2017)

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Colegiado de Instancia Única de Familia nº 5 de Santa Fe. RC J 9904/17.

y las cuales son consideradas y tenidas en cuenta por dicho Tribunal por lo que finalmente no se lleva a cabo la restitución del menor.

En primer lugar, haciendo referencia a la primera sentencia antes mencionada (SAP Las Palmas de Gran Canaria, de 21 de junio de 2017), los antecedentes de hecho que se plasman en la sentencia son los siguientes; *Los progenitores de José Daniel, nacido en 2013, tienen concedida la guarda compartida del menor por orden de un Tribunal londinense de fecha 2 de marzo de 2015. La madre reside en Londres (Reino Unido) con el menor; el padre en la isla de Gran Canaria. En este contexto, la madre autorizó en el Consulado español en Londres el 3 de diciembre de 2015 que el menor viajara a España hasta el 31 de enero de 2016. Llegada esta fecha, el menor no fue reintegrado a su guarda en la residencia legal en Londres, sino que permaneció en España hasta que varios meses después la madre interpone una acción basada en la sustracción internacional del menor contra el padre y la abuela paterna (con quien el menor residía de hecho en ese momento), en virtud del proceso especial relativo a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional del artículo 778 quater y quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo procesal, y del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, de 27 de noviembre, del Consejo, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en lo sustantivo. Los demandados se opusieron al retorno del menor alegando, en síntesis, que la madre tácitamente había consentido la residencia de su hijo en Gran Canaria (pese a que de acuerdo con la resolución judicial del Tribunal británico debía regresar a Londres el 31/1/2016) y que el niño se encontraba integrado en la isla de Gran Canaria. De forma extemporánea, en el acto de la vista, se alegó que la madre no ejercía de forma efectiva la guarda antes del traslado a Canarias. Todo ello fundamentado igualmente en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y en el Reglamento de la Unión Europea 2201/2003. Sobre estos hechos y fundamentos de derecho, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria en fecha 19 de mayo de 2017 estimó la demanda, considerando que la retención del menor por el padre y la abuela paterna es ilícita, y acordó el retorno del menor con su madre a Londres. La sentencia fue recurrida en apelación solo por uno de los codemandados, la representación de la abuela paterna.*

Una vez fijados los antecedentes de hecho, el primero de los argumentos que alega la oposición de la parte que se opone al retorno es la presencia de consentimiento tácito de la madre a la residencia del menor en España, a lo que en virtud de la doctrina de los actos propios la autoridad judicial o administrativa no está obligada a ordenar la solicitud de retorno en caso de que se demuestre la presencia de consentimiento (o posteriormente aceptado el traslado o retención del menor) otorgado por el progenitor que entienda vulnerado su derecho de guarda, además, que esta excepción legal es la que generalmente comporta mayor dificultad a la autoridad judicial o administrativa para resolver la

denegación del retorno solicitado, en la medida que no es sencillo trazar la línea divisoria entre la presencia del consentimiento y la mera situación de tolerancia fáctica. Si es cierto, que parece razonable admitir la existencia de un consentimiento tácito a la residencia del menor en España, pues la progenitora permanece pasiva durante más de cinco meses después de expirar el plazo de retorno del menor sin interponer la correspondiente reclamación. No obstante, la jurisprudencia considera que el consentimiento, objeto de la excepción, debe recaer sobre el traslado definitivo a un tercer país, y no para desplazamientos temporales (cfr. el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 31 de marzo de 2015), ni para la mera autorización para viajar (cfr. el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 28 de junio de 2011; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 1 de octubre de 2013). Así pues, considerando que los motivos alegados en las excepciones no deben presumirse, sino que han de demostrarse para el éxito de la oposición al retorno del menor con su progenitora, de la prueba practicada no se determina la existencia de un verdadero consentimiento y aceptación de la madre al cambio de residencia; más bien se trata de una mera situación de pasiva tolerancia a esa situación de hecho producida cuando el menor no regresa.

Otro de los motivos alegados reside en demostrar la integración del menor en la nueva residencia, alegación que es igualmente desestimada por el Tribunal, no solo porque quedó más que demostrado por las pruebas practicadas la falta de integración del menor, sino también porque la concurrencia de las excepciones no deben presumirse, sino que han de demostrarse (como esta misma Audiencia Provincial de las Palmas, sección 3, en el Auto de 10 de marzo de 2009 señaló: “[...] el menor debe ser restituido configurándose los motivos de denegación como excepcionales por lo tanto, su concurrencia no se presume sino que ha de demostrarse); y no se hace.

Finalmente, el último de los motivos alegados y por el que la Autoridad judicial o administrativa no estaría obligada a ordenar la restitución del menor es el no ejercicio de modo efectivo del derecho de custodia por el progenitor que reclame la restitución o retorno. En este caso se trata de una cuestión fundamental, que se planteó extemporaneamente y de manera formulista sin sustento fáctico-probatorio alguno, pero igualmente fue valorado por el Tribunal para no perjudicar el superior interés del niño. A este respecto, conviene tener presente que la carga de la prueba del no ejercicio efectivo de custodia corresponde a quien se opone al retorno, (como ya se ha venido mencionando a lo largo del presente trabajo), además, en relación a ello, el ejercicio no efectivo del derecho de

custodia comprende el período previo a la retención ilícita. Así las cosas, como se ha avanzado, no se ha demostrado que el menor no conviviera con su madre; es más todos los períodos de guarda fijados en la resolución judicial fueron respetados por la madre. Incluso en el supuesto de que la madre hubiera sido auxiliada en el cuidado de su hijo por otros familiares o terceras personas en modo alguno puede ser entendido como no ejercicio no efectivo del derecho de custodia (cfr. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de enero de 2008).

Finalmente la valoración de la sentencia objeto de comentario es positiva, pues desestima el recurso en línea con la doctrina jurisprudencial sobre las excepciones legales al retorno del menor (que deben interpretarse restrictivamente y probarse todos sus extremos para que la autoridad judicial o administrativa se oponga a la mencionada restitución).

Todo lo contrario sucede en la siguiente sentencia objeto de comentario, que ya anuncié con anterioridad, proveniente esta del Tribunal Colegiado de Instancia Única de Familia nº 5 de Santa Fe. En la que se pueden hacer constar los siguientes hechos; *“Que con fecha en el año 2012, el niño menor de edad fue autorizado por el Juzgado de Familia de Zaragoza a viajar a la República Argentina junto a su madre, la Sra. G. L. V., debiendo retornar para el inicio escolar pero que dicho retorno nunca se produjo. Desde ese entonces el Sr. L. G. M, progenitor del niño, ha intentado por todos los medios que el niño regrese, llevando a cabo denuncias ante la policía española, declaración en Juzgado de Instrucción y procedimiento de modificación de medidas el que ha tenido como resultado el otorgamiento de la patria potestad, así como la guardia y custodia a su favor, sin poder averiguar en todos estos años el paradero del niño, quien fue trasladado constantemente de residencia. En el año 2016, el padre del niño ha tenido constancia de que su hijo "se encontraba alojado en un orfanato" ubicado en la ciudad de Santa Fe, conjuntamente con sus cuatro hermanos de diferentes progenitores y que, al día de la fecha, el niño se encuentra al cuidado de sus abuelos maternos, Sra. Dora Román y Juan Carlos V., en la localidad de Cayastá, conviviendo con sus cuatro hermanos de 14, 9, 3 y 2 años de edad, sin vinculación con la madre, dada la evaluación realizada por los profesionales intervinientes y la voluntad explícita de los niños al respecto, debido a situaciones de maltrato recibidas por parte de la madre y su pareja que motivaron una medida de protección excepcional en que interviene la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia”*. Frente a dichos hechos, se funda demanda contra la madre del niño y se solicita la inmediata restitución del menor, a su residencia habitual, España, además se da intervención a la Defensora General y se cita al niño para ser oído por la magistrada en presencia de ésta. Tras toda una serie de prácticas de prueba y análisis psicológicos así como interrogatorios realizados al menor, manifiesta en numerosas ocasiones y reiteradamente su rechazo de ser restituido nuevamente a España con el

progenitor paterno, pues el mínimo recuerdo que tiene sobre dicho lugar es de melancolía y tristeza, además rechaza tener comunicación vía telefónica o a través de videoconferencia con el padre pues no siente tener ningún vínculo hacia él, asimismo también las educadoras de la escuela a la que va en Argentina declaran que desde que tiene conocimiento de que el padre reclama su restitución se ha vuelto violento y agresivo. Así pues, conforme a todo ello, los especialistas afirman rotundamente que el niño está integrado en Argentina, ha conocido la cultura de diferentes regiones del país y ha podido reconocer actividades propias de nuestro país e identificarse con las mismas. Por todo ello, vemos como en este caso en concreto, se funda la no restitución del menor con base en una de las causas previstas en el Convenio de la Haya de 1980, más concretamente en la oposición del menor a su restitución, la cual es tenida en cuenta pues se puede observar una edad y un grado de madurez como para que su negativa al retorno sea tenida en cuenta y que, en dicha opinión que es férrea e irreductible y se ha sostenido durante todo el proceso, no hay indicios de sugestionabilidad o influencia de terceros, es decir, que es un juicio propio del niño.

Finalmente, de conformidad con todo lo expuesto y en atención a que el art. 12.2 del Convenio de la Haya de 1980 habilita la denegación de la restitución si se prueba que el niño ha quedado integrado al nuevo medio, lo que ha quedado entendido en autos y que, además el art. 13 contempla como excepción la negativa del niño al retorno si tiene edad y grado de madurez, de manera respetuosa con su calidad de sujeto de derecho, se entiende que en el presente caso, se encuentran configuradas ambas causales de excepción y que, además, la negativa restitutoria garantiza el interés superior de E. (el menor) en el caso concreto. Siendo el fallo de la sentencia el resultado de la denegación de la restitución internacional de E. L. G. V.

*Incidencia de la violencia de género en la sustracción
internacional de menores*

15. Cuestiones generales

En relación con todo lo expuesto anteriormente y más concretamente con el artículo 3 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, el cual expone las circunstancias que deben darse para que haya una sustracción o retención ilícita de un menor, cabe

recordar que el Derecho español distingue entre patria potestad y guarda y custodia, siendo la elección del lugar de residencia del menor competencia propia de la patria potestad, con independencia de que por resolución judicial sea solo uno de los progenitores el que tenga atribuida la guarda y custodia (STS 277/2016, de 25 de abril). Ante ello, destacar, la previsible oposición del otro progenitor, en supuestos de Violencia de Género cabe la posibilidad de valorar en el proceso civil sobre guarda y custodia la posibilidad de que los hijos residan con la madre en el país de origen de ésta, con regulación del régimen de visitas que proceda.

Nuestra legislación ofrece un concepto amplio y un concepto restringido de Violencia de Género;

- El concepto amplio es el contenido en el artículo 3 d) del Convenio de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011), conforme al cual *“por violencia contra la mujer por razones de género, se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”*.⁴⁸
- El concepto restringido lo ofrece el artículo 1 de la LO 1/2004 , de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la violencia de Género, comprendiendo solo aquella que se ejerce sobre una mujer por un varón con el que tiene o ha tenido una relación sentimental.⁴⁹

Relacionando ambos conceptos, la Violencia de género puede incidir en la sustracción de menores de tres maneras:

1. La madre víctima de violencia de género huye de su agresor llevando a los hijos con ella.
2. El padre agresor traslada a los hijos menores como forma de maltrato psicológico a la madre.

⁴⁸ BOE» núm. 137, de 6 de junio de 2014, páginas 42946 a 42976 (31 págs.). Referencia: BOE-A-2014-5947 . Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/1>

⁴⁹BOE» núm. 313, de 29/12/2004. Referencia: [BOE-A-2004-21760](https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con>

3. Cualquiera de los progenitores traslada al menor para alejarlo de un país en el que existe el riesgo de que se ejerza violencia de género sobre ella (mutilación genital, matrimonio forzado...).

16. Derecho de los hijos de vivir con sus padres

Conforme a lo que viene a establecer la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

La Convención obliga a los Estados parte a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias y a adoptar medidas para luchar contra los traslados y las retenciones ilícitas de niños al extranjero, por ello añade la Convención, que los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes, con base en los artículos 8 a 11 del citado texto legal.⁵⁰

17. Diferenciación del riesgo en la víctima ante la violencia de género

Ante posibles supuestos de violencia de género, llevados a cabo de un progenitor hacia el otro, que en muchas ocasiones conllevan que se produzca una retención o sustracción ilícita del menor que ambos tienen en común, hay resoluciones judiciales que diferencian entre la violencia ejercida sobre la madre y por tanto el riesgo que supone para ella y otra parte de las resoluciones hacen referencia al riesgo de los hijos, estimando que solo cuando se acredita éste último cabe oponerse a la restitución del menor. En este sentido se pronuncian tanto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada nº 152/2017 de 21 de abril⁵¹, y la sentencia nº 436/2016, de 25 de julio de la Audiencia

⁵⁰ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Referencia: BOE-A-1990-31312. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

⁵¹ SAP GR 486/2017.

Provincial de Las Palmas de Gran Canaria⁵², planteando la necesidad de determinar si la restitución inmediata de la menor la expone a ella y no a la madre a un peligro grave físico o psíquico, matizando y considerando igualmente que “indirectamente pueda admitirse a priori el riesgo psíquico del menor de presenciar malos tratos de palabra o de obra sobre su madre”.

Ante esta situación, el Proyecto de Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (PBP), en dicha materia, propone al órgano judicial que tenga en cuenta las siguientes consideraciones, a la hora de tomar decisiones al respecto;

- La relación entre la violencia conyugal y el maltrato infantil ha sido constatada en varios estudios.
- El grave riesgo futuro no necesariamente requiere prueba de violencia pasada infligida directamente sobre el menor.
- Que la violencia doméstica no solo consiste en hechos violentos sino también en control coercitivo.
- Que suponer el cese de la violencia por el cese de la convivencia entre los progenitores puede no resultar suficiente en todos los casos.
- Que en ocasiones es la propia separación lo que incrementa el riesgo sobre la víctima.

También el PBP, recuerda que en consideración con los aportes de las ciencias sociales y las normas internacionales, se recomienda tener en cuenta el impacto que la violencia de un progenitor hacia el otro puede tener sobre el niño/a, además de que el juez puede llegar a necesitar considerar medidas que no solo estén dirigidas a proteger al menor sino también al padre que lo sustrajo, que pueden ser necesitadas en situaciones como por ejemplo, cuando tanto el menor como el padre sustractor sufren los efectos de violencia doméstica, cuando el padre privado del menor vierte amenazas durante el procedimiento de restitución, o se teme que tal comportamiento se mantenga o sea recurrente en caso de retorno al Estado requirente. Llegando incluso a denegar la restitución del menor si el Tribunal estima que las medidas de protección dirigidas al

⁵² SAP GC 2345/2016.

padre que acompaña al menor no son adecuadas o eficaces para prevenir riesgos graves sobre el menor.

Para ello, es decir, para determinar la situación de riesgo del menor, tal y como establece la circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado (FGE), pueden ser claves los informes sociales sobre el menor y la familia, evitando eso sí, que se dilate el procedimiento por hacer uso de esta vía. Además el PBP, propone recurrir a información de acciones judiciales pendientes contra el padre, informes policiales, de casas de acogida, certificados médicos, existencia previa de órdenes de protección y/ o su quebrantamiento.

Ahora bien, cuando dicha violencia de género suponga un riesgo para los hijos es cuando se tendrá en consideración la causa de no restitución, aun habiéndose producido una sustracción ilícita del mismo. En este sentido cabe plantearse, tres modalidades, posibles, de relación entre la violencia ejercida sobre la madre y el riesgo para el menor:

1º Tomando como referencia nuevamente el PBP, entre el 30 y 60% de correlación existe entre la violencia conyugal y contra los niños.

2º Existencia de la violencia vicaria, entendiéndose esta como aquella que se ejerce sobre el menor con la sola finalidad de hacer daño a su madre.

3º Efectos psicológicos sobre los menores que viven en un entorno de violencia doméstica.

Frente a estas situaciones, debemos remitirnos a la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵³, pues en ella se establece; “Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas;

- En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo.
- En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud.

⁵³ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Referencia; BOE-A-2015-8222. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222

- En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer.
- Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o exparejas.

La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma. Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos”.

Situación que podemos ver reflejada en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2016, en la que se condenaba al padre agresor por maltrato habitual sobre su esposa y al hijo de este por el posterior asesinato de su madre, y en la que se demuestra como maltrato y agresión continuado del recurrente a su esposa, constituyeron el perverso aprendizaje que fue recibiendo el hijo, donde es evidente que el recurrente no solo convirtió su relación con su mujer en una situación de dominación y de miedo, sino que transmitió esos valores a su propio hijo quien libre y acríticamente los aceptó y los llevó a efecto de la forma trágica descrita.⁵⁴

18. El problema de la prueba

Estamos ante un escenario muy difícil de probar, ya que estamos ante delitos cometidos en la intimidad familiar, y dadas las especiales características de las víctimas de violencia de género; negación de su condición de víctimas, dependencia afectiva del agresor, falta de denuncia, etc.

Todo ello provoca que la situación de violencia de género que se alega por la madre y que podría implicar una situación de riesgo para el menor en caso de retorno, en la mayoría de los casos no sea estimada en por los Tribunales de Justicia, como por ejemplo; La Sentencia 436/2016, de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 25 de julio⁵⁵, La SAP Murcia 437/2016, de 14 de julio⁵⁶ y en la SAP Asturias de fecha 15 de marzo de

⁵⁴ Sentencia TS, de 21 de enero de 2016, nº 11/2016. CENDOJ (Consejo General del Poder Judicial). <http://www.poderjudicial.es/search/openCDocument/cac2ec927df2ac24ddaedeee435516724205aec78d421c76>

⁵⁵ NUMROJ: SAP GC 2345/201.

⁵⁶ NUMROJ: SAP MU 1834/2016.

2017⁵⁷, donde en todas ellas se ordena finalmente el retorno de los hijos menores a su país de residencia.

Es cierto que, estas sentencias son ajustadas a Derecho dado el carácter restrictivo de la interpretación que ha de hacerse a la alegación de riesgo para la integridad del menor. Sin embargo, las especiales características de las víctimas de violencia de género provocan que el Proyecto de guía de Buenas prácticas sobre el art. 13 1 b) CH80 recomiende al órgano judicial *“tener en cuenta los efectos psicosociales de la violencia doméstica, como por ejemplo; el trastorno de estrés postraumático, para comprender el comportamiento de los individuos afectados en lo atinente a la credibilidad de su testimonio y a la existencia o inexistencia de pruebas”*.

Por ello ante esto último mencionado hay sentencias como la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno, de Montevideo, 6 de febrero de 2015⁵⁸, que denegó el retorno del menor a España basándose en numerosas pruebas testificales y periciales que acreditaron la situación de maltrato habitual del padre a la madre y al hijo, mostró una especial sensibilidad en la valoración de la situación de la madre. Se argumentó por el padre requirente que la madre no había presentado denuncia en España pudiendo hacerlo, a lo que respondió el Tribunal que *“la madre quedó sola en España en el sentido de que los parientes que tenía en España habían retornado antes que ella; que la permanencia de los que quedaron no fue suficiente para su protección y la de su hijo dado que por sus características de personalidad, temor, características de la localidad, nunca permitió que intervinieran, no realizó la denuncia ante las autoridades ni por las mismas razones, aunado a la falta de medios económicos, tampoco se separó de su concubino dentro de la localidad”*. Dice la Sentencia, para no acoger la alegación del padre de que no presentó denuncia, que *“debe distinguirse entre los medios de protección que objetivamente se ofrecen en casi todas las comunidades, de lo que significa el acceso real y efectivo a los medios de protección adecuados. En el presente caso, concluye la Sentencia, la madre del niño cuya restitución se solicita, no tuvo acceso efectivo”*. Y se ratifica la denegación de la restitución del menor.

⁵⁷ NUMROJ: SAP O 863/2017

⁵⁸ Consultado en INCADAT, referencia 2015 | HC/E/UY 1322

Conclusiones

Como conclusión, cabe recordar que la sustracción internacional de un menor se produce cuando un progenitor que no tiene atribuida legalmente la guarda y custodia del menor, lo traslada sin el consentimiento del otro progenitor a un país distinto de donde reside habitualmente. También comete sustracción internacional de menores el progenitor que no cumple los términos de custodia o derechos de visitas de la sentencia judicial de divorcio o medidas.

Frente a ello a lo largo de los años se ha ido regulando más minuciosamente este tema en diferentes textos normativos no solo a nivel global como puede ser la Convención de la Haya de 1980, sino también a nivel comunitario como puede ser lo que establece el Reglamento Bruselas II bis, que en relación con el anterior es de aplicación más concretamente a los Estado miembros de la Unión Europea, así como también la existencia de una regulación interna de cada Estado, que en el caso de España se encuentra en el capítulo IV de la LEC.

Por ello cabe hacer mención y debe valorarse muy positivamente el hecho de que tanto la Conferencia de La Haya como la Unión Europea han realizado un esfuerzo por responder a las críticas y poner al día las soluciones en materia de retorno de menores sustraído/as. Ciertamente es que en ambos casos los nuevos textos refuerzan el mecanismo a la restitución, lo que en sí mismo no sería objetable si no fuera porque las soluciones que se plantean parten de unos niveles de cooperación y equivalencia en la protección de los menores que no siempre están presentes. En este sentido, que se pueda considerar la restitución sin que se hayan adoptado las medidas de protección se antoja una apuesta arriesgada, puesto lo que está en juego es la protección de un menor.

No obstante, como se ha venido repitiendo a lo largo de la exposición, en ciertas circunstancias en las que a pesar de haberse llevado a cabo una sustracción internacional de un menor, cabe la posibilidad de no cumplir con el principal objetivo de los textos normativos, esto es, la restitución inmediata del menor al país de su residencia habitual, y ello es posible siempre y cuando se demuestre ante el Tribunal que esté llevando la causa que concurre alguno de los motivos legalmente establecidos para ello, siempre velando por el interés superior del menor.

Bibliografía

19. Medios electrónicos

- https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176999&idp=1254735573002&menu=ultiDatos (Instituto Nacional de Estadística).
- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-19691> (BOE; Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980).
- https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1984-19540 (BOE; Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980).
- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-82188> (Reglamento nº 2201/2003, Bruselas II bis).
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (BOE; Código Penal, ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> (BOE; Código Civil, de 24 de julio de 1889).
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323> (BOE; Ley 1/2000, de 7 de mayo, de Enjuiciamiento Civil).
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069> (BOE; Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
- https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222 (BOE; Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).
- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312> (BOE; Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989).
- <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ).
- <https://www-tirantonline-com.accedys2.bbtk.ull.es/tol/busquedaJurisprudencia/index> (Tirant online).
- <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14s.pdfConclusiones> (Oficina permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado).

- <http://bittor-etxaburu.blogspot.com/2015/10/legal-kidnapping-sustraccion.html> (Bittor Etxaburu).
- <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4142> (Isabel Reig Fabado).
- <https://www.incadat.com/es> (INCADAT; servicio ofrecido por HCCH).

20. Medios analógicos

- CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. 18ª ed. Granada: Comares, 2018.
- BORRÁS, Alegría “El “interés superior del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado” RJC, vol.93, nº4, 1994, pp. 915-967.
- VAQUERO LÓPEZ, Carmen “Nuevas normas de Derecho Internacional Privado Estatal en materia de protección de adultos y menores”. AEDIPr, t. XVI, 2016, pp. 395-414.
- FERNANDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto “Derecho Internacional Privado” Novena Edición. Ed. Aranzadi Cizur Menor, 2016 Pp. 409.
- GONZALEZ VICENTE, Pilar “la sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, Revista jurídica de Castilla y León, nº II, 2007, págs. 67-124.
- Álvarez González, S.: “Desplazamiento ilícito de menores en la U.E. Supresión del Exequátur y derechos del niño a ser oído”, La Ley (2011), núm. 7578, de 28 de febrero de 2011.
- Proyecto de la Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13 (1) (b) del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
- E. Pérez Vera, Informe explicativo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, esp. párrafo núm. 114.
- Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños de la Conferencia de Haya, 2014.