



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2015/2016
Convocatoria: Julio

LA SUSTRACCIÓN CIVIL INTERNACIONAL DE MENORES
EXTRACOMUNITARIOS: LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO CAUSA DE
DENEGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN

THE INTERNATIONAL MINOR ABDUCTION IN NON-EU COUNTRIES:
THE GENDER VIOLENCE AS DENIAL CAUSE OF THE RESTITUION

Realizado por la alumna Doña Andrea del Castillo Oramas

Tutorizado por la Profesora Doña María Asunción Asín Cabrera

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

Área de conocimiento: Derecho Internacional Privado

ABSTRACT

The international civil abduction of minors is an increasing phenomenon over the years affecting one of the most vulnerable groups in society, the minors.

In order to understand its regulation, a general analysis of the International Private Law's rules of conventional, european and national origin, dealing with this subject is proposed, as it is consider that its fundamental mission is to guarantee and protect the superior interest of the minor.

This essay focus on doctrinal and legal precedents studies in the field of non-EU countries analyzing the possibility of consider gender violence suffered by the abductor mother as a cause of rejection in the restitution of the minor to the place from he/she was ilegally abducted.

RESUMEN

La sustracción internacional civil de menores es un fenómeno que aumenta de manera exponencial y que repercute principalmente en los sujetos más vulnerables de la sociedad, los menores.

Para poder entender la regulación de este fenómeno, se ha acometido un análisis general de las normas de Derecho Internacional Privado de origen convencional, europeo e interno estatal que versan sobre este fenómeno y cuya misión fundamental es garantizar y proteger el interés superior del menor.

Este trabajo se centra en un análisis doctrinal y jurisprudencial en el ámbito extracomunitario sobre la posibilidad de considerar la violencia de género sufrida por la madre sustractora del menor como causa de denegación para restituirlo al lugar de donde ha sido sustraído ilícitamente.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	5
1.1. La globalización y la sustracción internacional civil de menores.....	5
1.2. Otros posibles factores de la sustracción internacional civil de menores.....	5
II. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL CIVIL DE MENORES.....	6
II.1. Concepto de Sustracción internacional civil de menores.....	6
II.2. Supuestos tipo de la sustracción internacional civil de menores.....	8
<i>II.2.1. El “caso tipo” de legal kidnapping.....</i>	<i>8</i>
<i>II.2.2. Otros casos de secuestro internacional de menores.....</i>	<i>8</i>
III. MARCO JURÍDICO DE LA SUSTRACCIÓN CIVIL INTERNACIONAL DE MENORES EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	9
III.1. Marco jurídico convencional internacional: La acción de la cooperación internacional de autoridades.....	10
<i>III.1.1 El Convenio de la Haya, sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, de 25 de octubre de 1980.....</i>	<i>11</i>
III.1.1.1. La acción de la cooperación internacional de autoridades en el CH80.....	13
III.1.1.2. Naturaleza de la acción de restitución en el CH80.....	14
<i>III.1.2. El Convenio de Luxemburgo, relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980.....</i>	<i>14</i>
<i>III.1.3. El Convenio entre España y Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997.....</i>	<i>16</i>
III.2. Marco jurídico europeo.....	18
<i>III.2.1. El Reglamento (CE) nº 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.....</i>	<i>18</i>
III.3. Marco jurídico interno estatal.....	20

IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO CAUSA DE DENEGACIÓN A LA ORDEN DE RESTITUCIÓN DEL MENOR INTERNACIONALMENTE SUSTRÁIDO.....	22
IV.1. El artículo 13.b) del Convenio de la Haya de 1980.....	23
IV.2. Las causas excepcionales de denegación de la restitución del menor previstas en el Convenio de La Haya de 1980: los casos de violencia de género.....	24
IV.3. Análisis de casos de la Jurisprudencia relativa al Convenio de la Haya de 1980.....	26
<i>IV.3.1. Jurisprudencia de derecho comparado.....</i>	<i>27</i>
IV.3.1.1. El caso Pollastro v. Pollastro.....	27
IV.3.1.2. El caso Blondin v. Dubois.....	28
<i>IV.3.2. Jurisprudencia española.....</i>	<i>29</i>
IV.3.2.1. SAP de Las Palmas, secc. 3ª, nº 903/2008, de 18 de diciembre.....	29
IV.3.2.2. AAP de Cádiz, secc. 5ª, nº 25/2011, de 22 de febrero.....	29
IV.3.2.3. El controvertido caso de Desirée Vicente y Philippe Kitsos.....	29
<i>IV.3.3. Observaciones.....</i>	<i>31</i>
CONCLUSIONES.....	32
BIBLIOGRAFÍA.....	35

I. INTRODUCCIÓN

I.1. La globalización y la sustracción internacional civil de menores

La sustracción internacional de menores es un fenómeno que ha aumentado considerablemente en nuestro país durante los últimos años. Esta proliferación responde a la incidencia de varios factores de índole económica, política y social, dentro de los cuales, se encuentra la globalización. Así, como ha puesto de manifiesto PÍAS GARCÍA, “esta globalización o mundialización, como otros han preferido llamarlo, no sólo afecta a la economía o a la política, sino que llega a todos los ámbitos, incluida la sociedad civil. Los adelantos en las comunicaciones, la supresión de fronteras o el cambio cultural han propiciado cambios en las pautas de comportamiento de los ciudadanos que se traduce, entre otras manifestaciones, en el cada vez mayor número de matrimonios entre extranjeros y, por consiguiente, de divorcios, separaciones o sustracciones de menores”.¹

Se trata, por consiguiente, como han señalado CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ de un “factor que ha modificado la base social sobre la que opera el Derecho Internacional Privado y hace que las situaciones privadas internacionales presenten aspectos que hasta ahora no se conocían. Este cambio sustancial de las situaciones privadas internacionales conlleva que, los casos de sustracción internacional de menores se internacionalicen al máximo”² y ello como consecuencia de: El aumento de los matrimonios mixtos, la celeridad para la separación y el divorcio, un mayor reconocimiento de los menores como personas sujetos de derechos, la mayor involucración y protagonismo de la mujer en la sociedad, la reducción de los trámites para el paso de fronteras y los avances tecnológicos³, tal y como ha indicado PÍAS GARCÍA.

I.2. Otros posibles factores de la sustracción internacional civil de menores

¹ Véase PÍAS GARCÍA, E., *La Sustracción Interparental de Menores*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 25 y ss.

² Véanse CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (dir.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Còlex, 2004, pp.159-160.

³ Véase PÍAS GARCÍA, E., *op.cit.*, p. 25.

Asimismo, otros factores no menos importantes a tener en cuenta en el incremento de supuestos de sustracciones internacionales civil de menores son, de acuerdo con CALVO CARAVACA, los siguientes:

1.º) “Nacionalismo judicial”: Los tribunales de un Estado suelen atribuir la custodia del menor al progenitor que ostenta la nacionalidad de dicho Estado. Asimismo, siguiendo a GÓMEZ BENGOCHEA, esta causa “puede llevar a un incremento de la sustracción internacional de menores al confiar los sustractores en que los jueces del Estado de refugio (muchas veces Estado de origen del sustractor) van a dar cobertura legal a la situación de hecho que ellos han provocado.”⁴

2.º) El controvertido “derecho de visitas”: El progenitor que no tiene atribuida la custodia del menor pero sí dispone del “derecho de visitas” suele utilizar con frecuencia los períodos de visita para atraerlo hacia sí y alejarlo de quien lo tiene bajo su custodia. Utiliza, incluso, el derecho de visita para trasladarlo lejos de su país de residencia o para retenerlo en otro país.

3.º) El transcurso de los años: Mientras se dilatan en el tiempo los procedimientos legales, el menor se integra en el país al que ha sido trasladado. Por ello, el retorno a su país de origen le puede suponer más perjuicios que beneficios.

4.º) Las madres secuestradoras y los padres maltratadores: Últimamente más del 70% de los secuestradores son mujeres madres del hijo que secuestran y cuya custodia ostentan. Normalmente huyen de la violencia y abusos del padre maltratador que tiene el derecho de visita.⁵ Desde esta perspectiva de género, se analizarán en este trabajo algunos casos en los que se deniega la restitución del menor sustraído internacionalmente.

II. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL CIVIL DE MENORES

II.1. Concepto de Sustracción internacional civil de menores

⁴ Véase GÓMEZ BENGOCHEA B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Madrid, Ed. Dyckinson, 2002, p. 22.

⁵ Véase CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Granada, 15ª ed., Comares, 2014, p. 462.

Una de las primeras cuestiones que plantea la problemática de la sustracción internacional civil de menores, es la definición conceptual de “sustracción civil internacional”.

A este particular, llama la atención la cantidad de nombres que recibe este fenómeno, tales como “secuestro interparental”, “detención ilegal”, “secuestro familiar de menores”, etc. En el presente trabajo, al centrarnos en el ámbito civil internacional y, en particular, en el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, (en adelante, CH80) tomaremos como referencia el término y la definición que están recogidos en el Art. 3 del mismo:

“El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”.⁶

El carácter de internacionalidad de este fenómeno se adquiere porque el traslado se realiza del Estado en el que habitualmente residía el menor a otro Estado diferente, siendo este elemento un claro agravante de la situación porque entran en conflicto dos jurisdicciones distintas.

Resulta necesario resaltar dos aspectos importantes sobre este concepto:

1. La sustracción internacional civil de menores implica la vulneración de un derecho de custodia,⁷ atribuido conjunta o separadamente a los progenitores; un derecho de visitas⁸ y el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores.

⁶ <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>

⁷ Véase Art. 5.a) del CH80 que establece que: “A los efectos del Convenio el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”.

⁸ Véase Art. 5.b) del CH80 que establece que: “A los efectos del Convenio el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

2. Para calificar el traslado como “ilícito” se requiere la infracción del derecho vigente del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual, dejando al margen el factor de la nacionalidad.

II.2. Supuestos tipo de la sustracción internacional civil de menores

Como hemos visto, el secuestro internacional de menores presenta varias modalidades. Autores como CALVO CARAVACA, DE LA ROSA CORTINA y PÉREZ VERA han hecho referencia a las mismas en sus diversos estudios sobre el tema. Así, el secuestro internacional de menores se puede considerar el supuesto más grave dentro de la tipología de los secuestros parentales y se deben destacar varios datos relativos a este fenómeno:

II.2.1. El “caso tipo” de legal kidnapping.

El “caso tipo” de “secuestro internacional de menores” es el siguiente: el progenitor al que, tras un divorcio o separación, se ha atribuido el “derecho de visita”, aprovechando un período de esa visita, sustrae consigo al menor y lo traslada a otro país, ante cuyas autoridades intenta obtener el derecho de custodia para “legalizar” el secuestro, razón por la que este fenómeno se denomina también “*Legal Kidnapping*” o secuestro “legal” de menores.

Está claro que las dificultades para restablecer el *status quo* anterior se incrementan, porque el progenitor que lleva a cabo la sustracción es normalmente ciudadano del país donde traslada al menor y lo que pretende con su actuación es crear un fuero artificial para que el conflicto sobre la custodia se resuelva a su favor, es lo que señalábamos antes como “nacionalismo judicial”⁹. Así, como ha señalado DE LA ROSA CORTINA, “esta búsqueda de unos Tribunales ad hoc, favorecedores de las posiciones de los secuestradores, es especialmente dramática en supuestos en los que los progenitores son no solo de distintas nacionalidades sino pertenecientes a distintas culturas o civilizaciones”¹⁰.

II.2.2. Otros casos de secuestro internacional de menores.

⁹ Véanse PÉREZ VERA, E., *La Sustracción Internacional de Menores. Estudios sobre Violencia Familiar y Agresiones Sexuales*. CEJAJInstituto de la Mujer, 2002, p. 594; DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Sustracción Parental de Menores*, Valencia, 1ª ed., Tirant lo Blanch, 2010, p. 16.; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 461.

¹⁰ Véase DE LA ROSA CORTINA, J.M., *op. cit.*, p. 16.

Otros casos de sustracción internacional de menores se producen cuando ambos progenitores comparten la custodia y uno de ellos traslada al hijo común a otro país, de modo que así impide que el otro progenitor ejerza su derecho de custodia. Y también cuando el progenitor que tiene la guarda del menor lo traslada a otro país, y evita así que el progenitor que ostenta el derecho de visita pueda seguir ejerciendo tal derecho.¹¹

Como señala ALONSO CARVAJAL, estas modalidades que hemos señalado “pueden ser diversas y abarcar desde la desaparición total con movimientos frecuentes o penetración en zonas de difícil control, a la radicación determinada en un Estado, o desde la localización con imposibilidad de relación o comunicación con el menor, hasta la comunicación dificultosa, y todo ello puede ser visto desde la posición de Estado que recibe al niño, o desde el Estado del que es sacado el menor.”¹²

Este autor viene indicando de manera reiterada que nos encontramos ante un supuesto más de violencia doméstica, en el que la primera víctima es el menor, pero donde también sufren esta violencia el progenitor que se ve privado de la relación con su hijo. Se produciría un desgaste económico y psicológico para la madre o el padre y traumas también para el menor.

En definitiva, y de acuerdo con LAPIEDRA ALCAMÍ, “la tipología de la sustracción internacional de menores desborda cualquier intento de sistematización.”¹³ Esto se debe, en parte, a la proliferación de nuevas modalidades de este fenómeno, centrándonos en este trabajo en las que tienen su origen es una situación de violencia de género. Este es el caso de una mujer maltratada por su pareja y que, ya tenga el derecho de custodia o de visita sobre sus hijos, huye del agresor y se traslada a otro Estado con los menores, que en la mayor parte de los casos es su país de origen.

III. MARCO JURÍDICO DE LA SUSTRACCIÓN CIVIL INTERNACIONAL DE MENORES EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

¹¹ Ibid. p. 17.

¹² Véase ALONSO CARVAJAL, A., “El traslado ilícito de hijos menores (I)”, en VVAA, *Los Hijos Menores de Edad en Situación de Crisis Familiar*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 120.

¹³ Véase LAPIEDRA ALCAMÍ, R., “La sustracción internacional de menores: el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980”, en LLORIA GARCÍA, P. (dir.), *Secuestro de Menores en el Ámbito Familiar: Un Estudio Interdisciplinar*, Madrid, 1ª ed. Iustel, 2008, p. 213.

A continuación, procederemos a hacer un análisis sobre el marco jurídico convencional internacional, el europeo y el interno estatal de la sustracción internacional civil de menores.

III.1. Marco jurídico convencional internacional: La acción de la cooperación internacional de autoridades

Se debe tener en cuenta que los casos de sustracción internacional son siempre situaciones difíciles de afrontar jurídicamente incluso cuando existen Tratados entre los países implicados. “Debe partirse de la evidente incapacidad que poseen los legisladores estatales para enfrentarse a estos supuestos de forma aislada y la necesaria cooperación internacional que se precisa para su adecuado tratamiento”¹⁴, tal y como han manifestado PALAO MORENO y DE LA ROSA CORTINA.¹⁵

Debemos tener presente que la tutela del interés superior del menor es el objeto de los cuerpos normativos especializados en este tema. Para proteger dicho interés, se ha fijado como finalidad de los textos convencionales garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita y velar porque los derechos de custodia y de visita se respeten. Siguiendo a LLORIA GARCÍA “el derecho del niño a mantener una relación continuada con los miembros de la familia que favorece su desarrollo correcto viene recogido en los diferentes textos normativos que se ocupan de los derechos de los menores [Carta de Derechos del niño, Convención europea de Derechos del niño (1989), Ley Orgánica de protección jurídica del menor, etc.]”¹⁶

En este plano internacional se hace necesaria la cooperación entre autoridades. Para DE LA ROSA CORTINA cualquier otra perspectiva resulta avocada al fracaso y “en esta línea ha señalado a la SAP Barcelona de 17 de junio de 1997¹⁷ que declara *...que resulta conveniente subrayar que las normas internacionales, destinadas a regular la protección de los menores, han ido evolucionando en el sentido de exigir la presencia cada vez mas necesaria de los poderes públicos como encargados de las*

¹⁴ Véase PALAO MORENO, G. “La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española” *Revista de Derecho de familia* n° 16, 2002, p. 256.

¹⁵ Véase DE LA ROSA CORTINA, J.M., *op. cit.*, pp. 41, 42.

¹⁶ Véase LLORIA GARCÍA, P., “introducción” en LLORIA GARCÍA, P. (dir.), *Secuestro de Menores en el Ámbito Familiar: Un Estudio Interdisciplinar*, Madrid, 1ª ed. Iustel, 2008, p. 26.

¹⁷ (AC n° 1388).

tareas protectoras de los menores, en detrimento de los derechos de los adultos, y pasando por alto sentimentalismos nacionalistas, en pos del principio de prevalencia del interés del menor. En el mismo sentido, la conclusión nº 23 de las adoptadas en el seno de la Reunión sobre violencia doméstica de Fiscales españoles e iberoamericanos celebrada en Madrid los días 16 a 18 de octubre de 2002 declaraba que *es necesario implementar los mecanismos establecidos por los Tratados internacionales suscritos en materia de sustracción internacional de menores, así como mejorar la cooperación internacional en la materia y tramitar estos asuntos con la máxima rapidez posible.*¹⁸

Como también ha señalado LAPIEDRA ALCAMÍ, “nos encontramos ante una materia que exige un alto grado de cooperación entre las autoridades de los distintos Estados. En efecto, ante una sustracción internacional de un menor muy poco o más bien nada se puede hacer desde el punto de vista del derecho interno. Es por ello que se han elaborado varios instrumentos convencionales de carácter multilateral específicos sobre la materia”¹⁹.

A continuación haremos una breve referencia de los textos legales internacionales que ha ratificado España, haciendo especial hincapié en el CH80, por ser el que se ha tomado como referencia para este trabajo.

III.1.1 El Convenio de la Haya, sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, de 25 de octubre de 1980

Según han señalado autores como DE LA ROSA CORTINA, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, este instrumento convencional multilateral tiene carácter semiabierto, esto quiere decir que se podrá suscribir por cualquier país, aunque no forme parte de la Conferencia de la Haya, pero su adhesión únicamente tendrá efecto entre el Estado adherido y los demás Estados que siendo parte del Convenio y de la Conferencia de La Haya hayan aceptado tal adhesión (art. 38 del CH80).²⁰ Actualmente, este Convenio vincula a 94 Estados del planeta²¹.

¹⁸ Véase DE LA ROSA CORTINA, J.M., *op. cit.*, pp. 28, 29.

¹⁹ Véase LAPIEDRA ALCAMÍ, R., “La sustracción internacional de menores: el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980”, en LLORIA GARCÍA, P. (dir.), *op. cit.*, p. 191.

²⁰ Véase Art. 38 del CH80: “Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio. El instrumento de adhesión será depositado en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

En el artículo 4 se determina su ámbito de aplicación que abarca a todo menor que tuviera su residencia habitual en alguno de los Estados contratantes inmediatamente antes de que se cometiera el traslado ilícito, considerándose como “menor” a todos aquellos que no hayan alcanzado la edad de 16 años.²²

El CH80 fue ratificado por España por Instrumento el 28 de mayo de 1987, pero no entró en vigor hasta el 1 de noviembre de ese mismo año.²³ Este Convenio parte de dos ideas clave: 1) las rupturas bruscas del menor con el medio en el que vive son negativas y deben evitarse; 2) las autoridades del país de residencia habitual del menor son las que están mejor situadas para decidir sobre la cuestión de la custodia del menor. Sus objetivos fundamentales son: 1) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante y 2) velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes.²⁴

En relación con otros objetivos del Convenio, LAPIEDRA ALCAMÍ ha señalado que la intención originaria del CH80 era la de conjugar medidas *ex ante* (aquellas con las que se trata de prevenir que se produzca el futuro traslado ilícito a otro país) y *ex post* (aquellas que se adoptan una vez se ha producido el traslado). Sin embargo, el Convenio se centra exclusivamente en la cooperación *ex post*, lo cual como

Para el Estado que se adhiera al Convenio, éste entrará en vigor el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de adhesión.

La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión. Dicha declaración será depositada en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados contratantes.

El Convenio entrará en vigor entre el Estado que se adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el día uno del tercer mes siguiente al depósito de la declaración de aceptación.”

²¹ <https://assets.hcch.net/docs/66c143d4-196d-4dbd-b802-794c71bace9d.pdf>

²² Véase Art. 4 del CH80: “el Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.”

²³ BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987; corr. de errores, BOE núm. 155, de 30 de junio de 1989, y BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996.

²⁴ Véanse DE LA ROSA CORTINA, J.M., *op. cit.*, nota 7, p. 61 y CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 166.

ha señalado el profesor ÁLVAREZ GONZÁLEZ constituye uno de los déficits más importantes del mismo.²⁵

Con respecto al contenido material del Convenio no se incluye la cuestión de fondo de los derechos de custodia, así el Art. 19 señala que una decisión adoptada al amparo del Convenio sobre la restitución del menor, “no afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia”. Tampoco incluye normas sobre competencia judicial internacional, sobre ley aplicable o sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, limitándose a incorporar disposiciones sobre cooperación de autoridades.

III.1.1.1. La acción de la cooperación internacional de autoridades en el CH80

De acuerdo con ESPLUGUES MOTA e IGLESIAS BUHIGUES, este Convenio “procede a articular un mecanismo de cooperación entre las diversas autoridades involucradas que, buscando facilitar el cumplimiento de la decisión sobre guardia y custodia, intenta asegurar el retorno inmediato del menor a su lugar de origen”²⁶. En esta misma línea también ha establecido CARRILLO CARRILLO que se trata de un Convenio que establece sistemas de cooperación de autoridades con el objetivo de poner en marcha una acción para el retorno inmediato del menor al país de su residencial habitual.²⁷

Concretamente, en su art. 6²⁸ prevé que cada uno de los Estados contratantes designe una Autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el texto convencional. En el caso de España, dicha autoridad es el Ministerio de Justicia, Servicio de Convenios. Por otro lado, también cabe mencionar que el art. 7 CH80 atribuye a las Autoridades centrales la misión de “colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados”.

²⁵ Véanse ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Secuestro internacional de menores (“legal kidnapping”) y cooperación internacional: la posición española ante el problema”, *Poder Judicial*, 2ª ed., Época, nº 4, 1986, pp. 22-23 y LAPIEDRA ALCAMÍ, R., *op. cit.*, pp. 194-195.

²⁶ Véanse ESPLUGUES MOTA, C. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *op. cit.*, p.389.

²⁷ Véase CARRILLO CARRILLO B., “Doble secuestro internacional de menores y Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (dir.) “*El Derecho de Familia...*”, *op. cit.*, p.230.

²⁸ <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>

Como dice PÉREZ VERA “las Autoridades centrales se erigen en las guardianas del Convenio, lo que implica que, más allá de las atribuciones concretas que en él se contemplan, su misión es la de velar porque los objetivos convencionales lleguen a buen fin; de este modo, a ellas les corresponde “organizar” la cooperación.”²⁹

III.1.1.2. Naturaleza de la acción de restitución en el CH80

La acción de restitución es uno de los objetivos fundamentales del CH80³⁰. Las disposiciones del CH80 relativas a la acción de restitución son fundamentalmente las siguientes: En su Art. 8 se fija quiénes están legitimados para solicitar dicha acción; entre los Arts. 9 y 10 se regula cómo debe proceder la Autoridad Central cuando reciba la solicitud de restitución; el Art. 11 señala el carácter urgente con el que deben actuar las autoridades judiciales o administrativas para conseguir la restitución; y los Arts. 12 y 13 establecen así como las posibles causas por las que las se pueden oponer al requerimiento de la restitución.

La acción de restitución puede tener una naturaleza cautelar o ejecutiva.³¹ La atribución de una u otra dependerá de si existe o no una resolución previa en la que se atribuye la guarda y custodia a alguno de los progenitores. En los supuestos en los que existe dicha resolución, podemos enmarcar a la acción de restitución como una medida judicial cuya finalidad es garantizar la tutela ejecutiva que otorga la resolución de guarda y custodia. Por el contrario, si la acción de restitución tiene lugar al margen de la resolución, la medida tendría una naturaleza cautelar, pues se concede una tutela que tiene como finalidad asegurar la posible decisión futura que tomen las autoridades judiciales competentes.

Por tanto, desde el punto de vista del CH80 y dado que el mismo no exige que haya una resolución previa que determine el régimen de custodia, esta acción de restitución tendrá una naturaleza cautelar.

III.1.2. El Convenio de Luxemburgo, relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980.

²⁹ Véase PÉREZ VERA, E., *op.cit.*, p. 609 y DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 67.

³⁰ Véanse ESPLUGUES MOTA, C. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *op. cit.*, p. 391.

³¹ Véase DE LA ROSA CORTINA, J.M., *op. cit.*, p. 59.

Se trata de otro Convenio que intenta luchar jurídicamente contra la sustracción internacional de menores, pero esta vez utilizando otro mecanismo: la vía del *exequátur*. Tal y como han destacado CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ esta vía permite que una resolución judicial dictada en un Estado parte se pueda reconocer y ejecutar en el Estado en el que se impide el derecho de visitas, o del que ha sido trasladado ilícitamente un menor. Con este Convenio el *exequátur* se lleva a cabo sin las formalidades ordinarias que le suelen ser propias y de forma mucho más rápida.³²

De acuerdo con DE LA ROSA CORTINA, los dos Convenios más importantes, el de La Haya y el de Luxemburgo tienen varios puntos en común: ambos tratan de establecer sistemas rápidos de restitución de menores que se han trasladado ilícitamente, ambos se basan en la designación de autoridades centrales en los Estados que son parte del Convenio para que se encarguen de agilizar las actuaciones administrativas y judiciales, y ambos se centran en menores de 16 años.³³

Una de las grandes diferencias que presenta con el CH80, es que en este último no se exige que exista una resolución previa que determine el régimen de custodia, al contrario que en el Convenio de Luxemburgo. Por tanto, podemos afirmar que desde el punto de vista del Convenio de Luxemburgo la acción de restitución tiene una naturaleza ejecutiva. Debe también tenerse presente que ni el CH80 ni el Convenio de Luxemburgo abordan la competencia judicial internacional ni el derecho aplicable al fondo del asunto.³⁴

Autores como CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ han asegurado que hay un aspecto negativo sobre estos dos convenios: “De frente al mismo problema (sustracción ilícita internacional de menores), dos organismos internacionales entraron en una *carrera competitiva* por elaborar un Convenio para atajar el fenómeno. Ambos Convenios persiguen, en el fondo, el mismo fin, pero con distintos mecanismos. Por ello, hubiera sido deseable que, en vez de prevalecer intereses de protagonismo político, se hubiese llegado a una coordinación entre Consejo de Europa y Conferencia

³² Véase CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 161.

³³ Véase Art. 1. a) del Convenio de Luxemburgo: “A los efectos del presente Convenio se entenderá por menor a una 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”.

³⁴ Véase DE LA ROSA CORTINA, J.M., *op. cit.*, p. 55.

de la Haya de DIPr. para afrontar el problema de manera unívoca. Por desgracia, no fue así.”³⁵

III.1.3. El Convenio entre España y Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997

Las situaciones de crisis matrimoniales y el aumento de supuestos de sustracciones internacionales de menores entre nuestro país y la comunidad magrebí, pusieron de manifiesto la necesidad de crear un Convenio bilateral entre España y el Reino de Marruecos para “la adopción de soluciones jurídicas específicas, más flexibles y mejor adaptadas a los problemas derivados de la multiculturalidad hispano-magrebí”³⁶, tal y como ha manifestado ASÍN CABRERA.

En este contexto, DE LA ROSA CORTINA, PÉREZ VERA Y PÍAS GARCÍA han manifestado que, pese a la existencia de este Convenio, “nos encontramos con dos problemas difíciles: 1) las diferencias religiosas y culturales que existen entre Europa y el mundo árabe y que se traducen en un ordenamiento jurídico en ciertos aspectos difícil de coordinar con el derecho de familia europeo y 2) las dificultades que se plantean para localizar a los menores. De hecho, la mayoría de los casos que se presentan ante el Ministerio de Justicia bajo el Convenio bilateral no han podido resolverse por no haber sido localizado el menor en Marruecos.”³⁷

La finalidad de este Convenio, según se fija en su preámbulo es *asegurar una mejor protección de los menores*. Esto se ve reflejado en su Art. 9, que dispone que “al considerar las circunstancias, las Autoridades judiciales tendrán en cuenta únicamente el interés del menor, sin ninguna otra restricción derivada de su derecho interno.”³⁸

La operatividad y el buen funcionamiento de este instrumento bilateral depende de la cooperación entre las autoridades centrales de los dos Estados, que tienen el objetivo de agilizar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden el Convenio

³⁵ Véanse CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 160.

³⁶ Véase ASÍN CABRERA, M.A., “La imagen del menor en el Derecho de Familia Islámico: Problemas culturales de identidad e integración”, *Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 1997, p. 164

³⁷ Véanse PÉREZ VERA, *op. cit.*, nota 15, p. 599; DE LA ROSA CORTINA, J.M., *op. cit.*, nota 7, pp. 224, 225, 226; y PÍAS GARCÍA E., en ADAM MUÑOZ, M. D. y GARCÍA CANO, S., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004 p. 80.

³⁸ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1997-13738

y sus funciones se regulan en el Art. 4.2³⁹ del mismo. En España la autoridad central es la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional.

Su ámbito de aplicación, según reza en su Art. 2, se extiende a “1. Todo menor de dieciséis años, 2. No emancipado⁴⁰, y 3. Que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados”, siendo los dos últimos requisitos un aspecto diferente con respecto a los Convenios que ya hemos examinado.

A tenor del Art. 1 del Convenio, sus objetivos (inspirados en los Convenios multilaterales de Luxemburgo y el CH80), son: “a) Garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes. b) Hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita, dictadas en uno de los dos Estados contratantes en el territorio del otro Estado. c) Favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en territorio de ambos Estados.”⁴¹

Marruecos es Estado miembro de la Conferencia de la Haya desde el 6 de septiembre de 1993, pero no es hasta el 30 de marzo de 2011, que se publica en el BOE la declaración de aceptación por España de la adhesión del Reino de Marruecos al CH80, y que entró en vigor entre España y el Reino de Marruecos el 1 de mayo de

³⁹ Véase Art. 4.2 del Convenio hispano-marroquí: “La Autoridad Central, actuando directamente o por mediación del Ministerio Público o del Abogado del Estado, adoptará o hará tomar cualquier medida apropiada para:

- a) Localizar a un menor desplazado ilícitamente.
- b) Evitar nuevos peligros para el menor y, en particular, su desplazamiento hacia el territorio de un tercer Estado.
- c) Facilitar una solución amistosa, supervisar la entrega voluntaria del menor y el ejercicio del derecho de visita.
- d) Proporcionar información sobre la situación del menor.
- e) Garantizar la repatriación del menor.
- f) Proporcionar información sobre la legislación de su Estado, relativa a la aplicación del presente Convenio.
- g) Promover, en su caso, por mediación del Ministerio Público o del Abogado del Estado, la apertura de un procedimiento judicial o administrativo ante la jurisdicción competente, con el fin de obtener la devolución del menor.
- h) Velar por que se tomen, en todos los casos, todas las medidas provisionales, incluso sin procedimiento contradictorio, tendentes a evitar nuevos peligros para el menor o perjuicios para las partes implicadas.”

⁴⁰ Para MOYA ESCUDERO, M., *Sustracción internacional de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial 8/2002 pp. 411 a 460, “por lo que se refiere al convenio hispano-marroquí, si bien fija la edad también a los dieciséis años, hay que tener en cuenta que, en el Código de Estatuto Personal marroquí (art. 102), la custodia dura en el caso del varón hasta los doce años, y en el caso de la mujer hasta los quince. Después de esta edad el custodiado podrá elegir residencia con quien quiera, bien con su padre, bien con su madre, o cualquiera de los parientes indicados en el art. 99 de dicho Código”.

⁴¹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1997-13738

2011.⁴² Así pues, actualmente este Convenio bilateral entre España y Marruecos ha sido desplazado por el CH80, con el que tiene una relación de complementariedad.

Esta adhesión, como ya manifestó ASÍN CABRERA, “merece una valoración positiva, ya que abre puertas hacia nuevas vías de cooperación en la búsqueda de soluciones y hacia nuevos enfoques jurídicos que nos permitan afrontar la problemática derivada de la sociedad multicultural en la cual nos hallamos insertos.”⁴³

III.2. Marco jurídico europeo

III.2.1. El Reglamento (CE) nº 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental

A parte de los instrumentos convencionales a los que hemos hecho referencia, tiene suma importancia el Reglamento (CE) nº 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, R. 2201/2003) que entró en vigor el 1 de marzo de 2005 y al que se le conoce de forma genérica como Bruselas II bis. Es un instrumento de carácter general, unificador, directamente aplicable y deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. A tenor del Art. 60⁴⁴ del R. 2201/2003, se aplica de forma prioritaria a todos los Estados miembro de la Unión Europea, con la única excepción de Dinamarca, frente a los siguientes Convenios:

- a) Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores;
- b) Convenio de Luxemburgo de 8 de septiembre de 1967 sobre el reconocimiento de resoluciones relativas a la validez de los matrimonios;
- c) Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970 relativo al reconocimiento de divorcios y separaciones legales;

⁴² http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-5709&lang=en

⁴³ ASÍN CABRERA, M.A., *op. cit.*, p. 166.

⁴⁴ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-82188>

d) Convenio europeo de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia.

Entre los principios generales que informan el Reglamento destacan: El interés superior del menor, la confianza mutua, la celeridad y la colaboración tendente a la creación de un verdadero espacio europeo, etc. El R. 2201/2003, tiene como finalidad la reglamentación europea de diferentes aspectos del Derecho de familia, en concreto de las crisis matrimoniales y responsabilidad parental. Así, en el Reglamento se fija su ámbito de aplicación material en el art. 1.1⁴⁵, pero existe un déficit con respecto al ámbito de aplicación personal, a saber el menor, ya que no enmarca ninguna definición del mismo. De acuerdo con DE LA ROSA CORTINA, “no establece el Reglamento una edad tope en el menor para su aplicación. En nuestra opinión existe una remisión tácita al Convenio de La Haya, por lo que no deberá aplicarse más allá de los dieciséis años⁴⁶, aunque tampoco en este punto existe una *communis opinio*⁴⁷.”

Las disposiciones del Reglamento relativas a la sustracción civil internacional de menores son básicamente las siguientes: El art. 2. 11) establece una definición de lo que se entiende por “traslado ilícito o retención ilícita”; el Art. 10 relativo a la competencia judicial; el Art. 11 concerniente a la restitución del menor y a través del cual se complementa el Reglamento con el CH80; el Art. 40 y siguientes que establecen el reconocimiento de resoluciones judiciales relativas al derecho de visita y a la restitución del menor y el Art. 53 y siguientes referentes a la cooperación de autoridades.

De acuerdo con la doctrina española, se puede afirmar que el Reglamento abarca los dos sistemas más eficaces para luchar contra la sustracción internacional de menores: El reconocimiento y ejecución de las resoluciones sobre guarda y custodia

⁴⁵ Véase Art. 1.1 del R. 2201/2003: “El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas: a) Al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

⁴⁶ Véase DE LA ROSA CORTINA, J.M., *op. cit.*, pp. 196, 197.

⁴⁷ Apunta GONZÁLEZ VICENTE B., “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación” *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 11, Enero 2007, p. 14 que “en el Seminario sobre Cooperación Judicial en materia de derecho de familia y relaciones parentales en la Unión Europea, celebrada en Murcia los días 28 a 30 de septiembre de 2005, que reunió a 42 Magistrados de casi todos los Estados miembros se recomendó que los órganos jurisdiccionales resolverían en cada caso concreto en la aplicación del Reglamento en relación con la edad, conforme a la legislación nacional, hasta que exista jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”.

dictadas en el país de su residencia habitual (al estilo del Convenio de Luxemburgo) y la acción directa de restitución del menor (al estilo del CH80).⁴⁸

Para finalizar, cabe hacer un balance positivo del R. 2201/2003, pues según ha señalado REIG FABADO, ha mejorado la vía procesal adoptando medidas como la eliminación el *exequátur* respecto a la orden de retorno que se haya emitido en un tiempo posterior a otra orden de no retorno. Esto proporciona celeridad a la ejecución de la orden de retorno de un menor y “refuerza la competencia judicial internacional del juez de la residencia habitual del menor con carácter anterior al traslado ilícito. Por un lado, y de manera directa, estableciendo una norma expresa de competencia que convierte al juez de la residencia de origen en criterio prevalente. Y por otro lado, y de manera indirecta, priorizando una decisión posterior de retorno frente a una anterior de no retorno”.⁴⁹

III.3. Marco jurídico interno estatal

El legislador español, al contrario que los legisladores de otros Estados signatarios, no había actuado en nuestro ordenamiento jurídico interno con la diligencia esperada, según señala JIMÉNEZ FORTEA. “En este sentido, es significativo que en 1989 el único país citado en la resolución final de la Comisión especial sobre funcionamiento del Convenio de la Haya fuera el nuestro. En concreto, se nos exhortaba *a tomar medidas internas apropiadas para asegurar que se den a su autoridad central y a sus autoridades judiciales y administrativas los poderes necesarios y los medios adecuados que le permitan cumplir completamente sus obligaciones convencionales*.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) condenó a España en su sentencia de 29 de abril de 2003 (Caso Iglesias Gil *et alii* c.

⁴⁸ Véanse REIG FABADO, I., “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de la Haya de 1980”, en LLORIA GARCÍA, P. (dir.), *op. cit.*, pp. 221, 225, 226, 227; CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 185; ESPLUGUES MOTA, C. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *op. cit.*, pp. 366, 372; DE LA ROSA CORTINA, J.M., *op. cit.*, pp. 190, 191, 193, 195, 196; QUIÑONES ESCÁMEZ A., “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003)”, *Indret*, 2004, pág. 10; SABIDO RODRÍGUEZ, M., “La sustracción de menores en Derecho Internacional Privado español. Algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/03”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXII, 2004, p. 320.

⁴⁹ Véase REIG FABADO, I., *op. cit.*, pp. 239, 240, 241.

España (TEDH 2003, 15))⁵⁰, al concluir *que las autoridades españolas no desplegaron los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la demandante al regreso de su hijo y el derecho de este último a reunirse con su madre, vulnerando así su derecho al respecto de la vida familiar garantizado por el Art.8 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos. Precisamente, en la sentencia se reconocía que el problema de fondo era la insuficiencia de la legislación española.*⁵¹

La entrada en vigor en España de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil nº 1/2000 (actualmente modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) supuso un gran avance desde el punto de vista de la satisfacción de las obligaciones contraídas por España en materia de sustracción internacional de menores. Esta Ley introdujo un procedimiento específico sobre medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, que mantuvo su vigencia hasta hace prácticamente un año. No obstante, de acuerdo con FORCADA-MIRANDA, este procedimiento “en cuanto inserto en el área de la jurisdicción voluntaria, no ofrecía criterios de concentración de la competencia, era disfuncional en cuanto proceso inadecuado y no adaptado a la moderna LEC, no desarrollaba previsiones de visitas en el marco del exiguo artículo 21 del Convenio de 25 de octubre de 1980, no permitía desarrollar las previsiones del artículo 15 del mismo Convenio, no contemplaba una previa declaración, posible y útil, de ilicitud del retorno o retención del menor y adolecía de una insuficiente regulación de los que podríamos denominar ampliamente como acuerdos voluntarios en el marco transfronterizo”.⁵²

En la actualidad, con la entrada en vigor de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se han introducido nuevas normas sobre medidas de restitución, donde el legislador español apuesta por la especialización, la potenciación

⁵⁰<http://ayudaafamiliasseparadas.es/art/1070126607335/sentencia+de+strasburgo+en+el+caso+iglesias+-+urcera/pag/1>

⁵¹ Véase JIMÉNEZ FORTEA, J., “Aspectos procesales de la sustracción de menores interparental: especial referencia a la tutela civil” en LLORIA GARCÍA, P. (dir.), “*Secuestro de Menores...*”, *op. cit.*, pp. 304, 305.

⁵² Véase FORCADA- MIRANDA, F.J., “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millenium Derecho Internacional Privado*, Revista nº3, 2016, ISSN 2444-3220, p. 29.

de la celeridad sin ambigüedades, por la concentración de la competencia para conocer de estos procesos y por una apelación más ágil y respetuosa con los derechos de defensa.⁵³

Con la última reforma de la LEC, vigente desde el 1 de Enero de 2016 hasta el 30 de Junio de 2017, también se introdujeron novedades en el marco de las normas de producción interna. El nuevo capítulo IV bis de la LEC (Arts. 778 bis a 778 quater)⁵⁴ regula aquellas medidas relativas a la restitución del menor que se pueden imponer en los supuestos de sustracción internacional en los que, siendo aplicable un Convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda el retorno del menor que se encuentra en España a su lugar de procedencia. Existe la posibilidad de adoptar medidas preventivas cuando exista riesgo de sustracción en base a los Arts. 103.1º y 158.3º del Código Civil (por ejemplo: Condicionar el cambio de domicilio o la salida del territorio nacional a previa autorización judicial, retirada del pasaporte al menor o prohibir su expedición).

Esta reforma, como ha puesto de relieve JIMÉNEZ FORTEA, merece una valoración positiva en cuanto evidencia un avance y una nueva concienciación de nuestros poderes públicos frente al problema de las sustracciones internacionales de menores cada vez más frecuente en nuestro país.⁵⁵

IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO CAUSA DE DENEGACIÓN A LA ORDEN DE RESTITUCIÓN DEL MENOR INTERNACIONALMENTE SUSTRÁIDO

La violencia de género es una problemática presente en todos los ámbitos de lo humano, desde el lenguaje y lo simbólico, hasta los espacios públicos y privados como la familia, que lejos de ser un espacio de confort y seguridad, resulta un ambiente propicio para la reproducción de las formas de dominio y violencia sobre las mujeres que son las principales víctimas, siendo sus agresores las parejas.

La violencia es un problema social, de salud pública y constituye una violación de los derechos humanos de las mujeres, así lo comprueban las cifras más recientes de

⁵³ Ibid. pp. 28,29,30.

⁵⁴ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.14t1.html

⁵⁵ Véase JIMÉNEZ FORTEA, J., “Aspectos procesales de la sustracción de menores interparental: especial referencia a la tutela civil” en LLORIA GARCÍA, P. (dir.), “*Secuestro de Menores...*”, *op. cit.*, p.304.

la Organización Mundial de la salud⁵⁶, que indican que una de cada tres (35%) mujeres en el mundo han sufrido violencia física y/o sexual, la mayoría de estos casos son violencia infligida por la pareja. En todo el mundo, casi un tercio (30%) de las mujeres que han tenido una relación refieren haber sufrido alguna forma de violencia física y/o sexual por parte de su pareja; y un 38% de los asesinatos de mujeres que se producen en el mundo son cometidos por estos mismos.

Pese a los avances para asegurar condiciones de igualdad ante la ley de hombres y mujeres, la violencia sigue siendo un asunto cotidiano en la vida de muchas familias. Al ser el lugar en el que aprendemos a conocernos, a relacionarnos, a comunicarnos y a resolver nuestros problemas, los efectos de la violencia contra la mujer en el ambiente familiar tiene consecuencias de largo alcance tanto para ella como para sus hijos/as y la sociedad en su conjunto. Los efectos no sólo son visibles en quienes la padecen directamente, se extiende a los miembros más vulnerables de la familia, afectando su comportamiento y salud, causando deterioro en las familias durante generaciones y reforzando otras formas de violencia en las sociedades.

Se deben reconocer estas condiciones de violencia de género que se viven en las familias, para entender el fenómeno de la sustracción internacional de menores como consecuencia de esta situación que ha ido aumentando en los recientes años.

IV.1. El artículo 13. 1. B) del Convenio de la Haya de 1980

La acción de restitución⁵⁷ inmediata es una forma efectiva de proteger el interés superior del menor. Sin embargo, el CH80 ha admitido la imposibilidad de reconocer en todos los casos que el interés del menor equivalga a su retorno, rompiendo esta regla general para aquellos supuestos en los que la sustracción pudiera llegar a ser “beneficiosa”. El Art. 13. 1. B) se erige como una de las excepciones que contempla el CH80 frente a su filosofía de restitución del menor.

En el mismo se establece que “la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que existe un

⁵⁶ <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/>

⁵⁷ Véanse ESPLUGUES MOTA, C. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *op. cit.*, nota 2, pp. 392, 393.

grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.”⁵⁸

Tal y como ha manifestado MARÍN PEDREÑO, “grave se refiere al riesgo, no al daño como tal mientras que *intolerable*, lo cual transmite contundencia, hace referencia a una situación en la que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del menor, no podemos esperar que soporte o tolere adecuadamente, por ejemplo, separación de los cuidadores primarios, hermanos separados, violencia doméstica o las condiciones en el Estado requerido (falta de trabajo/ingresos, vivienda, ...).”⁵⁹

Debido al carácter excepcional de este precepto se debe interpretar de una forma restrictiva para evitar que los Jueces y Tribunales entren a decidir sobre el fondo del asunto.⁶⁰ Por tanto, para impedir que dicha excepción opere de forma automática, debe ser demostrada suficientemente por quien se opone a la restitución. Según ha señalado DE LA ROSA CORTINA “esta es la excepción estadísticamente más alegada”⁶¹. Sin embargo, precisa de prueba efectiva y suficiente para demostrar ese “grave riesgo” y “situación intolerable”, en este sentido, la Audiencia Provincial de Baleares, secc. 4ª, nº 229/1999, de 6 de octubre consideró que “en definitiva el grave riesgo... es un hecho que corresponde ser probado por quien lo opone y alega”.⁶²

IV. 2. Las causas excepcionales de denegación de la restitución del menor previstas en el Convenio de La Haya de 1980: Los casos de violencia de género

Estudiaremos aquellos supuestos en los que la violencia de género sobre la madre del menor, teniendo la custodia o los derechos de visita sobre él, se consideran subsumibles en el Art. 13.1. b) del CH80.

⁵⁸ <https://www.hch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>

⁵⁹ Véase MARÍN PEDREÑO, C., *Sustracción Internacional de Menores y Proceso Legal para la Restitución del Menor*, Málaga, 1ª ed., Ley 57, 2015, p. 58.

⁶⁰ Así, para GÓMEZ BENGOCHEA, B., en “Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores” Ed. Dyckinson, 2002, p.91: “una interpretación excesivamente amplia de estos conceptos podría suponer la protección encubierta de los intereses del nacional o la toma de decisiones sobre el fondo de los asuntos por parte de los Jueces y Tribunales. Aun cuando en el informe de la Comisión Especial reunida en 2001 se afirma que esta excepción se interpreta por lo general de forma restrictiva y que hay un número de casos relativamente pequeño en los que se deniega la restitución por este motivo, lo cierto es que ésta es una de las excepciones invocadas con mayor frecuencia y su uso constituye una gran tentación para el sustractor”

⁶¹ Véase DE LA ROSA CORTINA, J.M., *op. cit.*, p. 149.

⁶² AAP de Palma de Mallorca, secc. 4ª, nº 229/1999 de 6 de octubre de 1999.

A priori, se considerará “ilícito” el hecho de que una madre sustraiga a su hijo de su residencia habitual, independientemente de los motivos que la hayan motivado a cometer dicha sustracción. Por lo tanto, el padre maltratador está legitimado para servirse de los mecanismos de restitución que concede el CH80. A esto se le añade que en nuestro país no existe un procedimiento específico⁶³ de restitución cuando hay violencia de género de por medio.

Hace unos años, se llevaba a cabo la restitución haciendo caso omiso al factor de los malos tratos porque no se consideraba que el peligro recayera sobre el menor, sólo sobre la madre.⁶⁴ En numerosos casos que veremos en el siguiente epígrafe, se ha tratado que los Tribunales denieguen la restitución del menor sustraído⁶⁵ por su madre cuando ha sufrido malos tratos. En este sentido para LAPIEDRA ALCAMÍ, “carece de sentido ordenar la restitución del menor sobre la base de que el riesgo es sólo de la madre. Qué duda cabe que los malos tratos a la madre afectarán negativamente y de forma directa al menor y por tanto la devolución del menor supone un grave riesgo para él. De ahí la importancia de evitar que el menor conviva en un ambiente de violencia doméstica entre sus progenitores. En consecuencia se puede afirmar que el riesgo para el menor es real e inmediato en caso de restitución. En tales casos debería considerarse un traslado lícito y defenderse la no restitución para salvaguardar los intereses del menor a efectos del Convenio tal y como hacen algunos sistemas penales de Derecho Comparado.”⁶⁶

La socióloga RICHMOND señala la importancia de evitar que el menor conviva en un ambiente de violencia doméstica entre sus progenitores. En este sentido considera que la familia es un agente socializador y educador y que entre la pareja debe haber un buen funcionamiento de los roles, ya que lo contrario desembocaría en un grave conflicto familiar.⁶⁷

⁶³ Véase LAPIEDRA ALCAMÍ, R., *op. cit.*, pp. 213, 214, 215, 216.

⁶⁴ Según LAPIEDRA ALCAMÍ “existe un convencimiento general en España de que la restitución o no del menor no debe ligarse a cuestiones de fondo, en este sentido” Véase el cuestionario sobre el funcionamiento práctico del CH80, pregunta nº25, en https://assets.hcch.net/upload/abd_2006_es.pdf y LAPIEDRA ALCAMÍ, R., *op. cit.*, p. 214.

⁶⁵ Véase DE LA ROSA CORTINA, J.M., *op. cit.*, p. 22.

⁶⁶ Véase LAPIEDRA ALCAMÍ, *op. cit.*, pág. 215.

⁶⁷ Véase Asociación para la Recuperación de Niños Sacados de su País, “Aspectos sociales de la sustracción interparental de menores”, *Jornada sobre la sustracción interparental de menores (aspectos jurídicos y psico-sociales)*, 2004, pp. 14, 15.

Se debe proteger al menor a través del Art. 13.1.b) del CH80⁶⁸, pero como ya hemos visto, el uso de este precepto debe ser restrictivo. No obstante, nos encontramos con el problema de que este tipo de casos de madres secuestradoras y padres maltratadores es cada vez más frecuente.

Es necesario probar efectivamente la presencia de episodios de malos tratos, en este sentido, la AAP Barcelona, secc. 18ª, nº 88/2012, de 23 de abril establece que “no basta la mera mención a la existencia de una situación de riesgo o perjuicio si no va acompañada tanto de la exposición concreta del hecho o hechos en que se basa para denunciar esta situación y más aún, si no se acompaña de prueba eficaz que corrobore la alegación”.⁶⁹

La prueba que se aporte para demostrar la existencia de violencia de género es decisiva para decidir si es oponible o no la excepción a la restitución del menor. La necesaria actividad probatoria en estos casos tiene que ser más reforzada para evitar la creciente tendencia entre madres de familia de “aprovecharse” de esta cobertura legal que les concede el CH80, y así justificar la sustracción del hijo/a en común. En estos casos se produce una inversión de los roles, siendo ellas las autoras de un maltrato psicológico hacia el padre y hacia el propio menor. Así, en palabras de PARDO FERNÁNDEZ, “el secuestro internacional parental de menores, privando del conocimiento de su paradero al otro progenitor, es una forma violencia psicológica que se ejerce mediante el abuso emocional, por lo que se podría considerar un maltrato psicológico. No requiere la presencia de lesión física y el agresor busca la intimidación, la humillación, la inseguridad personal, la desintegración y la desestructuración de su pareja, infravalorando u omitiendo los intereses en beneficio del menor.”⁷⁰

IV. 3. Análisis de casos de la Jurisprudencia relativa al Convenio de la Haya de 1980

Los casos de violencia sobre la madre del niño sustraído internacionalmente y cuya restitución se pretende carecen de regulación propia. Sin embargo, existen

⁶⁸ Ibid., p. 216.

⁶⁹ AAP de Barcelona, secc. 18ª, nº 88/2012 de 23 de abril de 2012.

⁷⁰ Véase PARDO FERNÁNDEZ, E. en “Características psicológicas del secuestro interparental. Aspectos de valoración en el secuestrador”. Centro de Estudios Jurídicos, 2007. Edición electrónica

antecedentes jurisprudenciales en el marco extracomunitario y en nuestro país que estudiaremos a continuación.

IV.3.1. Jurisprudencia de derecho comparado

Este estudio jurisprudencial engloba a todos aquellos Estados que son parte del CH80. Existen precedentes jurisprudenciales donde se alegaron malos tratos sobre la madre del menor en base al Art. 13. 1. b) del CH, y los Tribunales, considerando la concurrencia de dicha causa, denegaron la restitución.

IV.3.1.1. El caso *Pollastro v. Pollastro*

En el caso *Pollastro v. Pollastro*⁷¹, ambos progenitores estaban casados, tenían derechos de custodia compartida y residían con el menor de 6 meses de edad en Estados Unidos desde su nacimiento. Las pruebas demostraban que el padre tenía carácter violento y que atacaba y acosaba físicamente a la madre de forma habitual, además de tener problemas con el alcohol y las drogas.

El 7 de septiembre de 1997, tras un episodio de maltrato muy violento, la madre regresa a su Estado de origen (Canadá) con el menor. El 28 de octubre el Tribunal de Ontario le otorga el derecho de custodia a la madre, pero el 14 de octubre un tribunal de California le había otorgado el derecho de custodia al padre y éste, el 1 de diciembre, solicita ante los Tribunales de California la restitución del menor en base al CH80. Tras esto, la madre apela y se acepta dicha apelación, denegándose la restitución del menor con fundamento en el Art. 13. 1. B). Se indicaba que si el menor regresaba al lugar de su residencia habitual se enfrentaría a un grave daño psicológico.

El tribunal estableció que si bien los fallos que ordenan la restitución del menor están basados en su beneficio en general, para hacer una estimación conforme al Art. 13. 1. B) se necesitan tener en cuenta las circunstancias y el beneficio del menor involucrado en particular.

Al considerar las pruebas de los malos tratos verbales y físicos del padre, su violencia, inestabilidad, irracionalidad y hostilidad, el Tribunal llegó a la conclusión de que una orden de restitución colocaría al menor en un ambiente violento y le provocaría un grave riesgo de daño, además de las altas posibilidades de que nuevamente existieran

⁷¹ *Pollastro v. Pollastro* [1999] 45 R.F.L. (4th) 404 (Ont. C.A.). Referencia INCADAT: HC/E/CA 373.

daños físicos y psicológicos sobre la madre de la que el menor dependía completamente.

IV.3.1.2. El caso *Blondin v. Dubois*

Otro caso interesante es el de *Blondin v. Dubois*⁷², donde dos menores de 6 y 2 años respectivamente, habían vivido en Francia desde su nacimiento. La relación entre sus padres se caracterizaba por actos de violencia doméstica por parte del padre hacia la madre, que ocurrían regularmente. En agosto de 1997, la madre se lleva a los menores a Estados Unidos y en junio de 1998 el padre solicita la restitución en virtud del CH80.

El 17 de agosto de ese mismo año, el Tribunal de Distrito del sur de Nueva York (Estados Unidos) rechaza la solicitud del padre. Tras esto, el 16 de julio de 1999, la Autoridad Central de Francia comunica que si los menores se restituían se tomarían medidas de protección para garantizar su bienestar hasta que se llevara a cabo una audiencia sobre la custodia de los mismos.

Sin embargo, el 17 de agosto de 1999, el Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos admite la apelación interpuesta por el padre y la remite al Tribunal de Distrito del sur de Nueva York para que considere las medidas de protección ofrecidas por la Autoridad Central francesa. El 12 de enero de 2000, este Tribunal confirma su fallo inicial y deniega la orden de restitución de los menores, interponiendo el padre una segunda apelación. Tras esto, se rechaza la apelación y se deniega la restitución por determinar que se había demostrado la excepción en virtud del Art. 13. 1. B) del CH80.

El Tribunal de Estados Unidos concluyó que a pesar de las medidas propuestas por Francia, no se podría paliar el grave riesgo de daño de los menores porque la restitución a Francia, dadas las circunstancias de violencia continua sobre su madre, les provocaría un daño psicológico. El Tribunal basa su fallo en el testimonio no impugnado del perito que afirmó que los menores sufrirían estrés postraumático al ser restituidos. Sin embargo, señala que esto no implica que el Tribunal deba rechazar la restitución del menor por cualquier causa de violencia, de forma arbitraria, sino que resulta decisiva nuevamente que la aportación de la prueba sea suficiente y eficaz para demostrar los hechos alegados (en este caso, se basa en el informe pericial no refutado por el padre).

⁷² *Blondin v. Dubois*, 238 F.3d 153 (2d Cir. 2001). Referencia INCADAT: HC/E/USf 585.

IV.3.2. *Jurisprudencia española*

Analizaremos algunos de los casos que se han suscitado ante los Tribunales españoles.

IV.3.2.1. SAP de Las Palmas, secc. 3ª, nº 903/2008, de 18 de diciembre

En este caso se recurre en apelación la resolución judicial adoptada en Primera Instancia en el año 2007, por la que se ordenaba la restitución a Australia de los hijos menores que habían sido sustraídos ilícitamente por su madre, quien justifica el retorno a su país de origen (España) en los malos tratos a los que fue sometida por el padre de los menores. Esta violencia de género provocó en su momento que el padre hubiera pasado varios meses en prisión.

En este supuesto, dado que uno de los hijos supera la mayoría de edad y otro tiene 16 años, no incluyéndose en el ámbito de aplicación del CH80, el Tribunal únicamente decide sobre la pequeña de los tres hermanos, estableciendo que “en cuanto a la menor Verónica, no se ha cuestionado la capacidad de la madre para el cuidado de la misma, por lo que no es coherente que se le aparte de la misma, alegando el art. 13. 1. b) del CH80” y oponiéndose por tanto, a la restitución de la menor.

IV.3.2.2. AAP de Cádiz, secc. 5ª, nº 25/2011, de 22 de febrero

En este caso vemos como la demandada, madre de familia, traslada a sus tres hijos desde Estados Unidos a España, alegando malos tratos hacia ella y dos de sus hijos de otro matrimonio por parte de su actual marido estadounidense y padre del menor cuya restitución se pretende. Se tiene constancia sobre una orden de alejamiento en Estados Unidos, además de declaraciones ante notario públicos de testigos que presenciaron malos tratos. Estas declaraciones documentadas se admitieron como pruebas y permitieron que el Tribunal llegara a la conclusión de que existe una situación que puede poner en peligro al menor, siendo lo más beneficioso para él continuar con su madre y denegándose así la restitución del mismo en base al Art. 13. 1. b) del CH80.

IV.3.2.3. El controvertido caso de Desirée Vicente y Philippe Kitsos

Dentro de este contexto que hemos estudiado, resulta sumamente importante hacer referencia a un polémico caso de actualidad en el que los Tribunales españoles se han visto envueltos. Cabe mencionar que este supuesto no se ha suscitado ante los

Tribunales del orden civil.⁷³ Se trata del caso de la nacional Desirée Vicente y Philippe Kitsos, que ostenta la doble nacionalidad suiza y griega.

En agosto de 2013, Desirée es víctima de un episodio de violencia por parte de su pareja y padre de la menor en cuestión. Al día siguiente, la policía griega envía a madre e hija a Madrid, con la ayuda del Consulado de España en Atenas. A raíz de estos hechos comienza un largo proceso judicial ante los tribunales españoles que tiene por objeto el derecho de custodia de la niña y el retorno de la menor a Suiza.

Desiré presentará una denuncia por malos tratos contra su pareja ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Madrid, dictándose Auto, con fecha de 14 de abril de 2014 por el que se desestima la solicitud del padre de la menor para que ésta fuera restituida a Suiza y se otorga a Desiré la guarda y custodia, estableciendo para aquél un derecho de visita.

“Frente a esta resolución, el padre interpondrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y alega que la denuncia por malos tratos es una maniobra para forzar la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como fabricar artificialmente una excepción que impida la restitución de la menor.”⁷⁴

La Audiencia Provincial estimó que el traslado de la menor por su madre desde Grecia a España se debe calificar como ilícito en base al Art. 3 del CH80. El Tribunal analizó las alegaciones de la madre referidas a los episodios de violencia de género como causa de denegación a la restitución de la menor en base al Art. 13. 1. B) del CH80. Respecto a esta excepción relativa al riesgo de peligro para la menor y de ponerla en una situación intolerable, que sí se estimó en el auto emitido por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, es rechazada por parte de la Audiencia Provincial. “La Audiencia estima que de los numerosos datos, informes, dictámenes y

⁷³ En este sentido cabe señalar que “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer pueden conocer en el orden civil, entre otros asuntos, de aquéllos que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar(art 87 ter 2.d LOPJ), exigiéndose, además, para que tengan competencia exclusiva y excluyente en este orden (art 87 ter 3.c LOPJ), que en el proceso alguna de las partes sea víctima de actos de violencia de género mientras que otra esté imputada por esos actos, como autor, inductor o cooperador necesario, y que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género” en <http://www.millenniumdipr.com/n-140-el-tc-suspende-la-orden-que-obliga-a-una-nina-a-volver-a-suiza-con-su-padre>

⁷⁴ <http://www.millenniumdipr.com/n-140-el-tc-suspende-la-orden-que-obliga-a-una-nina-a-volver-a-suiza-con-su-padre>

declaraciones, todos ellos confusos y contradictorios, no puede evidenciarse la existencia de ese grave riesgo.”⁷⁵ Por tanto, se ordena la restitución de la menor a Suiza.

Sin embargo, fruto de un recurso de amparo interpuesto por la madre ante el Tribunal Constitucional, se suspende la orden⁷⁶ de que la menor sea restituida a Suiza. La trascendencia constitucional es indiscutible porque se plantea un problema sobre el que no existe doctrina de nuestro Alto Tribunal.

IV.3.3. Observaciones

Todas estas resoluciones analizan, en primer lugar, la ilicitud de la sustracción en base al Art. 3 del CH80 según el cual se debe haber infringido un derecho de custodia atribuido conjunta o separadamente, que se instituye como presupuesto necesario para que se pueda activar el mecanismo de restitución establecido en el CH80.

En segundo lugar, se procede a examinar el alcance que debe otorgarse a la noción de “interés superior del menor” en relación con la violencia de género sufrida por su madre como argumento para justificar la denegación de su restitución. Así, según ÁLVAREZ GONZÁLEZ “este argumento resulta, en muchas ocasiones, un concepto infiscalizable que permite un amplio margen de apreciación, e incluso de arbitrariedad, por parte del juzgador.”⁷⁷

Debido a la ausencia de un concepto unitario de “interés del menor”, el CH80 ha entendido que, salvo casos excepcionales, dicho interés equivale a la restitución inmediata del menor a su Estado de residencia habitual. No obstante, tal y como vemos en los casos analizados, la restitución no siempre va a equivaler al mejor interés para el menor. Así, como ha señalado JIMÉNEZ BLANCO, se destruye “tal presunción para aquellos casos en los que el secuestro pudiera tener algo de beneficioso”⁷⁸. En estos supuestos se ha considerado que los malos tratos se pueden subsumir en el Art. 13. 1. B) como un “grave riesgo” y una “situación intolerable” para el menor.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ En este sentido, véase Art. 56.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece que la interposición de un recurso de amparo no suspende la ejecución de una sentencia, pero si ésta pudiera hacer perder al amparo su finalidad, existe la posibilidad de que se acuerde la suspensión de sus efectos

⁷⁷ Véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Secuestro internacional de menores (“legal kidnapping”)...”, *op. cit.*, p. 16

⁷⁸ Véase JIMÉNEZ BLANCO, P., en el “comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, de 24 de diciembre de 1994”, *REDI*, vol. XLVIII, núm. 2, p. 290.

Sin embargo, tal y como ha manifestado FERNÁNDEZ ARROYO, “todas estas previsiones, así como las restantes contempladas en el artículo 13, en cuanto excepciones a la filosofía general del Convenio de la Haya, deben interpretarse restrictivamente, de modo que lejos de operar con carácter automático deben ser demostradas suficientemente por quien se opone a la restitución”.⁷⁹

Este aspecto es decisivo en las resoluciones estudiadas, ya que es el que determina si se puede denegar o no la restitución del menor en base al Art. 13. 1. B) del CH80. Se puede constatar que en todos los casos en los que se denegó la restitución de los menores fundamentándose en los malos tratos sufridos por la madre, fue porque efectivamente existían pruebas que demostraran dicha violencia.

No obstante, la doctrina se encuentra dividida en este punto, pues autores como PAZ LAMELA consideran que “es necesario que el eventual peligro o riesgo, derivado de la restitución, sea verificable y afecte de modo directo al menor y no a cualquier otro de los sujetos involucrados en el procedimiento, como por ejemplo quién ha solicitado la restitución, o bien quién ha efectuado el traslado o retención del menor”⁸⁰, aunque a nivel jurisprudencial no se ha encontrado ninguna resolución en la que, habiéndose demostrado la existencia de malos tratos hacia la madre, se proceda a la restitución del menor por considerar que los mismos no le afectan directamente.

CONCLUSIONES

1. La sustracción internacional civil de menores es un fenómeno complejo de abordar, no sólo por las principales víctimas del mismo, a saber los menores, sino por el carácter internacional que envuelve a dicho fenómeno y que implica una interacción y variedad de normas de Derecho Internacional Privado que los operadores jurídicos deben tener presente a la hora de regular este fenómeno.

2. En los últimos años los operadores jurídicos nacionales e internacionales se han coordinado para reforzar los instrumentos legales que regulan este fenómeno con el fin de paliar sus efectos y salvaguardar el interés superior del menor, que debe primar a

⁷⁹ Véase FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., en el “comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 24 de enero de 1991, *REDI*, vol. XLIV, 1992, p. 222.

⁸⁰ PAZ LAMELA, R.S., “causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (análisis a través de la jurisprudencia reciente)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, 17, 2013, ISSN: 1138-039X, pp. 681, 682.

la hora de resolver el conflicto. Para los casos en los que se sustrae ilícitamente a un menor de su lugar de residencia habitual, el CH80 entiende que, salvo casos excepcionales, el interés superior del menor equivale a la restitución del mismo.

3. Para un efectivo cumplimiento de los objetivos del CH80 se exige la celeridad en la tramitación de todas las etapas del proceso de restitución, incluidas las apelaciones. Esta tramitación ha de ser urgente, sumaria y ágil para preservar el interés superior del menor y poder disuadir futuras sustracciones ilícitas internacionales de menores.

4. El CH80 no entra a valorar el fondo del asunto, es decir, no resolverá los posibles conflictos sobre los derechos de custodia y visita. Se limita a regular la cooperación entre las autoridades de los Estados signatarios para la inmediata restitución del menor sustraído ilícitamente.

5. Cada caso de sustracción internacional de menores debe analizarse de forma aislada de la generalidad ya que cada supuesto es único por todos los factores que le rodean. Esta casuística ha provocado que haya sido imposible elaborar un modelo estándar sobre este fenómeno internacional. En consecuencia, el CH80 identifica que no siempre la restitución significa un mejor interés para el menor, por ello incluye disposiciones excepcionales por las que se puede llegar a denegar la restitución.

6. Se suscita una controversia en el ámbito doctrinal acerca de si la violencia de género sobre la madre que sustrae ilícitamente consigo al menor puede ser comprendida dentro del alcance del Art. 13. 1. B) del CH80 para que se deniegue la restitución del mismo. Existe un sector de la doctrina que interpreta que el “grave riesgo” y la “situación intolerable” que recoge el artículo, debe entenderse como todo riesgo o peligro que recae exclusivamente sobre la persona del menor, apartando del alcance de esta disposición a la violencia de género sobre su madre. En contraposición, otro sector doctrinal mayoritario ha entendido que efectivamente los malos tratos hacia la madre del menor giran en la órbita del “grave riesgo” y “situación intolerable” para el mismo.

A mi parecer, carece de sentido ordenar la restitución del menor sobre el argumento de que la violencia afecta únicamente a la madre, ya que este entorno violento afecta directa y negativamente al menor, por lo que su devolución es cuanto

menos ilógica. Cabe señalar que en muchos de los casos, cuando las madres llegan a este extremo, es porque las autoridades del país del que huyen no les han proporcionado las medidas de protección necesarias tras haber denunciado, por lo que poco sentido tendría volver a él.

Creo que en este sentido el CH80 presenta un déficit al no existir una disposición que regule específicamente la denegación de la restitución cuando media violencia de género.

7. En el ámbito jurisprudencial no se observa controversia en este punto, ya que en todos los casos analizados se ha admitido la violencia de género como motivo válido para denegar la restitución del menor, siempre y cuando haya sido demostrada de forma efectiva y suficiente.

Bibliografía

- ALONSO CARVAJAL, A., “El traslado ilícito de hijos menores (I)”, en VVAA, *Los Hijos Menores de Edad en Situación de Crisis Familiar*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 115-132.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Secuestro internacional de menores (“*legal kidnapping*”) y cooperación internacional: la posición española ante el problema”, *Poder Judicial*, 2ª ed., Época, nº 4, 1986, pp. 9-32
- ASÍN CABRERA, M.A., “La imagen del menor en el Derecho de Familia Islámico: Problemas culturales de identidad e integración”, *Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 1997, pp. 155-166.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Granada, 15ª ed., Comares, 2014, pp. 461-490.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (dir.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Cóllex, 2004, pp. 159-176.
- CARRILLO CARRILLO B., “Doble secuestro internacional de menores y Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (dir.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Cóllex, 2004, pp. 229-237.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Sustracción Parental de Menores*, Valencia, 1ª ed., Tirant lo Blanch, 2010, pp. 15-317
- FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., en el “comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 24 de enero de 1991”, *REDI*, vol. XLIV, 1992, p. 221-223.
- FORCADA- MIRANDA, F.J., “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millenium Derecho Internacional Privado*, Revista nº3, 2016, ISSN 2444-3220, pp. 27-39.
- Véase GÓMEZ BENGOCHEA B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Madrid, Ed. Dyckinson, 2002, p. 10-152.
- GONZÁLVEZ VICENTE B., “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación” *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 11, Enero 2007, pp. 71-124.
- JIMÉNEZ BLANCO, P., en el “comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, de 24 de diciembre de 1994”, *REDI*, vol. XLVIII, núm. 2, pp. 287-291.
- JIMÉNEZ FORTEA, J., “Aspectos procesales de la sustracción de menores interparental: especial referencia a la tutela civil” en LLORIA GARCÍA, P. (dir.), *Secuestro de Menores en el Ámbito Familiar: Un Estudio Interdisciplinar*, Madrid, 1ª ed. Iustel, 2008, pp. 293-368.

- LAPIEDRA ALCAMÍ, R., “La sustracción internacional de menores: el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980”, en LLORIA GARCÍA, P. (dir.), *Secuestro de Menores en el Ámbito Familiar: Un Estudio Interdisciplinar*, Madrid, 1ª ed. Iustel, 2008, pp. 189-218.
- LLORIA GARCÍA, P., “introducción” en LLORIA GARCÍA, P. (dir.), *Secuestro de Menores en el Ámbito Familiar: Un Estudio Interdisciplinar*, Madrid, 1ª ed. Iustel, 2008, pp. 23-32.
- MARÍN PEDREÑO, C., *Sustracción Internacional de Menores y Proceso Legal para la Restitución del Menor*, Málaga, 1ª ed., Ley 57, 2015, pp.13-157.
- PALAO MORENO, G. “La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española” *Revista de Derecho de familia n° 16*, 2002, p. 251 y ss.
- PARDO FERNÁNDEZ, E. en “Características psicológicas del secuestro interparental. Aspectos de valoración en el secuestrador”. Centro de Estudios Jurídicos, 2007. Edición electrónica.
- PAZ LAMELA, R.S., “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (análisis a través de la jurisprudencia reciente)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, 17, 2013, ISSN: 1138-039X, pp. 675-685.
- PÉREZ VERA, E., *La Sustracción Internacional de Menores. Estudios sobre Violencia Familiar y Agresiones Sexuales*. CEJAJInstituto de la Mujer, 2002.
- Véase PÍAS GARCÍA, E., *La Sustracción Interparental de Menores*, Madrid, Dykinson, 2005.
- PÍAS GARCÍA E., en ADAM MUÑOZ, M. D. y GARCÍA CANO, S., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004.
- QUIÑONES ESCÁMEZ A., “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003)”, *Indret*, 2004, pp. 2-18
- REIG FABADO, I., “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de la Haya de 1980”, en LLORIA GARCÍA, P. (dir.), *Secuestro de Menores en el Ámbito Familiar: Un Estudio Interdisciplinar*, Madrid, 1ª ed. Iustel, 2008, pp. 219-242.
- SABIDO RODRÍGUEZ, M., “La sustracción de menores en Derecho Internacional Privado español. Algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/03”, *Anuario de la Facultad de Derecho vol. XXII*, 2004, pp. 307-320.

Relación de jurisprudencia

- AAP de Palma de Mallorca, secc. 4ª, n° 229/1999 de 6 de octubre de 1999.
- Pollastro v. Pollastro [1999] 45 R.F.L. (4th) 404 (Ont. C.A.). Referencia INCADAT: HC/E/CA 373.
- Blondin v. Dubois, 238 F.3d 153 (2d Cir. 2001). Referencia INCADAT: HC/E/USf 585.
- SAP de Las Palmas, secc. 3ª, n° 903/2008, de 18 de diciembre de 2008.
- AAP de Cádiz, secc. 5ª, n° 25/2011, de 22 de febrero de 2011.
- AAP de Barcelona, secc. 18ª, n° 88/2012 de 23 de abril de 2012.

Relación de páginas web:

- <https://assets.hcch.net/docs/66c143d4-196d-4dbd-b802-794c71bace9d.pdf>
- https://assets.hcch.net/upload/abd_2006_es.pdf
- <http://ayudaafamiliasseparadas.es/art/1070126607335/sentencia+de+estraburgo+en+el+caso+iglesias+-+urcera/pag/1>
- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-82188>
- https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1997-13738
- http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-5709&lang=en
- <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>
- http://www.noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.14t1.html
- <http://www.millenniumdipr.com/n-140-el-tc-suspende-la-orden-que-obliga-a-una-nina-a-volver-a-suiza-con-su-padre>
- <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/>