

PROYECCIÓN NORMATIVA DE LA VIOLENCIA MACHISTA EN EL SECUESTRO INTERNACIONAL MENORES INTRACOMUNITARIO: SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

*Gisela Moreno Cordero**

RESUMEN: Datos estadísticos demuestran que son las madres las que mayoritariamente recurren al secuestro como solución para escapar de la violencia machista de las que han sido víctimas junto a sus hijos. En el orden jurídico, según pone de relieve un estudio detallado de la jurisprudencia española, esta opción podría convertirse en una solución inviable y de poca efectividad en el tiempo, visto que, en la mayoría de los casos, los niños secuestrados por este motivo son devueltos al país del que escapó la víctima “secuestradora”.

En España hemos vivido en fecha muy reciente el mediático caso de Juana Rivas. Un caso que no solo ha reavivado el debate sobre el tema, sino que mantiene dividida a la opinión pública y a especialistas, tras haberse acordado por parte de nuestras autoridades la inmediata devolución a Italia de dos menores retenidos ilícitamente por su madre en España, existiendo en nuestro país una decisión firme dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Granada por la que se condenaba a su entonces pareja por un delito de lesiones en el ámbito familiar¹.

Las dudas que viene suscitando este tema en nuestro entorno, a partir de este caso y de otros similares, requieren ser esclarecidas. Para ello, se precisa determinar con carácter previo en qué medida los distintos instrumentos internacionales que actualmente vinculan a España en este ámbito, ofrecen respuestas eficientes y garantistas a las víctimas de la violencia machista en los procesos sustracción internacional de menores, y cómo nuestra jurisprudencia integra en sus decisiones la aplicación de estas normas. Profundizar en ambas cuestiones y separarlas nos permitirá comprender donde se localizan los problemas y, consecuentemente, qué acciones deberán emprenderse en una u otra dirección con la

* Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Sevilla. Ha participado en distintos proyectos de investigación en materia de familia y es autora de diversas publicaciones en materias relacionadas con el Derecho de familia, sucesiones, consumo y extranjería, así como con el Derecho procesal civil internacional. Correo electrónico: gmoreno2@us.es.

¹ Véase SJPI de Granada, de 14 de diciembre de 2016, ratificada por mediante SAP de Granada, de 21 de abril de 2017, por la que se condena a Juana Rivas a la inmediata devolución a Italia de sus dos hijos menores sustraídos ilícitamente.

finalidad de proporcionar respuestas adecuadas a las necesidades actuales que demanda la resolución de un tema tan sensible como controvertido.

PALABRAS CLAVES: violencia machista, sustracción o secuestro internacional de menores.

SUMMARY: Statistical data show that are mothers, often driven by fear and the lack of an adequate legal advice, which mostly rely on the "kidnapping" as a solution to escape sexist violence of which have been victims along with their children. In the legal order, according to a detailed study of the Spanish jurisprudence, this option could become an infeasible solution with little effectiveness over time, seen that, in most cases, children kidnapped for this reason are returned to the country from which the victim "kidnapper" scaped.

In our country we have lived very recently the media case of Juana Rivas. A case that not only has rekindled the debate on the issue, but which keeps public opinion and jurists divided, after having agreed on the part of our authorities the immediate return to Italy of two minors detained illegally in Spain, existing in our country a firm decision handed down by the Criminal Court No. 2 of Granada that condemned his then partner for a crime of injury in the family.

The doubts that this issue raises in our environment, on the basis of this case and others like it, need to be clarified. To do this, it is necessary to determine in advance the extent to which the various international instruments which bind us today in this area, offer efficient answers and garantistas to victims of domestic violence in the international abduction of minors, and as our jurisprudence integrates in its decisions, the application of these standards. Deepen on both issues and separate them, will allow us to understand where the problems and, consequently, what actions should be undertaken in one direction or the other with the purpose of providing adequate responses to the current needs that demand the resolution of an issue as sensitive as controversial.

KEYWORDS: male violence, theft or international abduction of minors.

Sumario: i. Introducción. ii. Instrumentos internacionales vinculantes para España en materia de sustracción internacional de menores. 1. planteamiento. a). el clh de 1980: el art. 13 *b*). b). aplicación restrictiva del art. 13 *b*) del clh de 1980 en el ámbito del rb ii *bis*. iii. la jurisprudencia española frente al grave riesgo y a las medidas de seguridad en secuestros intracomunitarios. iv. Conclusiones.

I. Introducción

El fenómeno de la globalización ha provocado un crecimiento exponencial de las situaciones privadas internacionales en el ámbito de la familia a partir de la proliferación de matrimonios mixtos y de otros modelos de familia con elemento internacional. El secuestro internacional de menores es precisamente una consecuencia que deriva de las relaciones de familia con elemento internacional cuando, producida la fractura de la pareja, uno de los progenitores decide trasladar a su hijo a otro país sin que haya mediado el consentimiento del otro progenitor, o mediando, dicho traslado haya sido autorizado solo temporalmente.

La respuesta a este tipo de comportamientos en el ámbito español la encontramos en distintos instrumentos internacionales que se ofrecen soluciones jurídicas claramente encaminadas a restablecer la situación quebrantada a través de la inmediata devolución del menor al Estado en el que tenía su residencia habitual antes de producirse el traslado o la retención ilícita. La finalidad de estas normas es en todos los casos meridiana: impedir que se vean conculcados los derechos de custodia o de visita del padre que no ha emitido su consentimiento al tiempo que ofrecer protección a los legítimos intereses de los menores, evitando que estos se conviertan en instrumentos de las situaciones generadas por diferencias irreconciliables entre sus padres, sobrevinida la crisis de la pareja². La reintegración inmediata del menor a su entorno habitual es, por tanto, una respuesta que, en principio, deberá alinearse con la insoslayable necesidad de tener en cuenta sus intereses a la hora de resolver aquellas situaciones que puedan resultarles perjudiciales.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en los últimos años se constata una tendencia universal en ascenso que demuestra que el secuestro de menores viene siendo utilizado por más del 70 % de las madres que huyen de la violencia perpetrada por el padre maltratador³, tendencia que viene manifestándose asimismo en el ámbito español.

Es un fenómeno cada vez más recurrente que mujeres residentes en el extranjero víctimas de la violencia machista -en su mayoría de nacionalidad española-, muchas veces movidas por el temor ocasionado por su maltratador, la falta de recursos económicos para independizarse en aquel país, las barreras idiomáticas, el deficiente asesoramiento legal y, en ocasiones, la inefectiva o escasa protección estatal, opten por retornar a España trayendo consigo a sus hijos con el propósito de ofrecerles un medio seguro para su desarrollo. Sin

² Sobre las distintas motivaciones véase LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa María, “La sustracción internacional de menores: el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980”, en LLORIA GARCÍA, Paz. (dir.), *Secuestro de Menores en el Ambito Familiar: Un Estudio Interdisciplinar*, Madrid, 1ª ed. Iustel, 2008, p. 213; GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Madrid, Dyckinson, 2002, p. 22.

³ Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., *Derecho Internacional Privado*, Granada, 15ª edic., Comares, 2014, p. 462.

embargo, esta sana y natural intención encontrará en la mayoría de los casos una única respuesta en nuestras autoridades: el retorno inmediato del menor al medio donde ha sido maltratado.

Semejante resultado unido a los dramáticos desenlaces de los que cada día se hacen eco nuestros medios cuando la mujer maltratada decide concluir una relación sentimental con su maltratador, parece traslucir que algo no funciona bien en nuestras normas o, posiblemente, en quienes las aplican. Y es que, resulta paradójico que una mujer maltratada por su pareja o ex pareja, con lo que este tipo de vivencia supone para ella y sobre todo para sus hijos, en edades donde se está conformando su personalidad, termine escapando del medio que pone en riesgo su integridad física y psíquica y la de su prole, para que, más tarde, sus hijos acaben en las manos de su verdugo.

Esta inexplicable consecuencia para muchos, sitúa al traslado o retención ilícita de menores motivado en una situación de violencia machista en el centro de nuestra atención, especialmente, en el caso de traslados intraeuropeos, pues, como seguidamente se verá, es ahí donde mayores dificultades se plantean a la hora de integrar esta concreta cuestión, debido a las modulaciones que implementa en este punto el Reglamento (CE) n° 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁴ (en adelante, RB II *bis*).

Para abordar esta problemática hemos estructurado nuestro trabajo en dos bloques. En el primer bloque, pretendemos identificar de manera sucinta aquellas las regulaciones internacionales que presentan mayor incidencia práctica para España en esta materia. Asimismo, estudiaremos las limitaciones impuestas al art. 13 *b*) por el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁵, (en adelante, CHL de 1980) en traslados o retenciones intraeuropeos, así como su impacto en los secuestros internacionales de menores expuestos a la violencia de género. En el bloque segundo, será analizado cómo el tratamiento normativo en este ámbito viene siendo abordado por la jurisprudencia española. Terminaremos el presente estudio con algunas conclusiones y recomendaciones.

II. Instrumentos internacionales vinculantes para España en materia de sustracción internacional de menores

⁴ DOCE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁵ BOE núm. 2, de 24 de agosto de 1987. Corrección e errores, BOE núm. 155, de 30 de junio de 1989 y BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996.

1. Planteamiento.

España se encuentra vinculada en la actualidad por distintos convenios internacionales en materia de sustracción internacional de menores⁶. De estos instrumentos internacionales el que mayor repercusión práctica plantea es el CLH de 1980, Convenio en el que centraremos nuestra atención con la finalidad de determinar en qué medida sus disposiciones integran la perspectiva de género.

Las disposiciones del CLH de 1980 no son, sin embargo, las únicas que habrán de tomarse en consideración en esta materia⁷, por cuanto el funcionamiento del mismo se ha visto complementado tanto por el RB II *bis*, en casos de desplazamientos entre Estados miembros, como por el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, hecho el 19 de octubre de 1996⁸ (en adelante, CLH de 1996), en casos de desplazamientos entre Estados participantes del CLH de 1996 que no lo sean del RB II *bis*⁹.

⁶ En concreto, por el Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias sobre custodia de los hijos (*BOE* núm. 210, de 1 de septiembre de 1984) y 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 (*BOE* núm. 150, de 24 de junio de 1997). Sin embargo, en la práctica la aplicación del Convenio Europeo de Luxemburgo ha sido escasa ya que funciona cuando se produce el traslado ilícito de un menor a otro Estado parte, infringiendo una sentencia dictada en el otro Estado por la que se establece el régimen de custodia y visita del menor, exigiendo -para que el menor sea retornado al país desde donde fue trasladado ilícitamente-, el engorroso trámite del exequátur para que tal decisión sea ejecutada en el país donde se halla el menor. Se trata de una exigencia que contrasta con la agilidad que plantea la vía de la cooperación articulada por el CLH de 1980, en tanto, este último, no exige que exista una resolución previa sobre custodia, resolviendo un problema fáctico que si bien no garantiza la homologación en España de la resolución judicial extranjera, como sí sucede en el ámbito del Convenio de Luxemburgo, en la práctica es muy efectivo. La operatividad del Convenio de Luxemburgo se ha visto asimismo limitada por la primacía reconocida al RB II *bis*, ex art. 60 *d*), a partir de su entrada en vigor, el 1 marzo 2005. En consecuencia, no resultará de aplicación en los traslados ilícitos de menores entre Estados miembros. *Vid.* MOYA ESCUDERO, Mercedes, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 187; Id: “El secuestro internacional de menores”, en A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de derecho judicial, pp. 411-460. Por razones similares a las aludidas para el Convenio de Luxemburgo, la aplicación del Convenio entre España y Marruecos es cada vez más escasa, desde que Marruecos ratificara, el 1 de mayo de 2011, el CLH 1980; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)”, en: A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Colex, 2004, pp.167 y ss; Id: *Derecho Internacional...*, *op.cit.*, p. 464.

⁷ GARAU SOBRINO, Federico, “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 282-289.

⁸ *BOE* núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁹ Esta precisión viene contenida en el art. 61 del RB II *bis*, cuando establece las relaciones entre el RB II *bis* y las disposiciones contenidas en el CLH de 1996.

Por su importancia y repercusión en el tema elegido, en la presente contribución centraremos nuestra atención en el art. 13 *b)* del CLH de 1980 y en las limitaciones introducidas a dicha norma por el RB II *bis*.

2. El CLH de 1980: art. 13 *b)*

El CLH de 1980 ha sido ratificado hasta la fecha por más de 90 países, incluido España (1987) y pese a sus casi cuatro décadas de vigencia, dicho Convenio constituye en la actualidad el principal instrumento internacional en materia de secuestro internacional de menores.

El Convenio, sin embargo, no contempla en sus disposiciones normas de competencia judicial internacional, de ley aplicable, ni de reconocimiento y ejecución de decisiones, sino que cuenta con un mecanismo de cooperación internacional¹⁰ que presenta una doble finalidad. Por un lado, conseguir de manera inmediata la restitución de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en otro Estado parte (entorno familiar y social donde han desarrollado su vida) y, por otro lado, velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en alguno de los Estado parte sean respetados en los demás Estados partes del Convenio¹¹. Y ello, tanto si se trata de una atribución de pleno derecho, de una resolución judicial o administrativa o de un acuerdo en vigor según el Derecho del Estado requerido (art. 3.º *b)*, segundo párrafo)¹².

Sin embargo, siendo el menor el núcleo sobre el que se construye la arquitectura del CLH de 1980, este no contiene en su parte dispositiva ninguna referencia explícita al interés superior del menor¹³. Naturalmente, ello no significa que el mentado instrumento internacional desconozca la necesidad de tener presente el interés de los menores a la hora de resolver un problema tan sensible como el secuestro internacional, según se puede constatar en la Exposición de motivos, así como en muchas de sus regulaciones. Se trata de un objetivo primordial que subyace en las distintas soluciones ofrecidas en sus normas, orientadas en todo momento a lo que resulte más conveniente al interés del menor y sobre el que se estructura el resto de objetivos por él trazados¹⁴.

¹⁰ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Secuestro internacional de menores (legal kidnapping) y cooperación internacional: la posición española ante el problema”, *Poder Judicial*, 2ª época, núm. 4, 1986, p. 27.

¹¹ Vid. PÉREZ VERA, Elisa, “Informe explicativo del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, pp. 1-44, p. 3 (punto 9). http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf. En este sentido véase asimismo AP de Asturias, de 30 de abril de 2007.

¹² Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional privado*, 9ª edic., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016, p. 406.

¹³ Vid. PÉREZ VERA, Elisa, “Informe explicativo...”, *op. cit.*, p. 6 (punto 23).

¹⁴ Vid. PALAO MORENO, Guillermo, “La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 16, 2002, pp. 225-284, p. 255; GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, en S. GARCÍA CANO, y M.

En efecto, el Convenio ha considerado que en no todos los casos el retorno del menor a su entorno más próximo pueda ser la solución más razonable y beneficiosa a sus legítimos intereses. De ahí que sus normas contengan algunas excepciones previstas en los arts. 12, 13 y 29 que flexibilizan esta regla general, normas, eso sí, que han de interpretadas de forma restrictiva a fin de impedir que el objetivo primordial del Convenio: la restitución inmediata del menor y sus legítimos intereses se vean en alguna medida desvirtuados.

Sobre las excepciones recogidas en el Convenio para la consecución de este razonable propósito, es preciso indicar que ninguna de ellas está pensada con la finalidad ofrecer una protección especial a los secuestros que traen causa en una situación de violencia machista sea haya ejercido esta de manera directa al menor o indirectamente a su progenitora¹⁵. Una carencia hasta cierto punto razonable si tenemos en cuenta que por aquel entonces, año 1980, este tipo de situaciones no tenían una clara manifestación práctica.

De las excepciones previstas en el art. 13 CLH de 1980 la única que parece encajar en la perspectiva de género es la recogida en el apartado *b*). Según dispone esta norma, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, si quien se opone demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera se le ponga en una situación intolerable¹⁶.

La dificultad que deriva de este precepto a la hora de ser aplicado a los casos de traslados o retenciones ilícitas de menores expuestos a la violencia de género no ha pasado inadvertida para la Comisión permanente de La Haya¹⁷, institución desde la que se ha alertado sobre la escasa o deficiente protección de estas situaciones.

D. ADAM MUÑOZ, (coord.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 80-115, p. 89.

¹⁵ Vid. PAZ LAMELA, Ramón Santiago, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 17, 2013, pp. 675-685.

¹⁶ Vid. HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, *Interés del menor en los Convenios de la conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Lex nova, 2004, p. 110; PAZ LAMELA, Ramón. Santiago, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)”, *Anuario da Faculta de de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 17, 2013, pp. 675-685, pp. 681-682; FORCADA-MIRANDA, Francisco Javier, “Carencias, Necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *REDI*, núm. 68-2, 2016, pp. 337-346; Id., “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 Millennium DIPr.*, núm. 3; pp. 11-12.

¹⁷ Sobre esta cuestión vid. BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría., “Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños, de 1 a 10 de junio de 2011”, *REDI*, vol. LXIII, núm. 2, 2011, pp. 315-318; Id: “Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños, 2ª parte, del 25 al 21 de enero de 2012”. *REDI*, vol. LXIV, núm. 2, 2012, pp.

Con el propósito de paliar los efectos nocivos de la violencia en el ámbito familiar en este tipo de procesos, la Comisión Permanente de la Conferencia de la Haya ha elaborado un conjunto de acciones bajo la forma de principios y recomendaciones, entre las que destaca el Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre la aplicación del art. 13 *b)* del CLH de 1980, realizado el 3 de junio de 2017¹⁸. En el Proyecto se describen los factores que habrán de tomarse en consideración en relación con la valoración del grave riesgo y su inserción en la violencia de género por parte de las autoridades requeridas una vez activado el mecanismo del Convenio, al tiempo que describe un amplio abanico probatorio en el que podrá sustentar su decisión la autoridad requerida, cuando la sustracción del menor tenga por escenario la violencia de género¹⁹. De todas formas, conviene destacar, que hasta la fecha esta institución no ha considerado oportuno incluir ninguna modificación para incorporar al CLH de 1980 la perspectiva de género.

3. Aplicación restrictiva del art. 13 *b)* del CLH de 1980 en el ámbito del RB II *bis*

En el ámbito de operatividad del RB II *bis* el tratamiento de la excepción prevista en el art. 13 *b)* del CLH de 1980 incorpora algunas modificaciones que hacen aún más restrictiva su utilización. Entre estas cuestiones destaca la previsión contenida en el art. 11.4 del RB II *bis*, cuando dispone que, los órganos jurisdiccionales del Estado requerido no podrán denegar la restitución del menor en base al art. 13 *b)* del CLH de 1980, en los casos en que se hubieren adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución²⁰.

Además de esta limitación, el propio art. 11 RB II *bis* ha incorporado en sus apartados 6 y 8, lo que se conoce como mecanismo de la “segunda instancia”, también denominado de “última palabra”. La utilización de este mecanismo, muy criticado por la

308-309: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez)”, *REEI*, núm. 29, 2015, pp. 268-304.

¹⁸ Para una visión conjunta de esta guía consultar en <https://www.hcch.net>, así como, “The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention, October 2017”, en <https://assets.hcch.net/docs/0a0532b7-d580-4e53-8c25-7edab2a94284.pdf>. El contenido, proyección y utilidad de esta guía en desplazamientos de menores sometidos a la violencia de género ha sido ampliamente abordado por la profesora Carmen RUIZ SUTIL, en el tema presentado para la defensa de su titularidad en el Concurso de acceso a plazas de cuerpos de funcionarios docentes universitarios, en la figura de Profesor Titular de Universidad del área de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada (facilitado por su autora), bajo el título: “La sustracción internacional de menores expuestos a la violencia de género”, en concreto, en el punto II, relativo al Marco jurídico de la sustracción internacional de menores.

¹⁹ Anexo 3, Doc. Pre. N° 3 de junio de 2017, pp. 76 y ss., en <https://www.hcch.net>

²⁰ *Vid.* REIG FABADO, Isabel, Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980, en P. LLORIA GARCÍA, (coord.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, 2008, Iustel, pp. 220-228; id.: “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Revista boliviana de Derecho*, núm. 20, julio 2015, pp. 242-263, pp. 253 y 254.

doctrina debido a los problemas que puede plantear su ejecución en el orden práctico, implica que en los casos de decisiones que ordenan el no retorno del menor fundadas en el art. 13 *b)* del CLH de 1980, la autoridad del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado ilícito, tenga la posibilidad de adoptar una decisión posterior ordenando la restitución a dicho Estado, con independencia de cuáles hayan sido las razones que llevaron al Estado requerido a dictaminar la no devolución del menor secuestrado al Estado miembro de su residencia habitual²¹.

El mecanismo de la segunda instancia funciona de la siguiente manera. Adoptada la resolución de no restitución -fundada en el art. 13 *b)* CLH de 1980- por el Tribunal requerido éste deberá trasladar ‘de inmediato’, en el reducido plazo de un mes contados a partir de la fecha de la resolución de no restitución, una copia de la misma, los documentos pertinentes y el acta de la vista²² bien al tribunal competente o, en su caso, a la autoridad central del Estado miembro requirente, esto es, el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes de tener lugar el traslado o retención ilícitos (art. 11.6 RB II *bis*). Este último tribunal o la autoridad interviniente según corresponda será quien notifique a las partes, invitándolas a que presenten sus correspondientes alegaciones, de considerarlo oportuno, en el término de tres meses contados desde la fecha de la notificación. No obstante, debe tenerse en cuenta que el mecanismo de la segunda instancia no se activa de oficio. Por tanto, será necesario que las partes presenten ante el órgano jurisdiccional del Estado requirente sus correspondientes alegaciones para que el órgano jurisdiccional competente examine la custodia. Si lo hacen, estas serán valoradas por el tribunal en cuestión, quien posteriormente decidirá si el menor debe o no ser retornado. En caso de que las partes no plantean alegaciones, el asunto quedará archivado (art. 11. 7 RB II *bis*).

En caso de que la autoridad requirente falle el no retorno, la competencia sobre el fondo, esto es, sobre la responsabilidad parental, pasará a los tribunales del Estado miembro donde se halla el menor [art. 10, *b)* y *in)* del RB II *bis*]. Pero si el tribunal requirente decide que el menor debe ser retornado, esta resolución, una vez certificada²³, será ejecutiva en el Estado parte requerido para su devolución, de conformidad con lo

²¹ *Vid.* RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “Refundición del Reglamento Bruselas II bis; de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *Revista española de derecho internacional*, 2017, núm.1, vol. 69, p. 145.

²² De acuerdo con lo previsto en la legislación nacional del Estado implicado.

²³ De conformidad con el Anexo IV RB II *bis*.

previsto en los arts. 11.8; 40.1 *b)* y 42 RB II bis²⁴. Según dispone el art. 47.2 párrafo segundo del RB II *bis*, la ejecución de esta decisión podrá impedirse solo si fuera incompatible con otra resolución dictada con posterioridad.

Como fácilmente se infiere, la intervención de ambas regulaciones reducen al máximo la posibilidad de que un menor no sea retornado al lugar del que fue sustraído ilícitamente, pues tanto la una como la otra están pensadas con la muy razonable finalidad de dar cumplimiento al principio de confianza comunitaria y, claro está, desaconsejar que los progenitores incurran en comportamientos que comprometan los derechos de guarda y custodia de los padres y el interés superior del menor²⁵.

En nuestra opinión, hacer extensiva esta finalidad a las sustracciones ilícitas de menores que han sido víctimas de la violencia familiar, se trate de una violencia ejercida directamente o indirectamente en cualquiera de sus manifestaciones, puede resultar inaceptable en la medida que ello no solo implica que el menor sea devuelto al lugar donde ha sufrido el maltrato, sino que, es muy probable que su retorno se lleve a cabo sin la compañía de quien ha intentado protegerle del peligro²⁶.

Frente a semejante resultado, razones de elemental coherencia nos llevan a cuestionar hasta qué punto la finalidad de estas medidas encajan con la protección del supremo interés del menor²⁷, y lo que es aún más preocupante, si no considerar la violencia ejercida sobre los menores como una excepción a tener en consideración en este tipo de procesos podría implicar asimismo la defensa a ultranza del principio de confianza comunitaria, reduciendo a la nada el interés superior del menor.

²⁴ El juez de origen que dictó la resolución conforme al art. 42.1 RB II *bis* emitirá el certificado en cuestión si se hubiere dado de audiencia al menor y a todas las partes, y si se hubieren tenido en cuenta las pruebas en las que fundamenta la resolución de no restitución emitida por el Estado requerido, de conformidad con el art. 13 CLH de 1980.

²⁵ *Vid.* CAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 8, N° 2, 2016, pp. 77-91.

²⁶ Así, por ejemplo, si se llegara a configurar el delito de sustracción internacional de menores en España, ello pudiera conllevar, en aplicación de los arts. 225 *bis* y 45 del CP, a la imposición de una pena privativa de libertad entre 2 y 4 años y a la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, privando al penado de los derechos inherentes en el primer caso, y los demás casos, a la extinción, así como a la incapacitación para obtener un nombramiento para dichos cargos durante el tiempo que dure la condena. Asimismo el juez o tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

²⁷ Según RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “Refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *op. cit.*, p. 3, en algunas regulaciones del RB II bis se constata que la consecución de determinados fines comunitarios pugna con el interés superior del menor, cuando afirma: “(...) cabe preguntarse si esta revisión no esconde otros fines menos centrados en el menor y que responden a intereses de naturaleza más política o relacionada con la integración europea”.

Y es que, el hecho de que en base al art. 13 *b)* del CLH de 1980 se imponga la obligación a la autoridad requerida de devolver al menor, sea cual fuere la causa que motivó su ‘secuestro’, si se hubieren adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución, sin indicar a qué autoridad corresponde tal responsabilidad y cuáles son estas medidas, ha puesto de relieve en práctica judicial comunitaria la necesidad de que ambos puntos sean esclarecidos.

Estas dificultades no han pasado inadvertidas para el legislador europeo como así ha quedado reflejado en la propuesta de Texto de Refundición del RB II *bis* (en adelante, TR)²⁸. El mecanismo de la última palabra ha sido precisamente uno de los puntos que mayor controversia ha despertado de todo lo contenido en las nuevas propuestas de reforma, reformas que, el concreto ámbito en el que nos movemos se introducen a través del Capítulo III, y que en lo esencial van dirigidas muchas de ellas reconfigurar la actual articulación del mecanismo de la segunda instancia recogido en el RB II *bis*.

Las nuevas regulaciones en materia de sustracción internacional de menores se encuentran recogidas en el art. 26 y siguientes del TR, si bien nos referiremos únicamente a aquellas que mayor repercusión tienen en lo que concierne al presente estudio.

En primer, en el TR se ha visto muy fortalecida la cooperación de autoridades facilitando la comunicación directa entre las autoridades implicadas en estos procesos, las autoridades centrales y la Red Judicial Europea, (art. 25.1 en relación con los arts. 63 y 64). Asimismo reconoce en su art. 26.1 que en toda resolución por la que se deniegue la restitución de un menor, el órgano jurisdiccional deberá especificar el artículo o artículos del CLH de 1980 en los que se basa la denegación. Entretanto, el apartado 4 de la propia norma introduce la exigencia relativa a que en las decisiones sobre la custodia adoptadas en el Estado de la residencia habitual del menor se tenga en cuenta el interés superior del niño (considerando 20), así como los motivos y los elementos de prueba en los que se fundamenta la denegación de retorno. Por último se abre la posibilidad de que la parte se oponga a la ejecución de la resolución de retorno adoptada en el Estado requerido. En estas regulaciones, no cabe dudas, trasluce un mecanismo mucho más consolidado y garantista que el anterior, que, en principio, pretende impedir que cualquier resolución sirva para exigir ‘en todo caso’ el retorno del menor.

Ahora bien, pese a lo saludables que pueden resultar las modificaciones incorporadas en materia de sustracción internacional de menores en el TR, sobre todo en relación con las correcciones verificadas dentro del mecanismo de segunda instancia, estas

²⁸ [COM(2016) 411 final, de 30.6.2016] <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-411-ES-F1-1.PDF>

han de ser vista en su justa dimensión, ya que, según advierte cierta doctrina que comparto, tales propuestas seguirán siendo insuficientes dado que no se ha tenido en cuenta que en la mayoría de los casos es la madre la que incurre en este tipo de comportamientos, no se incorpora la doctrina sentada por TEDH en relación con los derechos fundamentales, así como tampoco se han tomado en consideración las medidas de apoyo propuestas por la Conferencia de La Haya²⁹.

III. La jurisprudencia española frente al grave riesgo y a las medidas de seguridad en secuestros intracomunitarios

En los procesos de traslado o retención ilícita de menores intracomunitarios, en la mayoría de los casos, la jurisprudencia española ha respondido acordando la devolución del menor al Estado de la residencia habitual antes de producirse el traslado. Los fundamentos utilizados por la jurisprudencia española para acordar la devolución del menor han sido, básicamente, dos. El primero de ellos se apoya en la necesidad de probar la existencia de un ‘grave riesgo’. El grave riesgo, según la jurisprudencia española, debe ser acreditado, ya que resulta insuficiente invocar una situación de riesgo o perjuicio sobre el menor, si durante el proceso este extremo no ha sido acreditado³⁰. El segundo motivo argumentado por los jueces españoles ha sido considerar que la violencia indirecta, es decir, la ejercida a la madre, no goza de entidad suficiente como para apreciar los malos respecto del menor³¹. En algunos de los casos analizados, resulta lamentable que los jueces españoles

²⁹ Sobre las propuesta de reforma y su crítica la profesora RODRÍGUEZ PINEAU considera que, “... a pesar de que algunas de las medidas que se incorporan pueden servir para mejorar la situación actual (la concentración de la competencia o la tutela cautelar), la regulación sobre el proceso de restitución europeo parece seguir más orientada a resolver el equilibrio entre tribunales dentro de la UE que a asegurar que se persigue el interés superior del menor en estos supuestos”. *Vid.* RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “Refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *op. cit.*, pp. 145 y 146.

³⁰ En este sentido véase el Auto de la AP de Barcelona de 23 de abril de 2012 y más recientemente en las SSTSJ de Canarias y de Madrid de 28 de octubre y de 24 junio de 2016, respectivamente.

³¹ En igual sentido las SSAP de Las Palmas, de 9 febrero de 2017 y de 25 de julio de 2016. Y más recientemente el mediático caso de Juana Rivas, donde el Juzgado de Primera instancia núm. 3 de Granada, mediante Sentencia núm. 754/16, de 14 de diciembre de 2016, decretó la devolución de dos menores a Italia. Una sentencia que más tarde fue ratificada por la AP de Granada (Sentencia núm. 152/2017, de 21 de abril de 2017). Sobre la consideración de de violencia directa o indirecta la psicóloga Ana María Pérez del Campo, Presidenta de la FAMS y vocal del Observatorio Estatal contra la Violencia de Género, refiere que, “En el año 2010 el Senado español con inusual unanimidad proclamó que los hijos que conviven en un hogar bajo la violencia del predominio masculino son siempre “víctimas directas” de la misma. Una violencia que, como aquí hemos dicho, produce daños, sufrimientos y alteraciones psicofísicas que condicionan el futuro de sus vidas, causando un perjuicio de dimensiones impredecibles. los hijos de la violencia de género son sin excepción ‘víctimas directas’ y no sólo testigos presenciales, como se decía, del maltrato inferido a la esposa y madre. No es sólo que el padre vierta en cascada incontrolada los insultos a la mujer en presencia de los hijos, que los amedrañe con graves amenazas a ellos mismos si se les ocurre intervenir o interrumpir en cualquier forma su virulencia desatada; que arroje y destroce cuanto tenga a mano en sus ataques directos a la madre desoyendo los lamentos de sus hijos y el intento de éstos por eludir la escena cubriéndose la cabeza entre las manos o escondiéndose bajo la almohada para mitigar el dolor que semejantes conductas paternas les producen”. *Vid.* PÉREZ DEL CAMPO Ana María, “Las otras víctimas de la violencia de género”.

resten entidad al hecho de que los menores que puedan llegar a presenciar episodios de violencia doméstica perpetrado por el padre, al considerar que este tipo de comportamiento no presenta la suficiente entidad como para impedir el retorno del menor, en la medida en que no afectan directamente a los menores³². A este motivo se suma otro no menos criticable, y es que, para llegar a determinar este perjuicio, algunos jueces consideran que solo una exploración pormenorizada del menor sería capaz de demostrar la presencia de ese daño, pero este tipo de pruebas, según reitera esta jurisprudencia, requiere de tiempo para ser apreciada, lo que va contra la agilidad de este tipo de procedimientos. Se trata, claro está, de un comportamiento que deja en muy cuestionable lugar la protección del interés superior del menor.

Frente a esta jurisprudencia mayoritaria se alza el AAP de Madrid, de 21 de marzo de 2012³³, por el que se acordó la no restitución del menor y para lo que la Sala tuvo en cuenta un informe psicológico³⁴, así como las denuncias sobre presuntos malos tratos presentadas ante las autoridades implicadas³⁵.

Del mismo modo hemos detectado que, excepto en dos casos puntales -SAP de Málaga, de 11 de septiembre de 2007¹ y el Auto de la AP Valencia, de 26 marzo de 2009³⁶-, en la mayoría de decisiones relativas a secuestros intracomunitarios la jurisprudencia española omite toda referencia a la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para garantizar en retorno seguro del menor en aquellas decisiones que ordenan la devolución del menor, existiendo un grave riesgo fundado en la violencia doméstica. Una exigencia

Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (España), en [www.poderjudicial.es/cgpj/es/temas/violencia doméstica y de género](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/temas/violencia%20dom%C3%A9stica%20y%20de%20g%C3%A9nero), pp.5-7. Similares conclusiones reproduce la doctora Dolores Aguilar Redonda cuando refiere que, “La Academia Americana de Pediatría ha reconocido que “ser testigo de violencia doméstica puede ser tan traumático para el niño como ser víctima de abusos físicos o sexuales”, constatándose que los patrones de las alteraciones en los niños/as expuestos a violencia son superponibles al patrón descrito en los niños y niñas víctimas directas de abusos (Jaffe, 1986; Hughes, 1989; Salzinger, 1992), pues ver sufrir a alguien a quien se quiere produce un fuerte y traumático impacto emocional, que se acrecienta mucho más cuando el agresor es la figura paterna. Numerosos investigadores afirman que la violencia de género en el ámbito familiar es una de las principales causas del trastorno de estrés post-traumático en niños (Moreno Vela, 1999; Mc Closed y Walker, 2000; Pedreira Masa, 2000). Una de las conclusiones del Dr. Pedreira en su trabajo de investigación es que “tan frecuente o más en nuestro medio que los clásicos factores traumáticos desencadenantes agudos (catástrofes naturales, accidentes, episodios violentos), es la violencia familiar crónica que a menudo es difícil de constatar”; AGUILAR REDONDA, Dolores, “La infancia víctima de violencia de género”, en [www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia doméstica y de género](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia%20dom%C3%A9stica%20y%20de%20g%C3%A9nero), pp. 3.

³² Véase la SAP de Málaga, de 30 de abril de 2015, en concreto, el FJ 2.

³³ (FJ 2º).

³⁴ (FJ 4º).

³⁵ (FJ 3º).

³⁶ En ambos casos nuestras autoridades decretaron la no devolución del menor por no haberse acreditado que en el Estado requirente se hubieran adoptado las medidas pertinentes para garantizar el retorno seguro del menor³⁶.

que, según tuvimos ocasión de ver hace un momento, plantea un señalado interés en devoluciones de menores expuestos a la violencia en el ámbito familiar³⁷.

IV. CONCLUSIONES

Una de las más importantes conclusiones que cabe extraer del presente estudio es que la perspectiva de género no ha sido considerada en los textos internacionales que vinculan a España en materia de secuestro internacional de menores. Es cierto que el CLH de 1980, principal texto internacional en la materia, fue aprobado en un momento en el que la violencia de género no tenía la visibilidad social ni jurídica que hoy disfruta en el Derecho comparado. Ello, sin embargo, no justifica que un texto internacional con casi 40 años de vigencia no haya considerado ya la necesidad de modificar sus normas para que sean adaptadas a las transformaciones experimentadas en este ámbito. Y lo lamentable es que, pese a que esta preocupación se ha visto reflejada en distintas acciones de la Comisión de La Haya, hasta la fecha estas acciones no hayan tenido un reflejo normativo en el Convenio. La necesidad de que esta situación deba ser revisada de *lege ferenda* para que sea contemplada o al menos diferenciada la violencia machista -en cualquiera de sus modalidades- como una circunstancia excepcional que impida la devolución del menor al medio donde ha sido maltratado, es, en nuestra opinión, impostergable.

Ahora bien, no se debe perder esta modificación en esta dirección tendrá una utilidad muy limitada si el RB II *bis* no levanta la barrera normativa infranqueable impuesta por el art. 11.4, barrera que, en muchos casos, deja sin recurso legal a los autoridades españolas y del resto del Estados miembros del RB II *bis*, cuando, existiendo una demostrada situación de violencia en traslados o desplazamientos ilícitos intraeuropeos, dichas autoridades se ven compelidos a adoptar una decisión de retorno si en el Estado miembro requirente se hubieren adoptado las medidas de protección adecuadas para garantizar el retorno seguro del menor. Unas medidas que, insistimos, no disfrutaban del mismo nivel de protección en todos los ordenamientos jurídicos como para dejar a su merced la protección que en todo caso ha de ser garantizada a los menores víctimas de la violencia machista. Y que, por otro lado, nuestras autoridades, en la mayoría de las

³⁷ En este sentido se ha pronunciado ya el TEDH en la sentencia núm. 1437/09, de 12 de julio de 2011 (*As: Sneersonne y Campanella*), concluyendo que, en este caso, el Tribunal italiano incurrió en una violación del art. 8 del CEDH al considerar suficientes unas medidas -las recogidas en el art. 11.4 RB II *bis*- que no garantizaban el retorno seguro del menor. El TEDH estimó que la decisión adoptada por el Tribunal italiano carecía de motivación, ya que durante el desarrollo de los procedimientos -el principal y los conexos- no se escuchó a la madre, no fue tomada en consideración la conducta del padre con su hijo, así como tampoco fue evaluado el limitado derecho de acceso ofrecido a la madre. La falta de apreciación del conjunto de estas circunstancias llevó al Gran Tribunal a fallar la estimación de demanda interpuesta, con la consecuente revocación de la sentencia dictada por el Tribunal italiano que ordenaba la devolución del menor, tras estimar que no fue debidamente apreciado su interés superior.

ocasiones, ni siquiera controla si han sido o no cumplimentadas tras ejecutarse la devolución.

En la práctica, no tener en cuenta que la violencia de género tiene la suficiente entidad como para recibir un tratamiento diferenciado, supone, por un lado, equiparar estos supuestos con el resto de motivaciones para las que han sido pensadas el CLH de 1908. Mientras, por otro lado, se está proporcionando una respuesta contraria a la finalidad suprema de unas normas con las que se pretende proteger, en primerísimo lugar, el interés superior del menor.

En el seno de la Comisión Europea se discute en la actualidad el Texto de Refundición del RB II *bis*, texto donde se proponen, entre otras cuestiones, algunas modificaciones a las regulaciones vigentes en materia de secuestro internacional de menores. Sin embargo, las medidas recogidas en el dicho texto, como tuvimos ocasión de ver, aunque han de considerarse como mejoras de importante calado al sistema actualmente vigente de resultar finalmente aprobadas, siguen siendo insuficientes para dejar zanjada una problemática tan sensible como el secuestro de menores víctimas de la violencia machista. Todo ello pone de relieve que aún queda mucho camino por recorrer para ganar tan controvertida batalla.