

CAPÍTULO IX
EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES

CARMEN RUIZ SUTIL¹

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años asistimos a un aumento considerable de situaciones en las que mujeres abandonan el país donde residen con sus hijos y huyen de la violencia machista, expresión extrema de la discriminación histórica que sufren las mujeres, refugiándose en sus países de origen (Kaye, 1999; 191-212 y Weiner, 2000), seguramente movidas por el miedo y por la falta de mecanismos que garanticen el auxilio real de su entorno familiar.

El secuestro internacional de menores es una de las consecuencias que aflora en las crisis de pareja cuando uno de los progenitores decide unilateralmente trasladar a su hijo o hija a otro país. La consideración del carácter ilícito del traslado se concreta cuando infrinja o lesione el derecho de custodia atribuido a una persona o institución. Al margen del progenitor o de la progenitora al que le haya sido atribuida la custodia y del motivo que se esconda tras esa decisión, la falta de consentimiento de uno de los progenitores a que su hijo o hija cambie de residencia a otro país² origina la ilicitud del traslado. Y es que en los

¹ Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada. *ruiz-suti@ugr.es*.

² Huelga decir que el significado de “derecho de custodia” es fundamental para la cuestión de si ha habido traslado o retención ilícitos de menores, aunque su concepción puede diferir en los distintos ordenamientos jurídicos. Para ilustrarlo, véase la SAP de Málaga núm. 238/2014, de 1 de abril de 2014 (EDJ 2014/204673, www.elderecholefebvre.com), que muestra como la madre sustractora del o de la menor se intenta acoger a lo dispuesto en el Código Civil de Lituania para alegar que no ha cometido retención ilícita de su hija. Sin embargo, este término no ha de quedar determinado únicamente por el Derecho del Estado miembro de residencia habitual del o de la menor afectados, sino que ha de reflejar las disposiciones de los instrumentos internacionales aplicables a la sustracción internacional de menores. En Derecho español, la decisión del cambio de residencia del o de la menor se encuadra en el ámbito del ejercicio conjunto de la patria potestad, haciéndola depender del consentimiento o autorización de ambos progenitores (arts. 154 y 156 Código civil) o, en su caso, del consentimiento judicial (art. 158 del Código civil). Existe abundante jurisprudencia del TS que resuelve tal cuestión. La STS de 26 de octubre de 2012 (EDJ 2012/232597, en www.tribunales.es).

ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, el ejercicio de la patria potestad es compartido, salvo que por resolución judicial se establezca lo contrario, y por ende, aquellas cuestiones que afectan de forma esencial al desarrollo del o de la menor, como es el establecimiento de su lugar de residencia, debe ser decidido de forma conjunta y, en caso de desacuerdo, acudir a la necesaria autorización judicial (De la Iglesia Monje, 2015: 895-906).

De ahí que, en la mayoría de los casos, la huida de la mujer maltratada con sus hijos o hijas del país en el que se encontraba fijada su residencia habitual tenga una efectividad aparente y efímera, pues la denuncia del otro progenitor encuadrada en un delito de sustracción internacional de menores la obliga a tener que retornar a los menores inmediatamente al país donde proceden. Y es que los instrumentos internacionales que resuelven dicha problemática están encaminados a restablecer la situación quebrantada de los menores, independientemente de los motivos que ocasionaron la fuga del país de la residencia habitual.

Los intentos de regulación del secuestro internacional de menores han llevado al legislador español a intentar ofrecer soluciones desde diferentes ámbitos y sectores del ordenamiento jurídico. Desde el Derecho penal, el Derecho civil y el Derecho internacional privado se han desarrollado diferentes aspectos de la regulación de estas situaciones. Por ejemplo, el delito de sustracción internacional de menores constituye una respuesta legislativa contundente a los supuestos de crisis matrimoniales o ruptura entre parejas con la finalidad de evitar consecuencias negativas y perjudiciales a los hijos e hijas cuando son objeto de traslado o retención ilícita por uno de los progenitores. Por tanto, este tipo de conducta delictual no tiene en cuenta la motivación del hecho delictivo, que puede estar originada en el miedo de la víctima de la violencia de género a ser nuevamente maltratada.

Extraordinariamente, en el Derecho comparado, existe la posibilidad de no ser acusado de este delito si se demuestra que la huida se produjo para proteger al menor de la violencia de género, tal y como se recoge en el art. 285 del Código Penal canadiense, que indica lo siguiente: “Nadie puede ser declarado culpable de un delito en virtud de las secciones 280 a 283 (sustracción internacional de menores) si el tribunal está convencido de que la sustracción, seducción, ocultamiento, retención, encubrimiento o acogida del o de la menor fue necesaria para protegerlos del peligro de un daño inminente o si la persona acusada del delito escapaba de un peligro de daño inminente”³. Esta solución podría constituir una salida al problema de violencia de género y la sustracción

elderecholefevre) ha contribuido a la uniformidad de la jurisprudencia en materia de traslados ilícitos, reconociendo que el derecho a decidir sobre la residencia de un hijo o hija corresponde a los titulares de la patria potestad. Otra de las cuestiones que derivan de dicha problemática es que no se explica la forma de obtener este consentimiento para la toma de la decisión de traslado del hijo o hija menor cuando los progenitores viven separados.

³ Véase <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-46/TexteComple.html>.

internacional de menores (Chamberland, 2005: 42-46). Sin embargo, a pesar de su eficacia, dicha respuesta plantea ciertas dificultades en el ámbito de la cooperación civil internacional entre los diferentes Estados.

En los Estados Unidos de América, estudios llevados a cabo sobre la violencia de género y el secuestro internacional de menores, demuestran que la mayoría de los niños secuestrados han sido devueltos al país del que huyó la víctima secuestradora (Lindhorst and Edleson, 2012; Vesneski *et al.*, 2011: pp.1-21; Chiancone *et al.*, 2001). Estas investigaciones evidenciaron que la “no devolución” del o de la menor al país de su residencia habitual solo prosperaba cuando el maltrato físico se había ejercido directamente sobre el menor, pero no si era perpetrado sobre la madre, aunque los hijos e hijas fuesen testigos presenciales de esta violencia.

Dicha problemática ha sido advertida también en la jurisprudencia de otros países, incluida la española, lo que ha provocado que la opinión pública y de personas especialistas en el tema hayan puesto en entredicho aquellas decisiones en las que, mediando una situación de violencia machista, las autoridades hayan acordado la devolución al país de residencia habitual que, a su vez, es el lugar donde reside el maltratador.

Este tipo de experiencias ponen en jaque el funcionamiento actual del principal instrumento internacional en materia de sustracción internacional de menores, como es el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante CLH 1980), donde el interés del o de la menor se centra en la reintegración inmediata a su anterior entorno habitual. Misma solución se viene otorgando a los desplazamientos ilícitos entre Estados de la Unión Europea (en adelante UE) vinculados el Reglamento (CE) n.º 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia (en adelante RBr. II bis), ya que en la mayor parte de los casos, las respuestas habilitadas se dirigen a la devolución inmediata del o de la menor al país su residencia habitual. Desgraciadamente, el retorno inmediato regulado en instrumentos internacionales viene siendo utilizado como arma legal por el cónyuge maltratador para ejercer aún más control si cabe sobre la víctima (Yamaguchi and Lindhorst, 2016: 18 y 19).

En la regulación de sustracción internacional de menores resulta evidente la inexistencia de perspectiva de género, tal y como se puede comprobar en el CLH 1980; en el RBr. II bis; en el Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias sobre custodia de los hijos tendentes a la restitución del menor; en 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 o en la articulación en el Capítulo

IV bis del Título I del Libro IV de la LEC, integrado por los arts. 778 *quátera* a 778 *sexies* de dicho texto.

Además de estos instrumentos específicos en la materia, es preciso tener en cuenta que España se encuentra vinculada por el Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011⁴ (en adelante Convenio de Estambul). Este Convenio, nacido al amparo del Consejo de Europa (Gallego Sánchez, 2015), obliga a los actuales Estados contratantes a la protección y defensa de los hijos e hijas de las víctimas de la violencia de género a través de la adopción de medidas civiles. Sin embargo, el Convenio de Estambul no ha dado un paso determinante para que en alguna de sus disposiciones se ayude a implementar las situaciones de violencia de género con los instrumentos internacionales en materias de responsabilidad parental y de sustracción internacional de menores. Únicamente, como marco general, se establece en el art. 71.2 del Convenio de Estambul la posibilidad celebrar entre la partes acuerdos bilaterales o multilaterales para reforzar sus disposiciones y facilitar la aplicación de los principios que el mismo consagra.

Los debates sociales y jurídicos abiertos sobre los supuestos de sustracción internacional de menores en los que concurra una situación de violencia de género obligan a reflexionar críticamente sobre los motivos y/o reticencias de reconocer a este tipo de casos como violencia de género. Máxime teniendo en cuenta que desde la entrada en vigor del Convenio de Estambul, el concepto de violencia contra las mujeres abarca también la protección a los hijos, reconociendo que los niños y niñas pueden ser víctimas de la violencia machista, incluso como testigos de violencia dentro de la familia y obliga a los Estados a tomar medidas legislativas. Por lo que se refiere al ámbito de Naciones Unidas (Díaz de Terán Velasco, 2015: 323-347; Díez Peralta, 2011: 87-121), se vienen dictando diversos instrumentos jurídicos en los que se insiste en varias ideas fundamentales: que ser testigo de la violencia perpetrada contra la madre es una forma de abuso psicológico contra los menores, por lo que existe una necesidad de que desde los diferentes ámbitos de decisión y actuación se refuercen acciones específicas para abordar estas situaciones. Precisamente, en la Recomendación general 35 adoptada por el Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) emitida el 15 de julio de 2017 sobre la violencia por razón de género contra las mujeres se recoge en el punto 31 lo siguiente: “los derechos o reclamaciones de los autores o presuntos autores durante y después de los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a...la custodia de los hijos e hijas, etc., deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y los niños a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio del interés superior del niño”.

4 BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

Tomando el conjunto de estos factores, con el presente trabajo se traza el objetivo de determinar hasta qué punto la normativa internacional vigente proporciona soluciones satisfactorias y garantistas a los desplazamientos o retenciones ilícitas de menores expuestos a la violencia de género, expresión actualmente acuñada por la doctrina (Lizana Zamudio, 2012: 36-38; Atenciano Jiménez, 2009: 261-272; Holden, 2003:151-160) y en qué medida su resolución puede verse afectada por la correcta interpretación que de dicha normativa efectúen nuestras autoridades.

Para alcanzar este objetivo y dar visibilidad jurídica a estas situaciones de naturaleza tan delicada, resulta conveniente, en primer lugar, acercarnos a la perspectiva de género en la normativa sobre la sustracción internacional de menores que vincula a España y el impacto en los procesos de secuestro internacional de menores originado por la violencia de género. Posteriormente corresponde analizar cómo el tratamiento de esta cuestión es afrontado por la jurisprudencia española. Las respuestas a cada una de estas cuestiones nos sitúan en el centro del debate y permitirán identificar si nos encontramos frente a una problemática de naturaleza normativa, interpretativa o mixta.

2. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA REGULACIÓN DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES

2.1. La implementación del enfoque de género en la sustracción internacional de menores

La transversalidad de género debe servir para potenciar la igualdad y para corregir las desigualdades y “hacerlas visibles a los ojos de una sociedad poco acostumbrada a reconocerlas” (Gil Ruiz, 2013: 15-42; *id.*, 2014: 9-16; *id.*, 2014: 241-270). Tal y como exige el moderno marco jurídico antidiscriminatorio, la disciplina del DIPr. no puede quedar inmutable al principio de *gender mainstreaming*. Sus técnicas y respuestas no deben escapar a este principio, que pone en tela de juicio la racionalidad, objetividad y neutralidad del método, por considerar que el Derecho creado y, consecuentemente, su método es sexista, es masculino y tiene género (Smart, 1994: 167-189; Gil Ruiz, 2015: 1441-1480; Rubio Castro, 2014: 44-48).

El Derecho internacional privado, disciplina donde se enmarca los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, se caracteriza por notas de peculiaridad y extravagancia (internacionalidad de uno de sus componentes) y, sin embargo, se configura como profundamente conservador a la hora de modificar sus disposiciones con una visión de género, salvo ciertas excepciones, como la ocurrida con la modificación del art. 107 del Código Civil⁵ que tuvo lu-

5 En Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234, de

gar con ocasión de solventar los problemas que tenían ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, a la hora de solicitar la separación o el divorcio en España.

La tarea no es fácil debido a la invisibilidad y marginación que se deriva de la exclusión de las mujeres en la creación y desarrollo en general de Derecho. Ello no ocurre de manera aislada propiamente en la disciplina del Derecho internacional privado, sino que como apunta un sector de la doctrina internacionalista “penetra todas las capas del Derecho Internacional y es constitutivo del mismo nivel que sus normas o sus estructuras retóricas” (Forcada Barona, 2009: 253-288). Ahora bien, la incorporación de la perspectiva de género debe penetrar en todas las estructuras jurídicas y en la mentalidad de los operadores, así como invitar a un compromiso efectivo por parte de los poderes estatales de ámbito nacional e internacional. Por muy correctos que sean los esfuerzos legislativos están abocados al fracaso si no se revisan categorías jurídico-científicas para incorporar la perspectiva de género.

La aplicación del *gender mainstreaming* en la regulación del Derecho internacional privado puede resultar novedosa, porque es otra forma de hacer Derecho, de hacer política y también otro modelo de ciudadanía, inclusivo de todos los seres humanos en sus diferencias (Facio Montejo, 1999: 125). El enfoque de género en esta rama jurídica del ordenamiento español superaría la visión excluyente del sujeto de Derecho y de derechos que lo identifica con el varón, adulto, blanco y propietario (Gil Ruiz, 2012: 12-13). En el caso del DIPr. se requiere un “caleidoscopio de género” para detectar las distintas formas de operar que tiene la discriminación de género y la interseccionalidad de factores estructurales y sistémicos propios de la mezcla de culturas, países, religiones, junto al pluralismo legislativo que rodea las situaciones privadas internacionales.

La existencia de un amplio Derecho antidiscriminatorio (Gil Ruiz, 2014: 243-244; Barrère, 1997 id., 2010: 240-241), con amparo constitucional en el art. 14 de la CE, junto con al menos dos instrumentos básicos supranacionales ratificados por España, como es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW) y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia hacia la mujer (Convenio de Estambul), sería suficiente como para instaurar la visión de género a la hora de abordar el tratamiento de una situación privada internacional, más aún si el asunto atañe al ámbito del Derecho internacional de la familia y de las sucesiones, áreas específicas en las que se aprecia una mayor recurrencia en la produc-

30 de septiembre de 2003). La modificación del art. 107 Código civil nació de una queja presentada ante el Defensor del Pueblo por una mujer marroquí que se sintió discriminada por la aplicación de la legislación de su país a una demanda de divorcio que había planteado. La aplicación de la anterior regulación provocaba que las mujeres marroquíes, no gozaran de los mismos derechos que las españolas a la hora de separarse y que, al ver limitada su actuación al ordenamiento jurídico de su país de origen, sufrieran situaciones discriminatorias a los ojos del ordenamiento jurídico español.

ción de estereotipos y en la vulneración de los derechos de las mujeres. En estos ámbitos, debemos prestar especial atención a las situaciones internacionales vinculadas a las mujeres y sus hijos o hijas, en relación a la atribución de guarda y custodia, uso y disfrute del domicilio familiar, etc., cuando en el contexto familiar se produce la violencia machista, ya que son familias caracterizadas por relaciones asimétricas en las cuales el cónyuge o progenitor es el dominador y la madre la dominada

Precisamente, el reto de la igualdad de género exige dar un paso definitivo e incorporar “la mirada de género” en la interpretación y en la adecuación de los textos existentes sobre sustracción internacional de menores. Uno de los desafíos a conseguir es, sin duda, el estudio de la problemática de la violencia de género en la decisión de retorno de los hijos e hijas sustraídos con el propósito de mejorar la normativa actual o, en su caso, de fortalecer la interpretación de dicha legislación siguiendo el compromiso vinculante adquirido internacionalmente por el *gender mainstreaming*. Esta perspectiva permite analizar de qué forma los fenómenos sociales, como la sustracción internacional de menores, afectan de manera diferenciada a mujeres y hombres, profundizando en las relaciones de poder y desigualdad que posicionan a las mujeres y a los hombres en diferentes ámbitos. En el contexto de desigualdad, es fundamental detectar si se produce una situación asimétrica de poder o de exclusión y/o discriminación por cuestión de género. Las víctimas de la violencia machista suelen rechazar la interposición de la denuncia cuando deciden separarse de su agresor, porque no confían en obtener de los órganos judiciales y las instituciones obligadas a protegerlas una respuesta adecuada para ellas y para sus hijos e hijas. Y es que esta mujer tiene sentimientos de miedo, terror, opresión, desvalorización, junto a un deterioro progresivo de la aptitud para asumir su propia defensa (Bertelli, 1998: 5). A ello se le une el posible desconocimiento de todo el aparato legislativo y judicial para ser protegida si se encuentra residiendo en un país diferente al suyo.

La existencia de obstáculos ocultos, como los que acabamos de exponer, llevan a la necesidad de impartir justicia con perspectiva de género por imperativo legal. Si bien es cierto que no en todos los casos en los que intervienen mujeres deben ser planteados y resueltos con perspectiva de género, sí constituye un primer indicador de atención para determinar si nos hallamos ante un asunto que precisa enfoque de género.

Para no seguir perpetuando la violencia machista, que puede motivar a la víctima a llevar a cabo un desplazamiento ilícito de sus hijos o hijas, expondremos a grandes rasgos la normativa internacional y la del ordenamiento jurídico español sobre violencia de género y la protección otorgada a los menores que viven en dicho contexto familiar. Y es que, en demasiadas ocasiones, dicha reglamentación acaba siendo desvirtuada en la casuística diaria, bien sea por omisión o ignorancia en su invocación y aplicación, bien por resistencia del propio órgano judicial. Más aún, si lo que se pretende es resolver un asunto de

Derecho internacional privado, donde el entramado normativo internacional ensombrece una respuesta que satisfaga el interés del o de la menor expuestos a la violencia de género.

2.2. Marco jurídico sobre la violencia de género y la protección de los hijos e hijas

El ámbito internacional, y desde la perspectiva de los Derechos humanos (Gil Ruiz, 2005: 53-82), existe un marco jurídico tendente a proteger a la mujer de la violencia en el seno de la pareja (Gallego Sánchez, 2017), normativa creada para plasmar una realidad acuciante y arraigada en un contexto general de discriminación sistémica contra la mujer y otras formas de subordinación. Para combatirla, se proclama un derecho a la vida sin violencia de género, siendo un auténtico derecho subjetivo, donde su incumplimiento debe generar consecuencias jurídicas a los Estados (Lousada Arochena, 2014: pp. 46 y 47). En la década de los noventa se produjeron importantes declaraciones y plataformas de acción internacional, que originaron la aprobación de importantes textos internacionales (Marí Farinós, 2018) para garantizar el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y fijan diversos objetivos estratégicos para conseguir la erradicación de este tipo de violencia. No obstante, esta violencia estructural, no sólo afecta mundialmente un gran número de mujeres, sino que también es soportada directa o indirectamente por sus hijos o hijas.

Las recomendaciones y decisiones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer plasman las distintas ramificaciones y magnitud de la violencia de género y su alcance en relación a los niños. De hecho, la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño (en adelante CNUDN) y sus Protocolos facultativos han expresado su preocupación por la trascendencia de las distintas formas de violencia contra los niños, como el impacto de la violencia de género que tiene en ellos como una forma de violencia mental, tal y como aparece en la Observación general núm. 13 de 2011 del Comité de los Derechos del Niño. Y es que la exposición de los menores a estas situaciones puede repercutir en el su desarrollo integral y afectar a su interés, por lo que los Estados tendrán que hacer cuanto esté en sus manos para proteger a los niños que han vivido estas situaciones y ofrecerles una atención específica (art. 19 CNUDN). A pesar de reconocer los problemas ocasionados por la violencia de género en los menores, Naciones Unidas no ha contemplado los que derivan de un desplazamiento ilícito de los hijos e hijas (Powell & Murray, 2008: 453-473).

También en seno de la UE, atendiendo a la gravedad del problema, vieron la luz distintos textos comunitarios en los que se deja expresa constancia de la necesidad de la erradicación de la violencia sobre la mujer, recomendando a los Estados miembros que acomoden su legislación para la lucha contra la violencia machista. Como señala (Machado Ruiz, 2010: pp. 48 y ss.), la vía punitiva sigue

siendo la opción más seguida en Europa para solucionar la violencia machista, aunque sin olvidar los ordenamientos que la condenan en el ámbito civil.

A la necesidad de dispensar una protección específica a los menores expuestos a la violencia de género también se refiere la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos⁶, debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada que pueden sufrir los hijos e hijas de la víctima de violencia de género (apartado 17 de la Exposición de Motivos). Dicha protección queda reflejada en los mismos términos anteriores en el Considerando K de la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres (2013/2004(INL)).

Junto a las iniciativas del Parlamento, otras instituciones de la UE han adoptado instrumentos en el ámbito de sus competencias para erradicar la violencia machista, destacando el denominado “paquete para víctimas” consistente en normas para la protección a las víctimas de delito penal en las que las víctimas de violencia de género ocupan una parte importante. En este contexto, los instrumentos de la UE que se van adoptando versan sobre el reconocimiento mutuo de medidas, generalmente penales⁷, que se encargan de proteger a las víctimas de violencia de género y a sus hijos e hijas. Por un lado, la Directiva 2011/99/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección⁸, traspuesta al ordenamiento español por la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea⁹ (Freixes, y Román, 2015: 14; De Hoyos Sancho, 2015: 521 y ss.) y, por otro, el Reglamento UE núm. 606/2013, de 12 de junio de 2013¹⁰

6 DOUE L 315/57, de 14 de noviembre de 2012.

7 Las medidas de protección otorgadas por los Estados miembros pueden ser de Derecho administrativo, penal o civil por su naturaleza y su duración, ámbito de aplicación y procedimientos de aprobación varían entre los Estados miembros. El proyecto «Egogender» y sus *manuals* están disponibles para poder consultar el análisis comparativo de la legislación y práctica de los Estados miembros afectados por la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección en lo que respecta a las medidas de protección de las víctimas de la violencia de género.

8 DOUE L 338/2, 21 de diciembre de 2011 que instituye un mecanismo entre los Estados miembros que permite el reconocimiento de las órdenes de protección dictadas como medidas de Derecho penal. El beneficiario de una orden de protección de Derecho penal dictada en un Estado miembro, puede solicitar una orden de protección europea con un procedimiento simplificado y acelerado, debe concedérsele protección a través de la nueva medida de protección adoptada por el Estado miembro al que viaja o se desplaza. En España se ha traspuesto en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014).

9 BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014.

10 DOUE L 184/4, de 29 de junio de 2013, normativa que debe aplicarse a las medidas de protección dictadas en un Estado miembro con el objeto de proteger a una persona cuando existan motivos fundados para considerar que su vida, su integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual están en peligro.

sobre el reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil¹¹. Desde el punto de vista penal, con dichos instrumentos se puede facilitar el reconocimiento de medidas en otros Estados miembros, con el objetivo de amparar a la víctima de violencia de género y sus hijos e hijas que pudieran llevar a cabo el desplazamiento a otro país.

Al margen de estas iniciativas europeas, existe otro texto internacional que vincula a España en este ámbito: el Convenio de Estambul, sucesor de las numerosas iniciativas anteriores y una aportación regional europea del Consejo de Europa para la lucha contra la violencia de género, cuyo objetivo es prevenir, perseguir y erradicar la violencia contra las mujeres y las niñas y la violencia doméstica, así como ofrecer protección a los hijos e hijas de las víctimas de la violencia de género.

El Convenio de Estambul emplea una noción amplia de la violencia, que incluye cualquier género de violencia hacia la mujer incluida la violencia doméstica (art. 2.1), lo que es criticado por parte de la doctrina española (Gil Ruiz, 2015: 1474). Desde el punto de vista de la legislación española se eligió la categoría de violencia de género precisamente como heredera de significados asignados desde diversos ámbitos extrajurídicos (Bodelón, 2008: 275-300) y como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que es ejercida sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia¹². Tal y como apunta las autoras citadas, la confusión terminológica apuntada en el ámbito internacional confirma la desactivación del componente destructor del moderno Derecho antidiscriminatorio y un paso atrás en la lucha por la erradicación de la discriminación estructural de la violencia de género.

No obstante, a pesar del riesgo que conlleva la equiparación de los términos violencia de género o conyugal/pareja o violencia doméstica, desde el punto de vista de las situaciones privadas internacionales, se considera aconsejable utilizarlos indistintamente. La expresión “violencia doméstica”, en algunas normativas estatales en Derecho comparado se usa para referirse predominantemente

11 Hay que llamar la atención con el título de este Reglamento, ya que la terminología utilizada en él puede suscitar equívocos. Dicho instrumento no regula el reconocimiento de medidas de protección “en materia civil” en el sentido del Derecho privado, sino que para el ordenamiento español son medidas de protección penal derivadas de la comisión de un hecho delictivo. Por ejemplo, se refiere a las medidas cautelares o como parte de la pena, tales como prohibiciones o limitaciones de libertad de movimiento o de comunicación del maltratador en relación con la víctima. En otros ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, este tipo de medidas se adoptan en el orden procesal civil e, incluso, pueden ser de naturaleza administrativa asistencial. De ahí la pertinencia de regular su reconocimiento mutuo y ejecución en otros Estados miembros a través de un instrumento normativo de la UE diferente al del reconocimiento de medidas judiciales dictadas desde el orden penal, y con fundamento en el 81 TFUE, y no en el 82 TFUE, que es el relativo a la cooperación penal.

12 Véase art. 1 de la Ley integral 1/2004

temente a la “violencia conyugal” o a la “violencia en la pareja”. Igualmente, dicha terminología aparece en los diversos informes realizados en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. En todo caso, lo verdaderamente relevante es si esta violencia machista repercute en los hijos e hijas que son objeto de sustracciones internacionales.

En relación a la temática estudiada, el apartado primero del art. 31 del Convenio de Estambul insta a los gobiernos a legislar para que “en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos e hijas, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en su ámbito de aplicación. El apartado segundo del mismo precepto, por su parte, reconoce que hay que dar seguridad a las víctimas y a los niños, en el ejercicio del derecho de visita o custodia, cuando éstos o sus derechos se pongan en peligro. De este artículo se extraen dos conclusiones: 1) la autoridad de origen de la residencia habitual de menor que sea parte del Convenio de Estambul y que resulte competente para resolver los temas de responsabilidad del o de la menor va a quedar obligada por lo preceptuado en el art. 31, si en dicho asunto existen episodios de violencia de género; 2) también queda vinculada a este instrumento la autoridad requerida de un Estado participante del Convenio de Estambul que tenga que decidir sobre el retorno de un menor expuesto a una situación de violencia de género. En dicho procedimiento se deben adoptar todas las medidas que estén a su alcance para dar toda la seguridad posible a las víctimas y a sus hijos e hijas, principalmente en un retorno seguro, si es que fuese la resolución definitiva.

El Convenio de Estambul, sin embargo, no ha sido firmado por todos los Estados miembros de la UE, si bien en estos momentos se está tramitando su firma por parte de la UE¹³, reafirmando su compromiso en la lucha contra la violencia hacia las mujeres¹⁴ lo que, sin duda, contribuirá a la armonización de las divergencias existentes en las legislaciones de los Estados miembros en relación con la definición y alcance de la violencia de género y/o doméstica. En consecuencia, se garantizaría el mismo nivel de protección para las víctimas de la violencia de género y sus hijos e hijas. Justamente, en el Considerando X de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración por la Unión Europea del Convenio de Estambul¹⁵, se vuelve a confirmar la protección de los menores expuestos a la violencia, al establecer que “... los y las menores no tienen que verse expuestos directamente a la violencia para ser considerados víctimas, ya que la violencia doméstica también genera consecuencias traumáticas en quien la presencia”.

En estos momentos hay una serie de planteamientos político que se están debatiendo en el Parlamento Europeo para que se pueda implementar lo dis-

13 Mediante propuesta de Decisión del Consejo [COM (2016)0109-2016/0062(NLE)].

14 De conformidad con los arts. 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), el art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

15 P8_TA(2017)0329, en <http://www.europarl.europa.eu/>.

puesto en el Convenio de Estambul en la reforma del texto de refundición del RBr. II bis¹⁶. Si ello fuese posible, en los procesos de sustracción ilícita de los hijos e hijas se reforzaría el interés de los menores expuestos a la violencia machista. Venimos comprobando que la perspectiva de género, como elemento transversal inspirador e informador de las normas jurídicas y de su interpretación y aplicación, no es suficiente. Desde nuestro punto de vista, consideramos necesario la existencia de disposiciones específicas que garanticen adecuadamente la protección de las mujeres víctimas de violencia machista y de sus hijos, que traspase a todos los órdenes y en todas las situaciones, sean puramente nacionales o internacionales.

A pesar de que en los textos internacionales se reconoce el impacto de la violencia de género en los hijos e hijas, todavía falta la tarea de implementación en la normativa internacional que afecta a la restitución del o de la menor. La adopción de una respuesta que visibilice este tipo de situaciones y que permitan continuar garantizando a los menores una protección en estos contextos tan particulares y delicados facilitaría que otros organismos internacionales, como la Conferencia de La Haya, atendieran a la realidad que comporta la sustracción internacional de menores expuestos a la violencia de género.

El legislador español, impulsado por las iniciativas internacionales y, en particular, por el Convenio de Estambul, reconoce que la violencia de género se dirige no solo contra las mujeres sino también en contra de sus hijos e hijas, pues en ocasiones son los ‘instrumentos’ a través de los cuales se perpetúa dicha violencia. En los últimos años, los cambios significativos en el tratamiento de la violencia de género han repercutido en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pues los niños que en alguna medida hayan tenido o hayan estado expuestos a situaciones de violencia de género entre sus progenitores van a ser considerados víctima de este tipo de violencia.

En la exposición del Protocolo Básico de Intervención contra el Maltrato Infantil de 2014¹⁷ se reconoció que la exposición de los menores a la violencia

16 En la elaboración de la refundición del RBr. II bis, existe una opinión de la ponente <Depute>Soledad Cabezón Ruiz emitida en la comisión de peticiones para la comisión de Asuntos Jurídicos, de 15 de mayo de 2017, <RefProc>2016/0190</RefProc><RefTypeProc>(CNS) con el objetivo de implementar lo contenido en el Convenio de Estambul en el nuevo texto del RBr. II bis. La propuesta parte del Considerando 17 del texto de refundición, que dispone: “*En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que las autoridades de un Estado miembro que no sean competentes para conocer del fondo del asunto adopten medidas provisionales, incluidas las protectoras, por lo que se refiere a la persona o a los bienes de un niño que se encuentren en ese Estado miembro o, en caso de violencia doméstica o de género, con arreglo a la definición del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul).* El Considerando 18 va en esta línea: “*Merece una atención especial el hecho de que, en casos excepcionales, como los de violencia doméstica o de género, las autoridades del Estado miembro de la residencia habitual del o de la menor pueden no ser la autoridad más apropiada para conocer del asunto de responsabilidad parental.*” </RefTypeProc></Depute>

17 Véase el Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar: actualizado a la intervención en los supuestos de menores de edad víctimas de violencia de género. Madrid.

de género es una forma del maltrato infantil, lo que reclamaba una atención especializada para los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género. De esta afirmación se hizo eco también el preámbulo de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸, al disponer que “*la exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma*”¹⁹. Del mismo modo, el art. 11.2 apartado i) de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁰ recoge que uno de los principios rectores en materia de menores es la protección por parte de los poderes públicos contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente [...], la violencia de género en el ámbito familiar. Esta Ley ha tenido el mérito de reforzar la lucha contra la violencia de género, garantizando los derechos de los colectivos más vulnerables, en particular, el de los menores, en tanto en cuanto propone un marco jurídico de intervención de las autoridades públicas ante situaciones de violencia de género que les puedan afectar (art. 11 y art. 12 de dicho texto). Por último, art. 1 de la Ley integral 1/2004²¹ reconoce en el nuevo apartado segundo que el daño causado a los niños por exposición a violencia familiar es un daño directo al menor (Manzanares Samaniego, 2014). Se trata, por tanto, de una respuesta que sintoniza con otras normativas estatales modernas en Derecho comparado²² y de la que se ha hecho eco la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del Delito²³ cuando reconoce como víctimas a los menores que se encuentran en un entor-

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014, <http://www.msssi.gob.es/biblioPublic/publicaciones/home.htm> (consultado el 26 de agosto de 2017).

18 BOE núm. 175, de 23 de julio de 2016.

19 Particularmente, se aclara que esta forma de violencia afecta a los menores, no solo porque condiciona su bienestar y desarrollo, llegando a causarles incluso serios problemas de salud, sino también porque los convierte en un instrumento para que el maltratador ejerza su dominio y violencia sobre la mujer, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer.

20 BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

21 La Disposición final tercera de la Ley 8/2015 es la encargada de introducir la modificación del art. 1 de la Ley integral 1/2004.

22 El Derecho inglés reconoce que si un niño presencia o escucha violencia doméstica, el menor deberá ser protegido. El significado de daño a un menor comprende, por tanto, las “deficiencias sufridas por ver o escuchar los malos tratos ocasionados a otra persona” (modificación introducida en la Ley sobre niñez de 1989 [Children Act 1989, Section 31(9) (b)] por la Ley de Adopción y Niños de 2002 (Adoption and Children Act 2002). Dicha normativa está disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/31>. Por su parte, la Ley sobre Violencia Doméstica de Nueva Zelanda de 1995 (New Zealand Domestic Violence Act n. 86, 1995), contiene en su Parte 1, la sección 3(3) (a) y 3(3) (b)) la definición de abuso psicológico de un niño comprende: “a) ocasionar o permitir que el niño vea o escuche el abuso físico, sexual o psicológico ocasionado a una persona con la que el niño tiene una relación doméstica; b) pone al niño o permite ponerlo en un verdadero riesgo de ver o escuchar que se produce ese abuso”. El texto normativo está disponible en <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1995/0086/latest/DLM371926.html>, (consultado 17 de septiembre de 2017).

23 BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

no de violencia de género para que accedan a los servicios de asistencia y apoyo y se adopten medidas de protección (art. 10).

Más allá de los principios y del contenido de las reformas operadas en 2015, el reconocimiento de los hijos e hijas como víctimas directas de la violencia de género obliga a que la autoridad judicial competente se pronuncie sobre la pertinencia de adopción de medidas cautelares y de aseguramiento, entre otras, la orden de protección (De Hoyos Sancho, 2009: 52 y ss.), la salida del domicilio, alejamiento, la suspensión de comunicaciones, sobre la patria potestad o la custodia y del régimen de visitas del inculcado con sus descendientes. Sin embargo, la protección de la legislación material española en relación a la experiencia victimizante de los menores en situaciones de violencia de género deja mucho que desear en situaciones de sustracción internacional. Depende únicamente del criterio de los operadores jurídicos el tener que pronunciarse sobre todas las medidas civiles que afecten a los menores y su protección. Y parece que nos encontramos en una etapa inicial en cuanto a la aplicación de la reforma normativa sobre protección del o de la menor y adolescencia. En consecuencia, es complicado velar por el interés del hijo e hija en situaciones de sustracción internacional cuyo origen sea una situación de violencia de género

El mandato de la normativa interna española, particularmente el art. 1 de la Ley integral 1/2004, obliga a considerar a los menores como víctimas directas de la violencia, correspondiendo a los jueces su interpretación a la hora de decidir si existe grave riesgo para que el menor sea devuelto a su país de origen. En todo caso, si verdaderamente se tomara en cuenta que es una víctima directa de los malos tratos, la decisión de la devolución quedaría condicionada a la adopción de las medidas pertinentes para hacer efectivo un retorno seguro o, en su caso, denegarla si esas medidas no se llegaran a adoptar.

La falta de conexión de los traslados ilícitos de menores con la violencia machista se evidencia, una vez más, en el procedimiento interno vigente en España en procesos de sustracción internacional de menores. Concretamente, en el Capítulo IV bis del Título I del Libro IV de la LEC, integrado por los arts. 778 *quáter* a 778 *sexies*, bajo la rúbrica “medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”²⁴, sigue sin existir remisión alguna a la normativa que regiría el proceso de restitución en relación a un menor expuesto a la violencia de género y si podría quedar bajo la competencia especial del Juzgado de violencia de género. Actualmente, el Juzgado de violencia contra la mujer puede ser el competente sobre la problemática del secuestro internacional de menores, siempre que la violencia de género fuese cometida en España o, si no es así, se den el resto de los presupuestos del art. 23.4 l) de la LOPJ. La competencia de este juzgado especial se basará en los arts. 87 ter 2 d) de

²⁴ Este nuevo procedimiento ha sido introducido por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015). Véase Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

la LOPJ y 44 de la Ley integral 1/2004 en relación con el asunto civil vinculado a la medida de retorno del hijo o hija de la víctima y siempre que se cumplan el resto de presupuestos del punto 3 del art. 87 ter de la LOPJ. Ello queda confirmado en el AAP de Madrid de 31 de marzo de 2015²⁵, donde se estima la competencia objetiva de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer para el conocimiento de un procedimiento sobre sustracción internacional de menores.

En todo caso, si en el futuro se aborda la reforma acorde con la medida que se ha incorporado en el pacto de Estado de lucha contra la violencia de género²⁶, estos juzgados especiales se podrían atribuir la competencia en los asuntos civiles y penales derivados de restitución ilícita de menores expuestos a la violencia de género. Para ello será necesario otorgar la debida competencia a los tribunales españoles mediante la adaptación de los foros de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como las modificaciones pertinentes en la Ley Enjuiciamiento criminal y civil, con el fin de dar una adecuada protección a la mujer y a sus hijos e hijas, de acuerdo con lo que viene establecido en el Convenio de Estambul.

En definitiva, el legislador español debe acometer los cambios y ajustes derivados del art. 31 del Convenio de Estambul en relación con el marco jurídico vinculante a la sustracción internacional de menores.

3. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 Y DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

3.1. Principales instrumentos en materia de traslados ilícitos de menores

En materia de desplazamiento o retención ilícita de menores, España se encuentra vinculada por distintos instrumentos internacionales que contienen normas de competencia judicial internacional, de ley aplicable, de reconocimiento y ejecución de decisiones, así como mecanismos de cooperación entre autoridades centrales. En ámbito convencional, España forma parte del CLH 1980, del Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias sobre custodia de los hijos²⁷ y del

²⁵ (EDJ 2015/57382, www.elderecholefbvre).

²⁶ Así lo confirma la Ponencia que estudia la elaboración de estrategias contra la violencia de género, constituida en el seno de la Comisión de Igualdad. XII Legislatura, *BOCGE*, Senado, núm. 131, de 28 de julio de 2017. En dicha actuación, se incorpora adoptar las oportunas modificaciones legislativas para otorgar protección a las víctimas que se hallen incurso en situaciones de sustracción internacional de menores, cuyo origen sea una situación de violencia de género, velando ante todo por el interés superior del o de la menor.

²⁷ *BOE* núm. 210, de 1 de septiembre de 1984. Este Convenio es poco utilizado en España, tal y como se desprende del ATS 23 mayo 2006 (EDJ 2006/77384, www.elderecholefbvre). Ello se debe a varias razones: 1.º) El *execuatur* es, se quiera o no se quiera, un trámite lento y costoso. Por ello, los particulares prefieren ejercitar la «acción directa de retorno del o de la menor» contenida

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 1997²⁸, si bien la escasa aplicación práctica de estos dos últimos convenios nos lleva a excluirlos del presente estudio, centrándonos principalmente en el primero.

El CLH de 1980 constituye el principal instrumento internacional para dar protección a los menores, articulando mecanismos para su pronta restitución al lugar de su residencia habitual a través de la cooperación internacional de autoridades centrales (Gómez Bengoechea, 2002; González Beifuss, 2008; Jiménez Blanco, 2008). Del art. 12 primer párrafo del CLH 1980 se infiere que la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde el menor está retenido ilícitamente es la que debe decidir sobre la devolución. La aplicación del CLH 1980 es complementada por otros dos textos internacionales: el RBr. II bis y 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 1996²⁹ (en adelante CLH 1996) y cuya intervención dependerá de si el menor ha sido trasladado dentro de Estados miembros de la UE y vinculados por el RBr. II bis o entre Estados participantes del CLH 1996 que no estén vinculadas por el RBr. II bis³⁰. Principalmente se hará alusión a las situaciones intraeuropeas, por ser éstas las que suscitan más interés para su estudio desde un punto de vista práctico y legislativo. Por tanto, identificaremos la problemática de la violencia de género en el marco de la CLH 1980 y en el RBr. II bis.

3.2. El art. 13.b) y su contextualización en situaciones de violencia de género

El CLH 1980 no contiene ninguna respuesta expresa en relación con la sustracción internacional de menores originada por una situación de violencia

en el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y que permite lograr la restitución del o de la menor sin *execuátur* alguno de una decisión extranjera. Los mecanismos contenidos en este Convenio de Luxemburgo son menos eficaces para dicho logro; 2.º) Para este sector, el Convenio de Luxemburgo no es aplicable en las relaciones entre Estados miembros de la UE desde la entrada en vigor, el 1 marzo 2005, del Reglamento 2201/2005 (art. 60.d), lo que ha reducido de modo muy significativo su campo de acción.

28 BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997. Este Convenio persigue varios objetivos: 1.º) Se recoge una «acción de retorno inmediato del o de la menor» (art. 15 Convenio); 2.º) Se nombran unas «Autoridades Centrales» que deben adoptar las medidas apropiadas para localizar a un menor desplazado ilícitamente, evitar nuevos peligros para el menor, proporcionar información sobre el menor, y para lograr la devolución del o de la menor; 3.º) Se potencia el reconocimiento y *execuátur* de las resoluciones judiciales en la materia, con limitación de las «causas de denegación del reconocimiento y *execuátur*»; 4.º) Se protege el «derecho de visita».

29 BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

30 Véase el art. 61 del RBr. II bis, establece la respuesta sobre una posible colisión con las reglas del CLH 1996.

de género³¹. La única referencia transversal a la cuestión la encontramos en el art. 13.b) CLH 1980, cuando establece la posibilidad de no restitución del o de la menor si ha sido expuesto a un peligro grave físico o psíquico o si, de cualquier otra manera, se le pone en una situación intolerable (Paz Lamela, 2013: 675-685)³².

El debate sobre la violencia de género ha alcanzado al contexto de la excepción de “riesgo grave de los menores secuestrados” del art. 13 CLH 1980 para fundamentar la causa de oposición al retorno del o de la menor sustraídos. Por ello, la violencia de género dentro del alcance de dicho precepto, el impacto de las cuestiones probatorias en este tipo de procesos rápidos, junto con el sistema diseñado por los instrumentos internacionales para el retorno inmediato del o de la menor al Estado de origen son puntos que merecen el esfuerzo para ser estudiados.

En los supuestos de sustracción internacional de menores, debe partirse de la presunción legal de que el interés del o de la menor consiste en ser restituido o retornado al país de su residencia habitual en el plazo más breve posible una vez comprobado que concurren todos los requisitos exigidos en el Convenio aplicable. Esta regla general admite derogaciones a través del sistema de excepciones a la restitución que los propios Convenios internacionales suscritos por España. La apreciación de excepciones debe hacerse siguiendo pautas interpretativas restrictivas. Esta materia, ciertamente compleja, da lugar a procedimientos rápidos, por lo que el interés superior del o de la menor puede quedar mermado cuando no se aprecie los riesgos graves a los que pueden quedar sometidos los hijos e hijas expuestos a la violencia de género.

Gracias a investigaciones y experiencias contemporáneas, actualmente se tienen mayores conocimientos de los efectos en los niños del abuso directo y de la exposición a la violencia en la pareja. Se ha constatado, por ejemplo, que el

31 Los redactores del Convenio pensaron en evitar otros supuestos que mayoritariamente se daban en aquella época, donde el sustractor se creía que se le iba a privar del derecho de custodia en el Estado de la residencia habitual y trataba de salir huyendo con sus hijos a un Estado de refugio para conseguir una resolución judicial favorable y, por tanto, legalizara la situación la sustracción internacional que acababa de crear. Véase el Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980 realizado por la profesora E. Pérez Vera.

32 El «grave riesgo», el «daño físico o psíquico» y la «situación intolerable» son los conceptos clave del art. 13.b) del CLH 1980. Sobre estos conceptos cabe formular varias observaciones: a) todos estos conceptos deben interpretarse, siempre, restrictivamente en el sentido que confirma la jurisprudencia [SAP Málaga de 30 de abril de 2015 (EDJ 2015/222469, www.elderecholefebvre.com) o AAP de Barcelona de 13 de marzo de 2012 (EDJ 2012/104337, www.elderecholefebvre.com) y también la Fiscalía General del Estado a través de su Circular 6/2015 de 17 de noviembre sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; b) Los tres conceptos deben concurrir y deben probarse, siempre, en el caso concreto, ya que las alusiones genéricas no son relevantes; c) Los tres conceptos deben dirigirse siempre en relación al «menor», no a la madre o hermanos del mismo. El AAP de Barcelona de 23 de abril de 2012 (EDJ 2012/138274) ha dispuesto que para considerar la existencia de riesgo o peligro para el menor “no basta la mención a la existencia de una situación de riesgo o perjuicio sino va acompañada [...] de prueba eficaz que corrobore la alegación”.

daño psíquico en el niño, derivado de la exposición a la violencia en la pareja, puede ser tan grave como el abuso directo (si bien los efectos en el niño deben evaluarse en cada caso en particular). Igualmente, cada vez más Estados reconocen y afrontan los posibles efectos de la violencia doméstica y ofrecen programas y servicios para ayudar a las víctimas. Pero en vista del alcance limitado de los procedimientos de restitución en los que se opone la excepción del art. 13.1.b) CLH, puede resultar difícil para las autoridades competentes evaluar las circunstancias para determinar si existe un grave riesgo de daño para el niño.

En la práctica, esta excepción viene siendo utilizada con el objetivo de dilatar el proceso, buscando la integración del o de la menor en el país donde ha sido retenido para que no sea devuelto o, igualmente, para maniobrar encubiertamente con la existencia de un grave riesgo para el niño derivado de la violencia machista. Por ello, el uso fraudulento del art. 13.b) CLH 1980 ha provocado que las verdaderas situaciones de grave riesgo para los hijos e hijas de las víctimas de la violencia de género queden desprotegidas (González Martín, 2015: 268-304).

De hecho, la Comisión especial de La Haya viene alertando del insuficiente reconocimiento en el ámbito judicial de los efectos nocivos de la violencia de género sobre los niños cuando los malos tratos estén dirigidos primordialmente a su madre y su impacto sobre el retorno³³. Consciente de las carencias y necesidades de un cambio del CLH 1980 (Borrás Rodríguez, 2011: 315-318), la Comisión ha elaborado algunas recomendaciones, declaraciones, principios generales y/o guías de buenas prácticas, y ha propugnado el uso de potenciales *hand books* o *bench books* (Forcada-Miranda, 2016: 337-346; *id.*, 2016: 11-12). Entre estas acciones destaca el Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el art. 13.b) del CLH 1980, realizado el 3 de junio de 2017³⁴, elaborado por la

33 Tal y como afirma el documento sobre la “violencia doméstica y familiar y el grave riesgo del o de la menor de la excepción del art. 13.b) del CLH 1980 (Prel. Doc. No 9 de mayo de 2011), en <https://assets.hcch.net/docs/ce5327cd-aa2c-4341-b94e-6be57062d1c6.pdf> (consultado el 20 de agosto de 2017). Afirmación expuesta en las sesiones previas a la Séptima Reunión de 12 de julio de 2017 de la Comisión Especial sobre el funcionamiento la Convención de La Haya sobre Sustracción de Menores de 1980 y el Convenio de La Haya de 1996 protección de los menores, que incluye, entre otras, aseveraciones cada vez más frecuentes de la violencia doméstica y familiar planteada bajo la grave defensa del riesgo grave hacia el menor, en <https://assets.hcch.net/docs/0a0532b7-d580-4e53-8c25-7edab2a94284.pdf>. Asimismo, se reconoce el creciente número de alegaciones de violencia intrafamiliar en procesos de sustracción internacional de menores en el marco de lo previsto en el art. 13.b) del CLH y el art. 11.b de la Convención Interamericana, por lo que se impone su ponderación a la luz de los objetivos de los Convenios, tal y como se afirma en el “Encuentro de Punto de Contacto y Enlaces sustracción internacional, Cartagena de Indias, 15-17 diciembre 2014, en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=c50d1fb9-ee64-464b-bd40-703977886bb2&groupId=10124 (consultado el 1 de agosto de 2017).

34 *Vid.* Doc. Pre. N.º 3 de junio de 2017, en <https://www.hcch.net>, (consultado el 20 de julio de 2017). El objetivo de esta Guía es promover una mayor coherencia en la aplicación e interpretación del art. 13.b), de conformidad con los objetivos del CLH 1980, teniendo en cuenta interpretación, conclusiones y recomendaciones anteriores de las Comisiones Especiales de la Conferencia de La Haya. Particularmente, el documento se divide en tres secciones. La sección 1 se refiere a las circunstancias de la letra b) del apartado 1 del art. 13, que explican las relacionadas con la violencia doméstica y el abuso de menores, junto con lo que puede tener efectos directos e

Oficina permanente de la Conferencia de La Haya, en el seminario celebrado el 12 de julio de 2017 en Londres³⁵. Dicho Proyecto forma parte del trabajo previo a la 7.^a Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y de 1996³⁶, que tuvo lugar el pasado octubre de 2017³⁷.

Una de las cuestiones de mayor interés presentadas en dicho documento es determinar si la violencia de género sobre el menor es solo la violencia ejercida directamente, o si también lo es la ejercida en el ámbito familiar. La Comisión Permanente de la Conferencia de La Haya parte de consideraciones emitidas por expertos, quienes han observado a través de la investigación y de la experiencia el daño psicológico que conlleva tanto el maltrato físico y psicológico ejercitado directamente al menor, como cuando existe violencia de género en el ámbito familiar³⁸. No se trata, sin embargo, de una presunción automática, pues el impacto de la violencia sobre la pareja en los hijos e hijas y los riesgos futuros asociados deberán ser evaluados en cada caso concreto a partir de las pruebas aportadas. Sobre este punto, tanto UNICEF³⁹ y *Save the Children*⁴⁰, como

indirectos sobre un niño. La sección 2 trata de otras aseveraciones de este precepto que se relacionan directamente con la situación del niño al regresar. La sección 3 comparte escenarios de casos referidos a las posibilidades del regreso de la madre con el niño o, cuando se argumenta que dicha situación de devolución es un grave riesgo para el niño o la niña o lo coloca en una situación intolerable.

35 “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>. (consultado el 1 de agosto de 2017).

36 Tal y como podemos comprobar en los trabajos preparatorios de la 7.^a reunión de la Comisión Especial de octubre de 2017, que se puede consultar en <https://assets.hcch.net/docs/0a0532b7-d580-4e53-8c25-7edab2a94284.pdf>, donde también hacen alusión a la guía del art. 13.b) del CLH 1980.

37 Véase el web de la Conferencia de La Haya “Violence conjugale et familiale et l’article 13 «risque grave» exception dans le fonctionnement de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants: document de réflexion”, Doc. prélim. No 9, établi par le Bureau Permanent, mai 2011 en <https://assets.hcch.net/docs/ce5327cd-aa2c-4341-b94e-6be57062d1c6.pdf> (consultado 17 de agosto de 2017).

38 La guía utiliza los términos violencia doméstica y familiar por ser la definición más utilizada en el ámbito judicial y abarcar toda una gama de comportamientos abusivos dentro de la familia. A menos que se indique lo contrario, la guía utiliza el término “violencia doméstica” o “violencia familiar” en este sentido amplio. Estos términos incluyen, por ejemplo, los abusos físicos, psicológicos y financieros, que pueden ir dirigidos hacia el menor, lo que sería maltrato infantil; y / o hacia la pareja o el cónyuge (a veces referido como “abuso conyugal” o “violencia de pareja”) y / a otros miembros de la familia. Puede hacerse una distinción entre la violencia indirecta y directa con respecto a los menores, donde la primera es la violencia doméstica de un padre a la madre u otros miembros de la familia y que puede afectar al menor, dependiendo de las circunstancias del caso.

39 La organización UNICEF insiste en que como maltrato se deben considerar “también los efectos indirectos de la violencia familiar sobre los niños, en [https://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1\(1\).pdf](https://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1).pdf), p. 69, donde se habla de la exposición a la violencia de pareja en el hogar y efectos en niños.

40 <https://www.savethechildren.es/publicaciones/> (consultado el 17 de agosto de 2017).

un sector de la doctrina (Lapiedra Alcamí, 2008: 215; Rodríguez Otero, 2013: 71-95; Pérez del Campo, 2011; Aguilar Redonda, 2009) y especialistas afirman que los malos tratos ejercidos sobre la madre afectan negativamente al hijo o hija en igual medida que los malos tratos ejercidos directamente sobre ellos. En consecuencia, la devolución del o de la menor sustraídos supondría un grave riesgo para estos menores en tales situaciones.

El documento preliminar de este Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre la aplicación del art. 13.b) CLH 1980⁴¹ sugiere una lista no exhaustiva de factores y circunstancias, que pueden permitir identificar situaciones de violencia contra los menores, teniendo en cuenta que se trata de procesos normalmente expeditivos. Estos factores podrán ser considerados por los jueces a la hora de valorar el grave riesgo en el retorno del o de la menor y la dinámica de la violencia de género.

De gran utilidad es el desarrollo que hace la propuesta de Guía en relación con las pruebas específicas de las que podrá valerse la autoridad requerida en los procesos de sustracción ilícita de menores⁴², tales como, el acceso a la información de acciones judiciales pendientes contra el padre; informes policiales; registros de consulados o embajadas; informes de refugios (casa de acogida) para víctimas de violencia doméstica y certificados médicos relativos a incidentes de violencia doméstica; establecimiento de comunicaciones judiciales directas para verificar, por ejemplo, si un tribunal extranjero constató la existencia de violencia doméstica, si se dictaron órdenes de protección o si hubo acciones judiciales como consecuencia de la constatación de dichas conductas delictivas. Asimismo, podrán acompañarse al proceso los correos electrónicos o cualquier otro tipo de mensajería (WhatsApp, mensajes de texto al móvil, redes sociales...) donde se constaten amenazas o el maltrato psicológico hacia la víctima.

Todo ello evidencia que la Conferencia de La Haya está asumiendo la existencia de una problemática desde la perspectiva de género que no ha sido abordada en el CLH 1980 y ha de ser resuelta con prontitud.

3.3. Derecho europeo y el polémico art. 11 del RBr. II bis

Para ajustar el funcionamiento del CLH 1980 a los secuestros intraeuropeos, el RBr.II bis va más allá sustituyendo determinados aspectos de la normativa convencional por normas propias que se adapten a soluciones vinculadas al proceso de integración europea. Principalmente, el RBr.II bis consagra el principio de restitución al Estado miembro de origen para garantizar la protección del hijo e hija en un contexto de la sustracción internacional (apartado 4 del art. 11 del RBr.II bis), que junto con el art. 10 del RBr. II bis, se imposibilita a los tribunales del Estado de la sustracción decidir sobre la responsabilidad parental (Jiménez Blanco, 2008: 18), produciendo un “efecto disuasorio” en los progenitores para evitar la proliferación de desplazamientos ilícitos de menores.

41 Véase Doc. Pre. N.º 3 de junio de 2017, el Anexo 3 sobre la dinámica de la violencia doméstica, normas internacionales relativas a la violencia doméstica y la violencia contra menores, pp. 115 y ss., en <https://www.hcch.net>.

42 Véase Doc. Pre. N.º 3 de junio de 2017, pp. 76 y ss., en <https://www.hcch.net>

Con la finalidad de procurar soluciones propias que se adapten al proceso de integración europea, el art. 11.4 del vigente RBr. II bis establece algunas limitaciones al art. 13.b) del CLH 1980 (Reig Fabado, 2008: 220-228). Según establece esta norma, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requerido no podrán denegar la restitución del o de la menor fundada en el art. 13.b) CLH 1980 (McEleavy, 2005: 5-34), si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar su protección tras su restitución. De esta forma el RBr. II bis consagra el principio de restitución inmediata del o de la menor al Estado miembro de su residencia habitual a fin de impedir que se convierta en una vía de escape para la no restitución del o de la menor a su residencia habitual.

La aplicación de la excepción del art. 13.b) cobra extraordinario interés en los casos de menores trasladados ilícitamente a causa de una situación de violencia de género o doméstica, toda vez que el art. 11.4 RBr. II bis parece obviar que el secuestro de menores, en no pocas ocasiones, puede venir motivado por una situación de violencia machista. Al no tener en cuenta esta circunstancia, se facilita en gran medida que el menor sea retornado al medio donde se encuentra la exposición al peligro. Ello pone de relieve que al legislador de la UE, lo único que parece preocuparle es que se hayan adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del o de la menor una vez restituidos. Dicha postura se evidencia rotundamente por en el art. 25 de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)⁴³ que mantiene una formulación similar al vigente 11.4 RBr. II bis, aunque reforzada en materias como la cooperación internacional, en la adopción de las medidas cautelares o provisionales y en el derecho a oír al menor, cuestiones que a continuación se desarrollan.

Por otra parte, el art. 11.4 del RBr. II bis dispone que no se puede denegar la restitución de un menor en virtud del art. 13.1.b) CLH 1980 si se establece que se han realizado medidas adecuadas a fin de asegurar la protección del o de la menor después de su restitución. En el ámbito del RB II bis, la demostración de que el menor ha sido expuesto a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera se le pone en una situación intolerable, resulta insuficiente si en el Estado requirente se hubieran adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del o de la menor tras la restitución (art. 11.4 RBr. II bis). De esta manera, se impide que el Estado requerido resuelva con una decisión de no devolución en caso de que se hubieran adoptado las medidas adecuadas para garantizar su protección del o de la menor en el Estado miem-

43 COM (2016) 411 final. Se trata de una iniciativa que se enmarca en el programa de la UE de adecuación y eficacia de la reglamentación, que incluye, además, la última jurisprudencia del TJUE en la interpretación de dicho Reglamento. La decisión en el Consejo se toma por unanimidad, de conformidad con el procedimiento legislativo especial para la cooperación judicial en materia familiar (art. 81, apartado 3, del TFUE).

bro requirente. Esta norma, sin embargo, no describe ni qué tipo de medidas, ni a qué autoridad compete su adopción y ulterior control, así como tampoco articula un procedimiento a seguir⁴⁴.

Como se observa, el legislador de la UE sigue sin tener en cuenta las situaciones de violencia de género como una excepción a considerar, dando prioridad, en todo caso, a la pronta restitución como el mejor interés del o de la menor en dichas circunstancias.

Por lo que se refiere al Derecho español, y con el objetivo de dar luz a los casos actuales que se plantean ante la autoridad española para retornar a los menores expuestos a la violencia de género, las medidas de retorno podrían ser adoptadas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, siempre que fuese el competente para conocer del delito de malos tratos. Esta solución únicamente sería factible si la violencia de género se ocasiona en territorio español o, si no fuese así, se cumplieran los presupuestos del art. 23.4 1) LOPJ. En todo caso, si la autoridad que recibe la denuncia por malos tratos no puede conocer de los temas de sustracción ilícita del o de la menor, desde nuestro punto de vista tiene la posibilidad de emitir una orden de protección (art. 544 ter, tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) para, a continuación, solicitar la orden europea de protección⁴⁵.

44 En todo caso, la falta de medidas adecuadas en los procesos de restitución ya ha empezado a ser apreciada por la STEDH núm. 1437/09 de 12 de julio de 2011, en el asunto Sneersone y Kampanella contra Italia (disponible en HUDOC Case-Law Search en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-436>, consultado el 22 de agosto de 2017). La cuestión principal versaba específicamente sobre las denominadas «medidas adecuadas» a efectos del art. 11.4 RBr. II bis, que se consideraron insuficientes por parte del tribunal letón que dictó el retorno. El TEDH observa que las distintas sentencias de los tribunales italianos en relación a la custodia solicitada por el padre han fracasado en apreciar y atender a los riesgos identificados por las autoridades letonas en caso de que se produjera la restitución del o de la menor. Los tribunales italianos nunca se refirieron a los daños potenciales de la salud psíquica de menor si fuese devuelto, perjuicios que fueron identificados en los pertinentes informes periciales. Por otra parte, la vivienda propuesta por el padre en Italia no ha sido inspeccionada ni por los tribunales italianos ni por otro tipo de autoridad o persona para asegurarse de que era un hogar adecuado para un niño pequeño. Todo esto hace pensar al TEDH que los tribunales italianos no cumplieron con una correcta evaluación de las dificultades que el menor podría encontrarse en Italia. Por tanto, el TEDH consideró que en la decisión italiana de retorno hubo una falta de motivación, por lo que violaba el art. 8 del CEDH. En todo caso, el TEDH ha establecido que, una vez que se haya constatado la ilicitud del traslado, las autoridades de un Estado parte del CLH 1980 tienen el deber de emplear los medios adecuados y efectivos para asegurar la restitución del o de la menor. Su incumplimiento constituye una violación del art. 8 del CEDH (respeto de la vida familiar).

45 La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección ha motivado la publicación de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014) y de la Ley Orgánica 6/2014 de 29 de octubre complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por las que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 263, de 30 de octubre de 2014), modifico de nuevo el art. 87 ter de la LOPJ para incluir la letra g) en el párrafo 1 y atribuir la competencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión

Dicha orden europea tiene por finalidad asegurar que las medidas de protección sean continuadas en el Estado donde se desplaza la víctima y sus hijos e hijas (Freixes y Román, 2015; Navas Blánquez, 2017), aunque se refieren únicamente las de naturaleza penal⁴⁶. En todo caso, en relación a las medidas civiles adoptadas por la autoridad española según la orden de protección del art. 544 ter de la Ley de enjuiciamiento criminal, éstas tendrán que ser reconocidas mediante otros instrumentos, como es el RBr. II bis (art. 20).

Cierto es, que desde el punto penal, la orden de protección europea puede ayudar a la víctima y a su hijo o hija a llevar a cabo un retorno más seguro al país que tendrá que decidir sobre los temas de responsabilidad parental. Téngase presente que, ante situaciones europeas de desplazamiento ilícito de menores expuestos a la violencia de género, la devolución debe producirse con las medidas de seguridad conforme dispone el art. 11.4 RBr. II bis. No obstante, somos conscientes que esta propuesta solo supone un remedio parcial. Existen dificultades en la práctica por parte de las autoridades implicadas de los Estados miembros, porque son varios los ámbitos (civil, penal y otros...) los llamados a ser coordinados en relación a la efectividad real de las medidas de retorno de los menores sustraídos a causa de la violencia de género. Y es que el entramado normativo no favorece la resolución del caso. Para mejorar las respuestas a las situaciones europeas de sustracciones de menores expuestos a la violencia de género es necesaria una verdadera puesta en marcha de los mecanismos internacionales, tanto civiles como penales y una real cooperación internacional entre todas las autoridades implicadas, retos que tendrán que atender el legislador de la UE y el de cada Estado miembro.

Otro de los factores a tener en cuenta para revolver los supuestos de sustracción de menores en el ámbito intraeuropeo es el denominado mecanismo de segunda instancia o de última palabra. Y es que cuando el Estado requerido hubiera decidido el no retorno, porque se demostró que el hijo o la hija que-

Europea que les atribuya la ley, entre los que se encuentra la Orden Europea de Protección. Por su parte, el Reglamento 606/2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, se ha previsto como complementario a la Directiva 2011/99/UE. El Reglamento utiliza el instrumento del certificado, que contiene toda la información relevante para el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección, y que se entrega a la persona protegida. La existencia de dos instrumentos normativos distintos, una Directiva y un Reglamento, con mecanismos de reconocimiento distintos, la OEP y el certificado, que persiguen una misma finalidad y utilizan los mismos medios, resulta confusa. La originaria razón de desdoblamiento de las respuestas normativas deriva de las diferentes tradiciones jurídicas que parten normas europeas (naturaleza penal; civil o administrativa). Uno de los rasgos sobresalientes de estas dos normas de la Unión Europea es que ambas prevén exactamente las mismas tres medidas de protección, es decir, las restricciones relativas al acceso a determinados lugares, a las comunicaciones y el acercamiento a la víctima.

46 Particularmente, el art. 5 de la Directiva dispone: a) la prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o frecuenta; b) la prohibición o regulación de cualquier tipo de contacto o por cualquier tipo de medio con la persona protegida, y c) la prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida.

darían expuestos a un grave riesgo si fuesen devueltos, la autoridad requirente podrá adoptar una decisión posterior ordenando la restitución a través del denominado mecanismo de “segunda instancia” —también conocido como de “última palabra”— (Rodríguez Pineau, 2017: 145). La decisión de retorno definitiva tendrá ejecutividad automática tras haber sido certificada por el tribunal de origen (art. 11.8 en relación a los arts. 40 y 42 RBr. II bis). La ejecución de la misma en el Estado requerido debe ser eficiente y rápida, debiendo garantizar los medios necesarios a tales fines. Únicamente podrá denegarse la ejecución de estas decisiones cuando sean incompatibles con otra resolución dictada con posterioridad (art. 47.2 último inciso del RBr. II bis), como pudiera ser, por ejemplo, una sentencia penal por malos tratos.

Como se comprueba, y tal y como viene denunciando un sector doctrinal español (Rodríguez Pineau, 2004: 1-18), algunas de las respuestas articuladas en la normativa de la UE son fruto de la disyuntiva que se plantea entre alcanzar soluciones que respondan al interés del o de la menor y la consecución de determinados fines comunitarios. Lo que resulta evidente es la inexistencia de la perspectiva de género y que, desde nuestro entender, debería incorporarse en cualquier instrumento europeo que afecte al sector del Derecho de familia y sucesorio.

4. LA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA Y LAS DECISIONES DE RETORNO DE MENORES SUSTRÁIDOS Y EXPUESTOS A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

El CLH 1980 sigue siendo la principal herramienta para combatir las sustracciones internacionales de menores intra o extra europeas, aunque según se ha visto, el art. 13.b) CLH 1980 tendrá una aplicación muy restrictiva si el traslado se produce entre Estados miembros vinculados por el RBr. II bis (art. 11.4 RBr. II bis). Uno de los puntos más controvertidos para la autoridad requerida en supuestos de sustracción internacional de menores expuestos a la violencia de género es la apreciación subjetiva del grave riesgo al que alude art. 13.b) del CLH 1980 y su vinculación con la adopción de medidas adecuadas para garantizar un retorno seguro en tales casos.

Un numeroso grupo de sentencias españolas consultadas pone en evidencia que lo primero que preocupa a nuestras autoridades a la hora de dictaminar el no retorno del o de la menor expuestos a un contexto de violencia de género es que se haya probado la existencia de un grave riesgo si la devolución llegara a concretarse.

En el Derecho interno español, la condición de víctima de violencia de género opera con una orden de protección a su favor expedida por el correspondiente Juzgado de Violencia sobre la Mujer o de Primera Instancia e Instrucción) con arreglo al art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; con un Informe del Ministerio Fiscal cuando se indique que existen indicios de

que la demandante es víctima de violencia de género; con una sentencia condenatoria; con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género que concluye el procedimiento penal, archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento o encontrarse el imputado en paradero desconocido o el sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado. Si ninguna de estas vías acreditativas pueden ser aportadas por la sustractora que alega la violencia de género ante la autoridad española competente para decidir un retorno, se puede utilizar “cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho”, tal y como está ocurriendo en el ámbito de lo social a efectos de reconocer una pensión de viudedad a la separada sin pensión compensatoria que ha demostrado ser víctima de violencia de género con el testimonio de su hijo o hija, ya que se estimó como indicio de que existía una situación conflictiva entre los esposos⁴⁷.

Lo impreciso de la prueba de la violencia de género es la consideración del hijo o hija como víctima directa de los malos tratos ocasionados a su progenitora, un tema polémico en la jurisprudencia española que atañe a las decisiones de retorno en el marco de la sustracción internacional de menores. En el Auto de la AP de Barcelona de 23 de abril de 2012⁴⁸, la Sala reconoce que para fallar la no restitución del o de la menor no basta con una mera referencia a una situación de riesgo o perjuicio del o de la menor si es devuelto, sino que esta circunstancia ha de ser probada⁴⁹. En similar sentido existe un nutrido grupo de resoluciones dictadas por nuestras autoridades que obligan al retorno del o de la menor sustraído ilícitamente a España, por no considerar al hijo o hija como víctima directa de los malos tratos ocasionados a su progenitora. Esta jurisprudencia, pese a que, por un lado, reconoce expresamente que una situación de violencia de género “*crea un clima censurable y negativo que no beneficia a los hijos*”, y que, “*la gravedad de los insultos e injurias del padre hacia la madre puede influir negativamente en el menor*”, por otro lado, entiende que para demostrar este extremo resulta necesario un estudio psicológico pormenorizado imposible de aportar en estos procesos debido a su celeridad⁵⁰.

47 Sobre este asunto, véase la STSJ de Canarias, sala de lo Social, de 28 de octubre de 2016 (EDJ 2016/298443, www.elderecholefbvre), comentada en *Diario La Ley*, N.º 9038, Sección Jurisprudencia, de 11 de septiembre de 2017. En mismo sentido, STSJ Madrid Sala de lo Social de 24 junio de 2016 (EDJ 2016/156845, www.elderecholefbvre).

48 (EDJ 2012/138274, www.elderecholefbvre).

49 Véase el FJ 1, donde finalmente, no se demostró el grave riesgo del o de la menor y se decide su restitución a Inglaterra.

50 Dichos argumentos han sido recogidos en las respuestas otorgadas a las solicitudes de restitución procedentes de Estados vinculados o no por el RBr. II bis, tal y como se puede verificar en la SAP de Alicante de 20 de enero de 2016 (EDJ 2016/91058, www.elderecholefbvre), donde en su FJ 5 se expone que: “la existencia de adveración sobre la denuncia en España de violencia del padre sobre la madre y puesto que todas las denuncias habían sido archivadas” ocasionó que el órgano competente estimara la restitución de los menores a Chile. Por su parte, en la SAP de Málaga, de 30 de abril de 2015 (EDJ 2015/222469, www.elderecholefbvre) se señala en su FJ 2: “... incluso sin desconocer que en el matrimonio constituido entre la demandada (hoy apelante) y su esposo han existido algunos episodios de violencia doméstica, no estima que los mismos sean de la entidad suficiente para

El impacto de la violencia de género en decisiones de retorno tampoco fue considerado en la STC (Sala 2.^a), de 1 febrero de 2016⁵¹ (Caamiña Domínguez, 2016: 77-91) en un caso en el que el demandado había admitido un episodio concreto de violencia (FJ 3) y donde además existían denuncias por violencia de género de la madre contra el padre, tanto en España⁵² como en Suiza. En esta oportunidad, el TC optó por acogerse al motivo recogido en el art. 12 del CLH 1980 para fallar el retorno de una menor a Suiza, tras considerar que la menor se había integrado a España en causa de las dilaciones del procedimiento de restitución⁵³. En todo caso, el Alto tribunal ha desaprovechado una buena

impedir el retorno, al no constar que los episodios protagonizados por el padre les afectasen directamente a los menores, todo ello sin desconocer lo negativo que para los menores supone presenciar episodios de violencia en el seno familiar". En la SAP de Baleares, de 9 de mayo de 2016 (EDJ 2016/87715, www.elderecholefebvre) se aportó el expediente de violencia familiar tramitado en un tribunal de Argentina y del que no se pudo inferir el requisito exigido en el art. 13.b) CLH 1980 para justificar la no devolución del o de la menor. La SAP de Las Palmas, de 25 de julio de 2016 (EDJ 2016/297445, www.elderecholefebvre) afirma que la madre es quien tiene la carga de acreditar que, con la restitución del o de la menor a Bélgica, el menor va a sufrir un grave riesgo físico o psíquico o se expondrá a una situación intolerable. No se admite, *a priori*, que los malos tratos sufridos por la madre sean un riesgo psíquico para el hijo e hija, aunque dichos actos delictivos se hayan ocasionado en presencia del o de la menor (FJ 2). La SAP Las Palmas de 9 febrero de 2017 (EDJ 2017/93957, www.elderecholefebvre), en su FJ 2 dispone que: "*aunque indirectamente pueda admitirse a priori el riesgo psíquico de la menor de presenciar malos tratos de palabra o de obra sobre su madre, decíamos quién tiene la carga de acreditar dicha excepción es quien la opone y dicha prueba no existe y no existe porque esta Sala no puede convertirse en un órgano penal que determine si efectivamente la madre o la menor ha sufrido daños físicos, coacciones, injurias o maltrato de palabra y obra que haya repercutido y vayan a seguir repercutiendo a su vez en la integridad psíquica de la hija, aportando una denuncia que no consta haya prosperado en Letonia y todo ello obviamente sin perjuicio de lo que puedan adoptar las autoridades judiciales letonas tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil en el que deberá resolverse si concurren o no circunstancias que justifiquen el cambio de domicilio*". En la Sentencia núm. 754/16 del Juzgado núm. 3 de Primera instancia de Granada, de 14 de diciembre de 2016 y en la posterior SAP de Granada núm. 152/2017, de 21 de abril de 2017 (resoluciones facilitadas por la amabilidad de Francisca Granados, Asesora del Centro de la Mujer de Maracena, en Granada), se condena a la inmediata restitución a Italia de los hijos menores sustraídos, a pesar de probar la violencia de género mediante una sentencia penal española. Dicha situación se argumenta en la resolución de primera instancia en los siguientes términos: "*...entre los progenitores existen episodios de violencia de género, pero que no consta que afectasen directamente a los hijos, todo ello sin desconocer lo negativo que para los menores supone presencias la violencia en el seno familiar*" (FJ 2).

51 (EDJ 2016/2237, www.elderecholefebvre). El Auto recurrido descarta la existencia de riesgo para la menor de forma imprecisa, sin concretar los datos en que se basa, aunque entrar a valorar hechos pendientes ante el Juzgado de Violencia contra la Mujer, donde el padre de la menor está imputado y ha reconocido los malos tratos.

52 Ante las denuncias formuladas por la madre contra el padre por violencia de género, el Juzgado de violencia contra la mujer es el órgano competente por los malos tratos cometidos en España.

53 FJ 10, el TC reconoce que, "...el procedimiento se promueve trascurridos apenas tres meses desde que tuvo lugar el hecho que le da origen. Su definitiva terminación, sin embargo, hasta la resolución del recurso de apelación, se retrasa a abril de 2015, lo que supone que desde los hechos acaecidos en agosto de 2013 hasta la finalización del procedimiento han trascurrido casi veinte meses. En este prolongado periodo de tiempo, y sin olvidar la corta edad con que cuenta la menor (seis años en la actualidad), resulta patente que ha podido producirse una plena integración de la niña en su nuevo medio, lo que es necesario, en todo caso, valorar, a fin de hacer efectivo el principio de superior interés de la menor. En consecuencia, la situación de integración de la menor, por exigencia del principio de interés superior de la misma, imponía una

oportunidad para trazar algunas directrices sobre la incidencia de la violencia de género en la aplicación del art. 13.b) del CLH 1980, al margen de la eventual situación de integración de la hija en nuestro país (FJ 10)⁵⁴. El elemento de integración de la menor (Lagarde, 1996) en España ha sido concluyente para la decisión de no retorno, teniendo presente que para su interpretación se aplicaba CLH 1996, por ser Suiza el país de residencia habitual anterior de la menor⁵⁵.

En la jurisprudencia consultada solo existen dos resoluciones en las que se ha fallado el no retorno del o de la menor fundado en el grave riesgo derivado de una situación de violencia de género. La primera de ellas es el AAP de Madrid de 21 de marzo de 2012⁵⁶, por el que se convino la no restitución de dos menores en base a un dictamen pericial de parte (informe psicológico) donde se reconocía que los niños, sin mostrar rechazo a la figura paterna, presentaban un elevado nivel de ansiedad, con sentimientos de temor a la pérdida del arraigo familiar, susceptible de derivar probablemente en trastornos emocionales⁵⁷. Junto a este razonamiento, la AP tuvo igualmente en cuenta las diligencias abiertas por presuntos malos tratos contra el padre ante las autoridades portuguesas —pese a que las mismas fueron archivadas—, así como la incoación de actuaciones penales en España ante el Juzgado de Violencia de Género⁵⁸. Similar postura se aprecia en el AAP de Cádiz de 22 de febrero de 2011⁵⁹. En esta oportunidad, la Sala fundamentó el grave riesgo en un conjunto de pruebas aportadas por la madre, consistentes en declaraciones de testigos ante autoridad notarial estadounidense sobre los malos tratos, informes de la trabajadora social de Virginia (USA), así como una orden de alejamiento dic-

valoración, omitida en la resolución impugnada, que ponderase el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual, incrementada con la presencia de un nuevo miembro en el contexto familiar y la escolarización desde el año 2013 de la niña en España, lo que genera el reconocimiento de la insuficiencia de motivación en la resolución impugnada que es inherente al contenido constitucional del art. 24.1 CE”.

54 Aunque no proceda valorar la integración del o de la menor en el procedimiento de restitución sustanciado en el ámbito del CLH de 1980, al no haber transcurrido el mencionado plazo de un año en el sentido de su art. 12, no significa que dicha integración no merezca ser tomada en consideración en el ámbito de otro procedimiento. Así, con independencia de las causas de la falta de celeridad, no cabe negar que la permanencia del o de la menor en el país de la sustracción durante ese tiempo puede estar provocando su integración en dicho país.

55 Hay que tener presente que según el art. 7.b) CLH 1996, el período de un año empieza a contar a partir de la fecha en que la persona, institución u organismo que tenga los derechos de guarda conozca o debiera haber conocido el paradero del niño. En su caso, si fuese aplicable el art. 12.2 CLH 1980, la fecha en la que se produjo la sustracción es la que empieza a contar para que trascurra el plazo de un año y no ordenar la restitución si se demuestra que el niño está integrado en su nuevo ámbito. Para jurisprudencia y comentario respecto de la interpretación del término “integrado” en el art. 12(2) CLH 1980, véase la Base de Datos sobre Sustracción de Niños - INCADAT: www.incadat.com.

56 (EDJ 2012/64231, www.elderecholefbvre).

57 Consúltense el FJ 4 de dicha resolución.

58 En el FJ3 se expone que debe tenerse en cuenta que, por más que en su día se archivaran por las autoridades portuguesas las diligencias abiertas por presuntos malos tratos denunciados por D.^a Esther, también en España se incoaron actuaciones penales en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 4 de Madrid sobre la situación de maltrato en el seno de la pareja.

59 (EDJ 2011/89925, www.elderecholefbvre).

tada por autoridad de dicha localidad. De ambas decisiones se colige que, a la hora de valorar la prueba de la violencia de género en los procedimientos de restitución de menores, la autoridad judicial española toma en consideración la documentación extranjera aportada para tal finalidad. Si bien, lo relevante es la verificación del grado de exposición del o de la menor a dicha violencia y si ello comporta un grave riesgo en caso de ser devuelto a su país de origen.

Gran parte de la jurisprudencia consultada que decide sobre la restitución del o de la menor existiendo un peligro grave ocasionado por una situación de violencia de género no comprueba si en el Estado requirente se han tomado las medidas pertinentes para garantizar un retorno seguro del o de la menor. Este comportamiento contrasta con el observado en otro tipo de restituciones ajenas a la violencia doméstica, donde nuestros jueces han declarado la improcedencia de la restitución del o de la menor cuando tales medidas no han sido previstas en el Estado requirente⁶⁰. Esta postura debería ser aplicada a los casos de los menores expuestos a la violencia de género, ya que el art. 11.4 RBr. II bis obliga a verificar cuales son las medidas a adoptar en el país de retorno antes de tomar una decisión en tal sentido. A pesar de poder concluir que no es posible el regreso porque no se han llevado las medidas para tal fin, siempre queda el riesgo de obtener una resolución de retorno definitivo al país donde se encuentra el padre maltratador por vía del art. 11.8 RBr. II bis.

60 Como en la SAP de Barcelona de 8 marzo 2016 (EDJ 2016/57417, www.elderecholefebvre), donde se adopta una medida de retorno basada en un acuerdo para que el traslado de los menores se realice una vez acabado el curso escolar, incluida una eventual fase de recuperación de exámenes suspendidos. En este caso el tribunal consideró que el menor corría el riesgo de suspender el curso escolar si el traslado se producía de manera inmediata. Por su parte, el Auto de la AP Barcelona de 13 marzo 2012 DJ 2012/104337, www.elderecholefebvre), donde se dictamina el retorno de los menores a EE.UU, tras considerar que, “...resulta acertada la medida adoptada por la Juez a quo que requiere al Ministerio de Justicia a fin de que a través de las autoridades pertinentes se lleve a cabo un proceso de mediación con las autoridades judiciales y/o de bienestar social encargadas del caso de las menores en Los Ángeles”. Así, el art. 7 CLH 1980 establece que las Autoridades Centrales “deberán adoptar todas las medidas apropiadas que permitan garantizar la restitución voluntaria del o de la menor o facilitar una solución amigable” (FJ 2º). También en la SAP de Málaga de 13 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/357707, www.elderecholefebvre) se ordena la restitución de las menores a la jurisdicción de Inglaterra y Gales bajo la tutela judicial de ese Tribunal hasta el momento en que alcancen la mayoría de edad o hasta nueva orden. Erróneamente, en la SAP Alicante de 26 julio 2016 (EDJ 2016/198689, www.elderecholefebvre), se alegó el art. 11.4 RBr. II bis para dictaminar la no devolución del o de la menor a Argentina, asegurando que no se habían adoptado las medidas necesarias para garantizar un retorno seguro del mismo. Aunque se decidió finalmente la devolución, en todo caso, lo correcto hubiera sido invocar el CLH 1980, porque si bien Argentina ha firmado el CLH 1996, todavía no está en vigor para dicho país. Esta misma Sala, en SAP de Málaga, de 11 de septiembre de 2007 (EDJ 2007/265984, www.elderecholefebvre) comprobó que la autoridad británica no tuvo en cuenta las medidas de seguridad para el retorno la menor, hechos que originaron el rechazo de su devolución (FJ 2). Por su parte, el Auto de la AP Valencia, de 26 marzo de 2009 (EDJ 2009/343961, www.elderecholefebvre), dispone que una vez comprobado que la restitución del o de la menor a su país de origen entraña para el mismo un grave peligro psíquico y no se acreditó en el Estado requirente (Reino Unido) la adopción o estar en disposición de tomar medidas adecuadas para garantizar la protección psíquica del o de la menor tras su restitución (FJ 4), por lo que la Sala terminó por denegar la pretensión de restitución.

La Oficina permanente de la Conferencia de La Haya viene planteando el debate entre los Estados participantes en relación a la organización y ejecución de medidas de protección a fin de permitir la restitución segura del niño y del progenitor acompañante en el marco de alegaciones de violencia doméstica⁶¹. En este tipo de procesos es frecuente que la parte sustractora alegue la imposibilidad de no poder regresar con el menor, ya que ello podría suponer un grave riesgo o una situación intolerable⁶². De ahí que la autoridad requerida deba evaluar si el miedo de la madre víctima de violencia de género, con respecto a su regreso al país de origen con su hijo o hija, es suficiente como para justificar la denegación de la restitución del o de la menor, de acuerdo a lo dispuesto por el Convenio⁶³.

En todo caso, si se decide el retorno del o de la menor, la autoridad requerida debe tener presente la alegación de la madre sustractora consistente en el sufrimiento debido a la violencia de género a manos del padre privado del o de la menor, al punto de no poder volver con el menor al Estado de residencia habitual por miedo a ser dañada nuevamente (física o psicológicamente) y poner en riesgo su propia integridad e, incluso, la de ambos, además de la situación procesal de desventaja en la que queda la madre “secuestradora” en los procedimientos de custodia que se sustancien en el Estado de origen si toma la decisión de no acompañar al niño en su retorno (Weiner, 2000: 593-703; Requejo Isidro, 2006: 179-194).

Ante este tipo de conflictos, la autoridad requerida tendrá que evaluar cada supuesto, con la dificultad añadida de la delicada situación que conlleva la violencia de género⁶⁴. Con gran cautela (Sanz y Molina, 2017: 345-346), dicha autoridad debe adoptar medidas dirigidas a proteger tanto al hijo o hija como a

61 En Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial, Doc. Pre. N.º 14 de noviembre de 2011 a la atención de la Comisión Especial de enero de 2012 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, párrafos 110-119, en <https://www.hcch.net>.

62 Los tribunales de muchos Estados contratantes han adoptado un enfoque muy estricto, por lo que, salvo en situaciones muy excepcionales, han rehusado estimar la excepción del art. 13.b) cuando se presenta este argumento relativo a la negativa del sustractor a regresar. Véase <https://www.hcch.net>, análisis de jurisprudencia, el apartado del grave riesgo de daño-sustracción por la persona que ejerce el cuidado primordial del o de la menor.

63 Véase, p. e., Tribunal Supremo del Reino Unido (United Kingdom Supreme Court), *Re S (a Child)* [2012] UKSC 10 [Referencia INCADAT HC/E/UKe 1147: www.incadat.com], en el que se tuvo en cuenta la “fragilidad psicológica extrema” de la madre sustractora.

64 Véase Doc. Pre. N.º 3 de junio de 2017, pp. 78 y ss., en <https://www.hcch.net>. sobre las consideraciones específicas en relación a la violencia doméstica y el maltrato infantil También hay que tener en cuenta que la violencia doméstica no solo consiste en hechos violentos, puede existir el “control coercitivo” de la víctima, lo que también puede entrañar violencia doméstica. Por otra parte, la violencia post-separación y los efectos psicosociales de la violencia doméstica, como por ejemplo el trastorno de estrés postraumático (TEPT), que son necesarios para comprender el comportamiento de los individuos afectados en lo atinente a la credibilidad de su testimonio y la existencia o inexistencia de pruebas.

la progenitora maltratada que regresan al país de origen. Para estas actuaciones debería solicitarse la participación de las autoridades centrales en el marco de las funciones establecidas en el art. 55. b) RBr. II bis o el art. 7 letra h) CLH 1980, procurando que el regreso del o de la menor a su residencia habitual se produzca con las mayores garantías, con una labor de vigilancia y seguimiento sobre la situación del o de la menor y del progenitor que le acompañe (Herranz Ballesteros, 2004: 224).

V. CONCLUSIONES

La violencia de género es un problema real y es imprudente actuar como si ésta no existiera dentro del contexto de la sustracción internacional de niños. La naturaleza transnacional de los procedimientos de sustracción ilícita del o de la menor, la importancia del factor tiempo, junto con la situación delicada de la violencia de género y su repercusión en los hijos, plantea una difícil solución a las autoridades encargadas de la restitución del niño. Pero es fundamental explorar otras alternativas de resolución para llegar a otorgar respuestas más adecuadas, no perdiendo de vista la batalla contra la sustracción internacional de niños y, al mismo tiempo, garantizar la seguridad de las víctimas de la violencia de género (mujeres y sus hijos).

Los instrumentos jurídicos sobre la sustracción internacional de menores, tan necesarios y relevantes para evitar estos desplazamientos, corren el riesgo de dar lugar a situaciones materialmente injustas para el menor sustraído, si en su texto y aplicación no se atiende al contexto y a la realidad que comporta la violencia de género. En cualquier caso, las respuestas para este tipo de situaciones deben ser acordes con los instrumentos internacionales en materia de violencia de género, igualmente vinculantes, tales como el Convenio de Estambul o la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 1979 (CEDAW). Y es que los mecanismos internacionales aplicables a los desplazamientos ilícitos de menores carecen por completo de perspectiva de género, por lo que se requiere la necesidad de revisarlos para que en ellos se consideren las situaciones de violencia machista. Aparentemente, la problemática que se plantea debería únicamente de naturaleza interpretativa de los textos internacionales aplicables a dichos asuntos. Sin embargo, la dificultad del entramado normativo plantea que las posibles soluciones vayan encaminadas a integrar materialmente la perspectiva de género en los instrumentos internacionales concernientes a los desplazamientos ilícitos de menores, con la finalidad de garantizar el interés de los hijos e hijas que viven en la violencia de género.

La Conferencia de La Haya, por su parte, asume que esta problemática no ha sido abordada con claridad en el CLH 1980 y ha de ser resuelta con prontitud. En todo caso, deben hallarse soluciones que promuevan una apreciación

más uniforme del motivo que más se invoca para rechazar el retorno de los menores por parte de las autoridades requeridas, como es el art. 13.b) CLH 1980.

Particularmente, respecto a los desplazamientos ilícitos de menores realizados entre Estados miembros, el principal problema que se plantea viene derivado de la restricción en la aplicación del art. 13.b) CLH 1980, debido a la imposición del polémico art. 11.4 RBr. II bis. Las autoridades requeridas de los Estados miembros se ven obligadas a adoptar decisiones de retorno, incluso cuando constatan el grave riesgo de los hijos expuestos a la violencia de género, siempre que se adopten las medidas adecuadas para un retorno seguro. A su vez, el mecanismo de última palabra instaurado en los arts. 11.6 y 11.8 RBr. II bis no ayuda a resolver la compleja realidad de la violencia de género y su impacto en el secuestro ilícito del o de la menor, porque la autoridad del país de origen puede terminar obligando al regreso de éstos, incluso cuando previamente se decidió la no restitución por correr grave riesgo motivado en la violencia de género sufrida en el contexto familiar. Todo ello refleja, una vez más, el interés por la consecución de espacio de libertad, igualdad y seguridad jurídica en el marco de la UE, sin pensar en situaciones de vulnerabilidad de estos menores e invisibilizando la perspectiva de género.

Ciertamente, el RBr. II bis no está dando los resultados esperados en los aspectos generales concernientes a la sustracción internacional de menores, por lo que en estos momentos el Parlamento Europeo está revisando la aprobación de un nuevo texto de refundición del RBr. II bis. En el análisis de las posibles modificaciones sobre la sustracción internacional de menores en dicho texto se advierte de nuevo falta de interconexión entre lo dispuesto en el Convenio de Estambul y lo contenido en el CLH 1980 y en el RB. II bis. Ello provoca que reaparezca en repetidas ocasiones la tensión entre la protección del interés superior del o de la menor expuesto a la violencia de género y el refuerzo de la confianza mutua en el espacio judicial civil europeo. Una vez más se evidencia la falta de interconexión con las normas internacionales que obligan al legislador de la UE a atajar la violencia de género desde todas las perspectivas.

En estos momentos, existe una preocupación en los órganos correspondientes de la UE por la situación de un grupo vulnerable de niños, como son los menores de las familias donde se ha sufrido la violencia de género; inquietud que va a originar un debate para un avance en los derechos de los menores más vulnerables. Lo que resulta indiscutible es la urgencia de la UE y de los Estados miembros en la toma de medidas para evitar y erradicar la patología de la huida de la madre con sus hijos por temor a los malos tratos. Cabe esperar que en el proceso de tramitación de la propuesta de refundición del RBr. II bis se procure —con independencia de si responde o no al anhelo de una mayor profundización en el proceso de integración—, el perfeccionamiento en la protección integral del interés del o de la menor en los desplazamientos internacionales de menores cuando han sido motivados por la violencia de género, posibilidad que podría ver la luz gracias a la implementación de lo dispuesto por el Convenio de

Estambul. Se debe instar a la UE a incluir la perspectiva de género y poner de relieve que todas las acciones encaminadas a eliminar las sustracciones internacionales de menores deben tener en cuenta el factor género en su evaluación, concepción, ejecución de las directrices a escala de la UE que tengan plenamente en cuenta estos sucesos.

Desde la normativa española, a pesar de la tarea del legislador de dar traslado a lo contenido en los textos internacionales en la materia, aún perviven flecos en relación con las decisiones de retorno y la valoración del grave riesgo de los menores en situaciones de violencia de género. Este panorama origina que, desde el punto de vista de la jurisprudencia española, se genere un difícil ajuste en los casos de violencia de género acreditada y la alegación del motivo de grave riesgo del o de la menor para su retorno. Se echa en falta un análisis más reposado de cómo debe admitirse en dichos procedimientos la existencia de violencia de género, la veracidad de indicios y otros datos aportados para valorar el grave riesgo del o de la menor sustraídos que tienen que ser devuelto al Estado de origen y a los que se les ha de asegurar un entorno “libre de violencia”. La solución mayoritaria dada por la jurisprudencia española es la que ordena los instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores, es decir, el retorno inmediato del o de la menor sustraídos sin contener precisiones para abordar esta respuesta cuando esté presente la violencia machista. En muy pocas ocasiones las autoridades judiciales españolas se han atrevido a no restituir al o la menor cuando se ha demostrado que existe un grave riesgo por su exposición a la violencia de género. Tampoco es frecuente la solución de no retorno cuando no se adoptaron las medidas adecuadas para su protección en el país de origen.

Sumergirse en el ámbito de la violencia de género supone adentrarse en un terreno pantanoso, que exige una profunda revisión tanto *ad intra*, en el seno de los ordenamientos de los Estados de la UE y del Consejo de Europa, como *ad extra*, en el plano supranacional.

En definitiva, las bifurcaciones de la violencia de género son tales que llegan afectar a la sustracción ilícita del o de la menor. Desgraciadamente, la violencia de género tiene un efecto muy serio y negativo en el desarrollo de los hijos. Ni para la sociedad ni para el Derecho debería ser compatible el ser un buen padre con ser agresor por violencia de género.