

# Una reinterpretación del Convenio de La Haya sobre la sustracción de menores para proteger a los niños de la exposición al sexismo, la misoginia y la violencia contra las mujeres

## A reinterpretation of The Hague child abduction convention to protect children from exposure to sexism, mysogyny and violence against women

ILARIA PRETELLI

*Swiss Institute of Comparative Law*

Recibido: 10.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7251

**Resumen:** El Convenio de La Haya de 1980 se beneficia del Convenio de Estambul de 2011 que visibiliza la violencia contra las mujeres como un fenómeno mundial. Una cultura machista puede explicar las sustracciones de menores por parte de los padres, pero también a los de las madres para protegerse. La violencia contra las mujeres es un fenómeno más amplio que la violencia doméstica, aunque ambas están estructuralmente vinculada con la subordinación histórica de las mujeres, que ha llevado a una visión propietaria de la familia también en contextos socioculturales avanzados. En la perspectiva del interés superior del menor, la distinción entre los traslados ilícitos de la residencia de un niño por parte de su cuidador principal y las sustracciones en sentido estricto merece ser reconsiderada.

**Palabras clave:** Convenio de Estambul, violencia contra las mujeres, violencia doméstica, violencia de género, sustracción internacional de menores, interés superior del menor, Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores, Bruselas II bis (Reglamento 2201/2003), Bruselas II ter (Reglamento 1111/2019).

**Abstract:** The 1980 Hague Convention benefits from the 2011 Istanbul Convention which makes violence against women visible as a global phenomenon. A sexist culture may explain abductions by fathers, but also by mothers fleeing violence. Violence against women is a wider phenomenon as compared to domestic violence, although both are structurally linked to the historical subordination of women. Such subordination has naturally led to a proprietary view of the family even in advanced socio-cultural contexts. In the perspective of the best interests of the child, the distinction between wrongful transfers of a child's residence by his or her primary caregiver and abductions in the strict sense deserves to be reconsidered.

---

\*Las ideas expresadas son sólo mías y no reflejan necesariamente las del instituto suizo de derecho comparado. Esta contribución actualiza, profundiza y presenta al público de habla hispana la investigación científica que me llevó a la publicación de un primero artículo en inglés (Three Patterns, One Law - Plea for a Reinterpretation of the Hague Child Abduction Convention to Protect Children from Exposure to Sexism, Mysogyny and Violence against Women, en Pfeiffer M. a kol. (eds). Liber Amicorum Monika Pauknerova. Praha: Wolters Kluwer, 2021, pp. 363-393. Agradezco a Carmen Ruiz Sutil su paciente relectura de un idioma muy querido por mi padre Sergio. A él, que me transmitió los valores del respeto y de la protección de los pequeños, dedico este escrito.

**Keywords:** Rights of the child, Istanbul Convention, Violence against women, domestic violence, gendered-based violence, international child abduction, best interests of the child, the Hague Child Abduction Convention, Brussels IIbis (Regulation 2201/2003), Brussels IIter (Regulation 1111/2019).

**Sumario:** I. El Convenio de Estambul de 2011. 1. Tres conceptos diferentes. A) Violencia de género y Violencia doméstica. B) Violencia contra la mujer. 2. Un patrimonio común. II. El Convenio de La Haya de 1980 como precursor del choque de civilizaciones. A) El impacto de la misoginia y el sexismo en el interés superior del niño. a) La asignación del cuidado y la autoridad parental en contextos patriarcales. b) Violencia contra las mujeres. B) El “derecho a determinar la residencia del menor”: ¿título legal o parte del deber de cuidar al niño? a) Noción de “Custodia”. b) Persistencia de la diferencia entre el cuidado diario y la responsabilidad legal. III. El interés superior del niño frente a la confianza mutua de los Estados miembros de la UE. IV. La diferencia entre las sustracciones parentales y los traslados ilegales de residencia. 1. El contrapunto de las desigualdades. 2. Tres fenómenos diferentes. A) Niños traídos de países occidentales al país de referencia cultural. B) Niños alejados de un entorno de violencia. C) Niños llevados al país donde el padre tiene mejores oportunidades de trabajo y cuidado. 3. Tres riesgos correspondientes a las violaciones de los derechos de los niños. V. Conclusiones y propuesta.

## I. El Convenio de Estambul de 2011

1. El Convenio de Estambul de 2011 entró en vigor el 1 de agosto de 2014 y ya es vinculante para 35 Estados<sup>1</sup>. Teniendo en cuenta que no se trata de un Convenio de la ONU, sino de uno regional, europeo, el número de ratificaciones es alentador. De hecho, el Convenio ha sido firmado por 45 Estados europeos, entre ellos Ucrania y Turquía. Este último país incluso había ratificado el Convenio poco después de su entrada en vigor, pero se retiró del espacio de Estambul en marzo del año pasado. Según una visión fundamentalista del Islam, el Convenio debilitaría la estructura familiar de la sociedad. Esto parece confirmar que la convención no es meramente programática, sino que obliga a los Estados que la ratifican a asumir compromisos precisos en la lucha contra la violencia basada en el supuesto que hay que mantener a las mujeres subordinadas a los hombres.

2. El principio de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana fue proclamado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. A continuación, la Convención de la ONU de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer afirma que la igualdad formal no es suficiente para el empoderamiento de la mujer en la sociedad, ya que se necesitan acciones positivas para superar los obstáculos sociales y económicos existentes para la contribución de las mujeres en la sociedad. En este contexto, el Convenio de Estambul del Consejo de Europa de 2011 da un paso más<sup>2</sup>, en relación con la constatación que las mujeres sufren una discriminación estructural como consecuencia de una dominación masculina que no sólo se produce en el ámbito público e institucional, sino también dentro de la estructura social más pequeña de la sociedad, que es la familia.

3. El objetivo de la Convención de Estambul es doble. En primer lugar, dicho texto internacional aborda el problema urgente de la erradicación de los abusos físicos y psicológicos contra las mujeres, en particular en el ámbito del hogar. En segundo lugar, el Convenio tiene como objetivo promover la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres, incluso mediante el empoderamiento de las mujeres. En este sentido, plantea erradicar todas las formas de discriminación contra la mujer, ya que una discriminación

<sup>1</sup> Consejo de Europa, Convenio para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 11.V. 2011.

<sup>2</sup> C. RUIZ SUTIL, Implementación del convenio de Estambul en la refundición del reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 615-641.

es *per se* una forma de violencia y prevaricación. Según su artículo 3, el problema de la “violencia contra la mujer” se entiende como una violación de los derechos humanos y como una forma de discriminación contra la mujer que incluye: “todo acto de violencia de género que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”. Por tanto, la violencia contra la mujer incluye la violencia de género, quedando definida en el artículo 3. Y es que la violencia de género es aquella que se dirige contra una mujer por el hecho de serlo o que afecta a las mujeres de forma desproporcionada.

4. El instrumento de Estambul también contiene una definición de violencia doméstica, fenómeno muy diferente y complejo, aunque relacionado con los estereotipos de género, y las desigualdades resultantes. Precisamente, cuando examinemos las decisiones sobre la sustracción de menores, comprobaremos las referencias constantes a la violencia: a menudo, la referencia es a la violencia doméstica; a veces, a la violencia contra las mujeres y en ocasiones, a la violencia de género. En este contexto de sustracción internacional de menores, intuimos que todas estas referencias a la violencia hacen alusión a un dramático problema de nuestra sociedad actual, la violencia ejercida por el hombre hacia la mujer en el entorno conyugal o de pareja y que afecta directamente a los hijos.

## 1. Tres conceptos diferentes

### A) Violencia de género y Violencia doméstica

5. La violencia de género se refiere a los actos dirigidos a un individuo en función de su género. Tiene sus raíces en la desigualdad de género, el abuso de poder y las normas perjudiciales. Aunque se hace hincapié en las mujeres, la violencia de género es un concepto más amplio que abarca, inclusive, la violencia contra los grupos LGBTIQA+. El énfasis en las mujeres parece deberse a la frecuente estadística de la violencia dirigida a las mujeres. La violencia doméstica también es un término neutro, ya que comprende la violencia del marido contra la mujer y la violencia de la mujer contra el marido. En concreto, la violencia doméstica se refiere al desarrollo de relaciones tóxicas dentro de la pareja y entre las paredes del entorno doméstico. Este tipo de violencia puede tener que ver con el problema histórico de la dominación masculina, pero también puede ser el resultado de diferentes patologías. Las víctimas de la violencia doméstica pueden ser hombres y mujeres sujetos a la personalidad patológica de su pareja.

### B) Violencia contra la mujer

6. El artículo 33 del Convenio de Estambul prohíbe “la conducta intencionada de atentar gravemente contra la integridad psíquica de una persona mediante coacción o amenazas”. La idea de una violencia psicológicamente intencionada contra la mujer es un tanto caricaturesca. Muchos casos de violencia contra las mujeres no entrarán en esta definición, porque el comportamiento violento de los hombres viene originado por la creencia de que las mujeres tienen el deber de obedecerles, sin la más mínima intención de causar daño. A menudo, están convencidos de amar a su mujer y posiblemente sienten que actúan de forma coherente<sup>3</sup>. Sin embargo, este convencimiento viene vinculado con la subordinación histórica de las mujeres reconocida solemnemente por nuestros libros sagrados y por nuestros códigos civiles. Hay que explicar claramente aquí que la violencia contra la mujer es perpetrada cada día, cada hora, en todas partes del mundo por hombres perfectamente normales, “hipernormales”, como ha quedado definida<sup>4</sup>, hombres respetables y respetados, admirablemente integrados en su contexto social y sin psicopatologías.

<sup>3</sup> M. LORENTE ACOSTA, *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*. Barcelona, Crítica, 2001.

<sup>4</sup> M. CHOLLET, *Réinventer l'amour : Comment le patriarcat sabote les relations hétérosexuelles*, Paris, La Découverte, coll. « Zones », 2021.

7. La subordinación de la mujer al hombre está profundamente arraigada en todas las tradiciones jurídicas del mundo y se justifica según los principios de la religión basados en la suposición de que la subordinación de la mujer correspondería a una voluntad de Dios. Aunque los exponentes de la Iglesia católica, o de otras religiones, han intentado a menudo socavar esta creencia religiosa errónea, en las tradiciones populares esta creencia ha permanecido intacta.

### 1. Un patrimonio común

8. En la tradición jurídica romana, las mujeres y sus hijos estaban sujetos a la *patria potestas* en la misma medida que los siervos, llamados *famuli*. El capo familiar era dueño de su mujer y de sus hijos, que durante siglos estuvo en condiciones de venderlos o matarlos. En las doce tablas sagradas, como recuerda Gayo, las mujeres eran consideradas como hijos eternos: “Las mujeres, aunque sean mayores de edad, estarán bajo tutela a causa de su levedad mental”<sup>5</sup>.

9. En la visión de la familia inspirada por el fascismo, se esperaba que las hijas y los hijos obedecieran a su padre, a los demás miembros masculinos de su familia paterna y, de forma subordinada, a su madre. La desobediencia no sólo conducía al ejercicio de “poderes correctivos”, sino incluso a sanciones radicales, como el alejamiento de la familia y el internamiento en instituciones penitenciarias. El padre podía establecer en su testamento condiciones obligatorias para que la madre educara a “sus” hijos y administrara los bienes de éstos (lo que equivalía a permitirle administrar sus bienes después de su muerte). El control del cumplimiento de estas condiciones por parte de la madre se encomendaba a un órgano denominado “consejo de familia”, que estaba compuesto por los miembros masculinos de la llamada familia extensa (abuelo, hermanos del abuelo, tíos y, si eran mayores de edad, hermanos del huérfano). El consejo también tenía funciones de autorización, con las que se formalizaba la falta de capacidad de la madre para elegir la educación de sus hijos.

10. Como “niños eternos”, las mujeres han luchado y luchan por tener acceso a la educación. Esta exclusión deliberada de las mujeres de la educación es incompatible con cualquier acceso real al poder, incluso en contextos supuestamente matriarcales. En los raros casos de liderazgo femenino, el poder de las mujeres en cuestión se presenta con evidentes anomalías respecto a la gestión normal. La razón es que las mujeres han sido históricamente empoderadas por circunstancias contingentes y a menudo efímeras (esposas, hijas). Prueba de ello es que no hay ninguna contribución femenina rastreable en la formación de los actuales códigos sociales de poder (incluidas las asambleas parlamentarias, las jerarquías, etc.).<sup>6</sup> La violencia contra las mujeres es un problema histórico y socio-antropológico, que está directamente relacionado con una *forma mentis* heredada de siglos de exclusión de las mujeres del ejercicio del poder.

11. Toda esta desigualdad histórica origina, entre otras cuestiones, que la violencia doméstica sea difícil de probar. Un estudio francés ha seguido 67 casos de divorcios muy conflictivos en los que 94 hijos habían presentado una denuncia por violencia y agresión sexual. En el 77% de los casos se habían descrito claramente los episodios de violencia. En dos años sólo se había condenado a un agresor. Por otro lado, en el 20% de los casos se había denunciado a las madres que se habían negado a entregar al hijo al padre acusado y un tercio de estas madres habían sido condenadas<sup>7</sup>. Cuando los divorcios de alto conflicto tienen una dimensión transfronteriza, la prueba de la violencia de género contra la mujer puede ser aún más difícil de probar y la doctrina está reconociendo que el marco legal actual, o mejor, la forma en que se interpreta, no protege suficientemente a las mujeres y a los niños contra la violencia de género.

<sup>5</sup> Veteres ... enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse; ... exceptis virginibus Vestalibus, quas ... liberas esse voluerunt: itaque etiam lege XII tabularum cautum” Gaius, 1,144-145 (120 - 180 AD).

<sup>6</sup> I. MAGLI, *Matriarcato e potere delle donne*, Milano, 1978.

<sup>7</sup> P. ROMITO, M. CRISMA, *Les violences masculines occultées : le syndrome d’aliénation parentale*, Empan 2009/1 (n° 73), pp. 31-39.

12. Aunque el objetivo principal de la convención de Estambul es proteger a las mujeres de la violencia masculina, hay que tener en cuenta que muchos hombres violentos son a su vez víctimas de un paradigma cultural que es pernicioso para toda la familia, no sólo para las mujeres y los niños. Esto significa que la erradicación de la violencia contra las mujeres también sirve al interés de todo hombre por la paz y la armonía doméstica, así como para garantizar que los hombres tengan una experiencia más madura del amor y la sexualidad que puedan compartir con una mujer, una vez que la hayan liberado de la odiosa restricción de la obediencia y la subordinación. La carga pesada de esta subordinación histórica tiene que ser equilibrada a través de una lectura actual de las Convenciones internacionales, prestando atención a corregir esta desigualdad histórica.

## II. El Convenio de La Haya de 1980 como precursor del choque de civilizaciones

13. Para comprender el actual debate sobre la deseable regulación de la sustracción transfronteriza de menores por sus progenitores, es esencial considerar, de manera consciente y calculada, que el problema se sitúa en el centro del Convenio de La Haya de 1980. Más allá de la complejidad del marco jurídico actual<sup>8</sup>, si miramos el informe explicativo con la conciencia cultural de hoy, encontramos que lo que estaba en juego en aquel momento es una cuestión que sería teorizada mucho más tarde por Samuel Huntington en sus ensayos sobre el “choque de civilizaciones”<sup>9</sup>. Elisa Pérez Vera lo explicaba con hábil sabiduría diplomática<sup>10</sup>. Refiriéndose a la Recomendación 874(1979) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la profesora recordaba su primer principio general, según el cual “los niños ya no deben ser considerados como propiedad de los padres, sino que deben ser reconocidos como individuos con sus propios derechos y necesidades”<sup>11</sup>. Asimismo, al aludir al informe del entonces Secretario General Adair Dyer, observaba que “la presunción generalmente establecida es que la verdadera víctima del “secuestro de niños” es el propio niño, que sufre la repentina alteración de su estabilidad, *la traumática pérdida de contacto con el progenitor que ha estado a cargo de su crianza*, la incertidumbre y la frustración que conlleva la necesidad de adaptarse a un idioma extraño, a unas condiciones culturales desconocidas y a unos profesores y familiares desconocidos”<sup>12</sup>.

14. En el debate actual, los casos más chocantes, en primera línea del Convenio de La Haya de 1980, son los que enfrentan a las madres de los países que ya han reconocido el principio de igualdad de género en el derecho de familia con los padres de los Estados que todavía se aferran a los valores patriarcales. En algunos ordenamientos jurídicos, la dominación masculina, que forma parte de un pesado patrimonio común de la humanidad, sigue imponiendo a las mujeres códigos de comportamiento restrictivos; el deber legal de la esposa a obedecer a su marido: una visión de los hijos como pertenecientes al linaje del padre; una perspectiva de las madres como fabricantes de los hijos de los hombres<sup>13</sup>. Con este bagaje cultural, es probable que un hombre se moleste y se sienta humillado por el comportamiento de una esposa francesa, italiana, checa o rusa. A la inversa, una mujer criada con ideas de igualdad de

<sup>8</sup> La ratificación más reciente del Convenio de La Haya de 1980 fue la de Barbados en 2019. La Convención de la ONU de 1989 ha sido ratificada por casi todos los Estados del mundo, con la extraña excepción de Estados Unidos. La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo, en Uruguay, de 15 de julio de 1989, está en vigor en 14 Estados latinoamericanos. Los Reglamentos de la UE 2201/2003 y ahora 1111/2019 “relativos a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como a la sustracción internacional de menores” también se basan en el Convenio de La Haya de 1980 en lo que respecta a la regulación de la sustracción parental de menores.

<sup>9</sup> Véase S. HUNTINGTON, PHILLIPS, «The Clash of Civilizations?», *Foreign Affairs*, vol. 72, no. 3, 1993.

<sup>10</sup> Informe explicativo sobre el Convenio de la HCCH de 1980 sobre la sustracción de menores, Actas y Documentos de la Decimocuarta Sesión (1980), Vol. III, Sustracción de menores, p. 431-432.

<sup>11</sup> Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. 31ª Sesión Ordinaria, Recomendación sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño. Texto adoptado el 4 de octubre de 1979.

<sup>12</sup> *Cuestionario* e informe sobre la sustracción internacional de menores por uno de los progenitores, elaborado por el Sr. Adair Dyer, Prel. Doc. No 1, agosto de 1977, p. 18-25, en adelante denominado “Informe Dyer”, p. 21. Énfasis añadido.

<sup>13</sup> Es significativo que, según una representación muy arraigada, el esperma se represente erróneamente como una semilla que fecunda el vientre de la mujer, cuando es la mitad de una semilla.

género, con necesidad de empoderamiento de la mujer en la sociedad<sup>14</sup> y con la creencia en la igualdad de funciones de padres y madres en la familia, es probable que también se moleste y se sienta humillada por un hombre nacido del patriarcado.

**15.** A menos que uno de ellos haya reconocido y suscrito las premisas culturales del otro, el padre considerará la “falta de obediencia” de su mujer como una herida profunda y una afrenta intolerable a su honor; al mismo tiempo, la madre se verá profundamente afectada por la actitud egocéntrica de su marido y la ausencia del auténtico amor y cuidado que esperaba recibir. Incluso, puede sentirse privada de su papel de madre, de su identidad y de su relación afectiva con su hijo, quedando cosificada a una máquina de sexo y reproducción. Con este entorno de desigualdad, es muy probable que se produzca un enfrentamiento entre dos progenitores<sup>15</sup>. Después de 41 años de la conclusión de los procedimientos que dieron lugar al Convenio de La Haya de 1980, esta realidad sigue persistente en nuestras sociedades.

**16.** El 12 de marzo de 2019, dos niñas suizo-egipcias, nacidas y criadas en Suiza, volvieron a casa después de pasar 5 años en algún lugar de Egipto, donde habían sido retenidas injustamente. Cuando tenían dos y cuatro años de edad respectivamente, viajaron a dicho país para unas vacaciones que se suponía no durarían más de dos semanas. El caso se resolvió por vía diplomática, ya que Egipto no ha ratificado el Convenio de 1980<sup>16</sup>. A pesar de la duración de la retención, la resolución del supuesto fue bastante afortunada. Otra situación estresante fue la vivida por dos niñas suizo-argelinas y su madre, menores que fueron trasladadas ilícitamente a Argelia, otro Estado no contratante de la Convención de La Haya de 1980<sup>17</sup>. Dudando que las negociaciones diplomáticas para la devolución de las niñas tuvieran éxito, la progenitora se embarcó en un difícil proceso de mediación, consiguiendo un acuerdo para mantener el contacto con ellas. Esto ocurre mediante llamadas y videollamadas, recibéndolas para las vacaciones de verano, aunque no simultáneamente sino de “de forma sucesiva”. Esta solución se mantuvo para que el padre se asegurara que las menores no fuesen retenidas por la madre en Suiza, como debería ser, porque Suiza es el país del que fueron sustraídas. Como la madre tiene que devolver a una hija a Argelia si quiere recibir a la otra, se ve obligada a esta forma de salir con sus hijas. Ahora bien, nos preguntamos lo siguiente: ¿están estas niñas contentas y cómodas con la situación? ¿Son libres para pensar en su propio interés? ¿Aman a sus padres? ¿A sus países? ¿Tienen claras sus emociones?

**17.** Aunque el Convenio de La Haya de 1980 fue un intento de evitar las situaciones en las que los niños se vean literalmente divididos entre sus padres, como en el famoso juicio de Salomón o en casos como los dos mencionados anteriormente, en ocasiones tenemos dudas si finalmente se está consiguiendo dicha finalidad. La historia de su aplicación muestra que, aunque resolvió parte del problema, creó otros nuevos escenarios complicados. Precisamente, éstos siguen siendo objeto de examen y han sido abordados por la Unión Europea -de forma muy diferente y bastante discutible-,<sup>18</sup>. La aplicación del Convenio de La Haya de 1980 debe liberarse de las interferencias políticas y diplomáticas para adoptar un enfoque en su interpretación para lograr el mejor cuidado de los niños. Tras una evaluación de los contextos familiares culturales y sociales en los que se producen las sustracciones de menores, se propone una reinterpretación del Convenio basada en un diálogo más respetuoso entre las civilizaciones<sup>19</sup> e inspirada en la búsqueda del verdadero interés superior del niño.

<sup>14</sup> Leave No One behind a Call to Action for Gender Equality and Women’s Economic Empowerment. Informe completo de Unhlp.pdf (empowerwomen.org), High-Level Panel on Women’s Economic Empowerment appointed in January 2016 by the UN Secretary-General Ban Ki-moon.

<sup>15</sup> See Y. NISHITANI, *Identité culturelle en droit international privé de la famille*, Recueil des cours, Vol. 401, 2019, pp. 127-450.

<sup>16</sup> Se trata de un caso de retención ilegal. En contra de la oposición de la madre suiza, el padre había logrado obtener de un tribunal suizo el derecho a viajar a su país de origen con sus hijos, para quienes Egipto era también un “país de origen” en virtud de su nacionalidad egipcia, además de su nacionalidad suiza.

<sup>17</sup> El caso sigue pendiente. Véase ATF 16.11.2020, 5A\_105/202.

<sup>18</sup> Véase *infra*, apartado 1.3.

<sup>19</sup> D.F. PUYANA (ed.) et al., *Promoting peace, human rights and dialogue among civilizations*, noviembre de 2020, en las páginas 101-102, recuerda varios documentos de la ONU -como la Resolución 56/6 sobre el Programa Mundial para el Diálogo

18. A este respecto, uno de los principales problemas sigue siendo la dificultad de conciliar la igualdad de la mujer y el hombre en la sociedad con la igualdad de las civilizaciones en la comunidad internacional. La salida de tan importante doble obstáculo sólo puede pasar por la estricta adhesión al Estado de Derecho. Esto implica simultáneamente: el rechazo de cualquier forma de “discriminación y violencia, a la que las mujeres siguen estando expuestas en todo el mundo”; “la reafirmación de que los derechos humanos y las libertades fundamentales se derivan de la dignidad y el valor inherentes a la persona humana y son, por lo tanto, universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados”<sup>20</sup>, además de la sustitución de una vaga idea de la cortesía entre naciones por una consideración más respetuosa de la diversidad cultural como base de la cooperación y de un multilateralismo creíble.

19. En este sentido, la actual sobreestimación de la brecha cultural en materia de igualdad de género entre civilizaciones debe ser significativamente puesta en proporción: por un lado, la igualdad de género no sólo es un logro muy reciente de las tradiciones jurídicas occidentales, a pesar de que en sus sociedades persistan restos de desigualdades graves y generalizados; por otro lado, las fuerzas progresistas también reclaman un mayor empoderamiento de la mujer en las tradiciones jurídicas no occidentales, lo que la convierte en una condición para la evolución jurídica que merece mayor atención<sup>21</sup>. A la luz de esta realidad actual, el Convenio de La Haya de 1980 debe tener presente la contribución del Convenio de Estambul a la comprensión de las realidades nacionales generalizadas.

#### A) El impacto de la misoginia y el sexismo en el interés superior del niño

20. La tradición jurídica occidental ha adquirido, muy recientemente, como parte de su cultura y civilización jurídicas, el principio de plena igualdad entre el hombre y la mujer y entre la madre y el padre, al menos formalmente<sup>22</sup>. Suiza, el país más innovador del mundo según el Índice Global de Innovación anual, fue uno de los últimos Estados de Europa en conceder derechos políticos a las mujeres a finales del siglo pasado<sup>23</sup>. El derecho al voto es uno de los muchos elementos que sugieren una estructura social patriarcal en la que el hombre es percibido como el jefe de la familia, facultado por la ley con la autoridad para tomar decisiones, también respecto a “su” mujer y sus hijos. Un concepto propietario de la mujer también afecta a la neutralidad de los entornos laborales<sup>24</sup>. En consecuencia, muchas sociedades

---

entre Civilizaciones 9 de noviembre de 2001 (Doc. A/RES/56/6), la Declaración y el Programa de Acción sobre una Cultura de Paz del 6 de octubre de 1999 (Doc. A/RES/53/243), etc. - reconociendo la necesidad universal de asegurar “el empoderamiento de las mujeres” junto con “la consecución de la diversidad civilizatoria”.

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, la Declaración y el Programa de Acción de Viena adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena el 25 de junio de 1993, punto 5.

<sup>21</sup> Como observó Alexander Langer en su discurso ante el Parlamento Europeo el 29 de junio de 1995 (en referencia al estatus de refugiadas de las mujeres argelinas), acoger en la UE a mujeres extranjeras comprometidas en la lucha por su derecho a la igualdad de género en sus propios países representa una inversión de construcción de la paz en beneficio de esos países y de su sociedad en su conjunto: “...le donne in Algeria, organizzate o non che siano, le donne che oggi rivendicano i loro diritti spesso contro un forte pregiudizio, in cui l'essere donna diventa motivo di persecuzione, essere donna e rivendicare diritti politici diventa oggetto di ulteriori discriminazioni, aprendo noi le nostre porte a loro riconoscendole come perseguitate politiche, riconoscendo in loro delle titolari di diritto all'asilo, noi compiamo ... un investimento di ripacificazione verso la società algerina, perché sappiamo bene che la società algerina avrà bisogno proprio di queste risorse per potersi evolvere ...”. Para resumir un tema muy amplio, algunos autores considerarán que la propuesta de Langer contrasta con el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados extranjeros codificado en los Tratados de Westfalia, otros con la doctrina de la cortesía de las naciones; otros, sin embargo, apoyarán la conclusión de Langer basándose en las doctrinas de la intervención humanitaria y la responsabilidad de proteger. Véase, sobre estos delicados temas, C. FOCARELLI, “La dottrina della “responsabilità di proteggere” e l'intervento umanitario”, *Rivista di diritto internazionale*. 2008, pp. 317-346.

<sup>22</sup> En Italia, por ejemplo, la “cabeza de familia” estuvo formalmente investido de poderes directivos hasta 1975, a pesar del contraste radical de las normas conexas del código civil italiano con el principio de igualdad entre hombres y mujeres consagrado en la Constitución italiana de 1948. Estos poderes fueron desmantelados por la Ley nº 151 de 1975.

<sup>23</sup> El 7 de febrero de 1971 se concedió a las mujeres suizas el derecho a votar y a presentarse como candidatas al Consejo Federal. La votación condujo a la modificación del artículo 74 de la Constitución Federal de 29 de mayo de 1874.

<sup>24</sup> Sobre la necesidad de sensibilizar sobre la “gama de comportamientos y prácticas inaceptables, o amenazas de los mismos, ya sea en un solo caso o de forma reiterada, que tengan por objeto, resulten o puedan resultar en un daño físico, psicológico

occidentales siguen luchando por conseguir una igualdad sustancial y todavía están en proceso de promover, mediante la adopción de toda una serie de estrategias, la igualdad de oportunidades, la igualdad de salarios, un reparto justo del trabajo no remunerado relacionado con el cuidado de los miembros de la familia, etc.

**21.** Esta observación es importante para evitar una estigmatización sesgada de las culturas no occidentales que aún no han adquirido el pleno reconocimiento de la igualdad de derechos y deberes de hombres y mujeres. Y es que la misoginia y el sexismo han sido recurrentes a lo largo de los siglos y territorios en los que se desarrolló la tradición jurídica occidental<sup>25</sup>. En resumen, la brecha histórica que se percibe en materia de igualdad de género entre las tradiciones jurídicas occidentales y no occidentales parece más amplia de lo que aparentemente resulta.

**22.** A la luz de estas circunstancias, la estigmatización de las culturas no occidentales parece injusta, además de imprudente. Los discursos occidentales sobre la igualdad de género provocan reacciones de comprensible rabia y radicalización, con el resultado de que esto repercute negativamente en esas tradiciones no occidentales, disuadiéndolas de revisar espontáneamente la tensión histórica natural de su propia cultura hacia la igualdad de género<sup>26</sup>. Centrarse en los valores universalmente compartidos en lo que respecta a la persona del niño puede proporcionar un terreno más fértil para el respeto jurídico mutuo en su interés superior<sup>27</sup>. En consecuencia, el Convenio de La Haya de 1980 no puede ignorar la conciencia que ha generado el Convenio de Estambul de 2011<sup>28</sup>. Este último tratado ha visibilizado la violencia contra las mujeres como un fenómeno mundial, común a culturas y religiones muy diferentes, incluso muy alejadas entre sí. Una Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo aumenta la visibilidad de la “lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”<sup>29</sup>.

**23.** Una Resolución del Parlamento Europeo, del 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños<sup>30</sup>, explica claramente que “la custodia compartida en situaciones de violencia en el marco de la pareja o expareja expone a las mujeres a una violencia continua y evitable, al obligarlas a permanecer en la proximidad geográfica de sus maltratadores y someterlas a una mayor exposición a la violencia física y psicológica, así como a abusos emocionales, lo que puede tener repercusiones directas o indirectas para sus hijos; que, en los casos de violencia en el marco de la pareja o expareja, el derecho de las mujeres y los niños a ser protegidos y a vivir una vida sin violencia física y psicológica debe prevalecer sobre la preferencia por la custodia

---

gico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”, véase el Convenio de la OIT de 2019 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, en vigor desde el 25 de junio de 2021 (C190) en Argentina, Ecuador, Fiyi, Namibia, Somalia y Uruguay.

<sup>25</sup> *Ex multis* M. LEVER, *L’antiféminisme, du Moyen âge à la Révolution*. Histoire, 1983, pp. 38-51; D.J. GUIDO, *The German League for the Prevention of Women’s Emancipation: Antifeminism In Germany, 1912-1920*, 2010; J. HOLLAND, *Misogyny: The World’s Oldest Prejudice*. 2006; C. D. KINNARD, *Antifeminism in American Thought: An Annotated Bibliography*, 1986; R. SWEET, *Research Report on Antifeminism in the Theory and Practice of Vocational Psychology*, 1974; M. JOBIN, “Cyber-violence: le discours masculiniste sur les femmes”, in M. BLAIS, F. DUPUIS-DÉRI (eds), *Le mouvement masculiniste au Québec : l’antiféminisme démasqué*. 2015, pp. 147-162.

<sup>26</sup> Véase G. C. SPIVAK, “Can the Subaltern Speak?”, in C. NELSON, L. GROSSBERG (eds), *Marxism and the Interpretation of Culture*, 1988, <https://jan.ucc.nau.edu/~sj6/Spivak%20CanTheSubalternSpeak.pdf>, p. 28 “[the] figure of ‘woman’ [...] as indeterminate is already available to the phallogocentric tradition. [...] The question is not of female participation in insurgency, or the ground rules of the sexual division of labour [...] It is, rather, that [...] the ideological construction of gender keeps the male dominant. If, in the context of colonial production, the subaltern has no history and cannot speak, the subaltern as female is even more deeply in shadow...”.

<sup>27</sup> A. BUCHER, “L’intérêt de l’enfant pénètre la Convention sur l’enlèvement, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques”, *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, París 2008, pp. 683-701.

<sup>28</sup> Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 11.V. 2011.

<sup>29</sup> Estrasburgo, 8.3.2022, COM(2022) 105 final, 2022/0066(COD): IMMC.COM%282022%29105%20final.SPA.xhtml.1\_ES\_ACT\_part1\_v2.docx (europa.eu).

<sup>30</sup> (2019/2166(INI): Textos aprobados - Miércoles 6 de octubre de 2021 (europa.eu).

compartida; que el maltrato de los menores por parte de los autores de violencia en el marco de la pareja o expareja puede utilizarse para ejercer el poder y cometer actos de violencia contra la madre, que es un tipo de violencia indirecta de género conocida en algunos Estados miembros como violencia vicaria;<sup>31</sup>. Como hemos expuesto, la violencia contra las mujeres es “una de las formas más graves de violación de los derechos humanos por razón de género en Europa que sigue estando rodeada de silencio”<sup>32</sup>, tal y como ocurre en los principales instrumentos de derecho internacional privado.<sup>33</sup>

### a) La asignación del cuidado y la autoridad parental en contextos patriarcales

24. Al final de la Segunda Guerra Mundial, en 1946, se creó la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de la ONU con el objetivo de promover los derechos de la mujer. Sobre la base de sus trabajos, la Asamblea General de la ONU adoptó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer el 18 de diciembre de 1979, unos meses antes de la Convención de La Haya de 1980. En ese marco cultural, la ponente de la Convención, Elisa Pérez Vera, había expresado (*aliunde*) la filosofía que subyace al papel de la mujer en las sociedades del mundo: “*No olvidemos que la discriminación de la mujer no es un problema de las mujeres, sino de una sociedad enferma que decidió escindirse y prescindir del valor añadido que representa la inteligencia, la sensibilidad y el trabajo de la mujer*”.<sup>34</sup>

25. En este contexto, por temor a la presión de introducir cambios estructurales en la sociedad, muchos Estados se mostraron reacios a ratificar el Convenio de 1980<sup>35</sup>. Entre ellos se encontraban los Estados islámicos, tal y como revelaron los esfuerzos internacionales para fomentar su adhesión al Convenio<sup>36</sup>. Y es que la estructura social desarrollada por la *Sharia* contempla una división clara de los papeles respectivos del marido y la mujer para la familia<sup>37</sup>. El hombre tiene que ocuparse de todo lo relacionado con el mantenimiento de la familia, por lo que debe proveer a la casa familiar de todas las necesidades diarias. Es responsable económicamente de todo y paga a la esposa<sup>38</sup>, en la que ésta se

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

<sup>33</sup> C. RUIZ SUTIL, “La violence de genre/conjugale à l’égard des ressortissantes étrangères et leurs enfants face à la dimension transfrontalière dans l’Union européenne”, en <http://www.fiji-ra.fr/wp-content/uploads/2022/03/Rapport-dactivite-2020-FIJI.pdf> y P. Wautelet (dirs.), *L’accès aux droits de la personne et de la famille en Europe*, en <http://hdl.handle.net/10481/75015>; “La movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, 2020, número 83, pp. 1-29. Esta autora también revisa las deficiencias del tratamiento con perspectiva de género en el ámbito de la extranjería y del asilo, *id.*, “Migraciones y discriminación por razón de género las distintas violencias contra las mujeres y niñas en las normativas de extranjería y de protección internacional”, *Revista española de derecho internacional*, 2021, Vol. 73, N° 2, pp. 417-423.

<sup>34</sup> Véase [http://portal.uned.es/portal/page?\\_pageid=93,70916855&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL](http://portal.uned.es/portal/page?_pageid=93,70916855&_dad=portal&_schema=PORTAL).

<sup>35</sup> Esta circunstancia se remedia sólo en parte por el número de instrumentos bilaterales promovidos y concluidos en este ámbito: el Acuerdo Bilateral entre Bélgica y Marruecos de 1981; los Acuerdos Bilaterales entre Bélgica y Túnez; entre Francia y Túnez; y entre Francia y Egipto de 1982; el Acuerdo Bilateral entre Francia y Marruecos de 1983; el Acuerdo Bilateral entre Francia y Argelia de 1988; el Acuerdo Bilateral entre Suecia y Túnez de 1994; el Acuerdo Bilateral entre Suecia y Egipto de 1996; el Acuerdo Bilateral entre Canadá y Egipto de 1997; los Acuerdos Bilaterales entre Canadá y Líbano; entre Francia y Líbano; y entre Australia y Egipto de 2000; el Acuerdo Bilateral entre EEUU y Egipto de 2003; el Acuerdo Bilateral entre Suiza y Líbano de 2005.

<sup>36</sup> Prel. Doc. No 7 de agosto de 2002 - Child Abduction and Transfrontier Access: Bilateral Conventions and Islamic States - a Research Paper, recuperado en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6233>.

<sup>37</sup> Con la expresión ley islámica me refiero a la ley islámica clásica, la *sharia*, seguida por suntes y chiíes y directamente aplicable en todos los países musulmanes. En la mayoría de estos Estados, el derecho nacional tiene una función meramente supletoria con respecto a la *sharia*, algo así como lo que ocurría en Europa en los tiempos del *ius commune*. See S. ALDEEB, A. BONOMI (eds), *Le droit musulman de la famille et des successions à l’épreuve des orders juridiques occidentaux*. Zurich: Schulthess, 1999.

<sup>38</sup> Según D. GRAEBER, *A History of Debt*, 2011, la razón última de la dote, lo que el marido está pagando en realidad, es que los hijos de su mujer lleven su nombre, en sustancia le paga para que le dé una descendencia.

queda con su propio patrimonio, además de recibir una dote<sup>39</sup>. La mujer no tiene ninguna responsabilidad financiera, aunque tiene el deber de obedecer a su marido. Esta obligación hace que el concepto de violación marital sea difícil de asimilar en los países islámicos<sup>40</sup>. Recientemente, bajo la presión de las asociaciones islámicas de defensa de los derechos de la mujer, algunos tribunales de ciertos sistemas jurídicos nacionales la han admitido, pero estas sentencias siguen siendo excepcionales y la cultura social no parece haber asimilado esta idea<sup>41</sup>.

**26.** Al fin y al cabo, si la mujer tiene el deber de obedecer, ¿cómo puede oponerse a una petición de su marido? La misma dificultad lógica se aplica a la iniciativa del divorcio, que pertenece únicamente al marido. La esposa puede dirigirse al tribunal para obtener el divorcio (*kuhl' o kohl'*) por razones específicas, mientras que el marido puede divorciarse unilateralmente (*talaq o talâk*). En la sustracción transcultural de niños puede haber una doble frustración: la del marido, que esperaba una esposa obediente, instrumental para su descendencia; y la de la esposa, que se consideraba a sí misma como igual a su marido, y a su marido como un aliado en el cuidado diario de la familia, cada uno respetando la libertad, los deseos y la persona del otro. Cuando un hombre lleva a sus hijos a su país de origen, puede pensar que está ejerciendo un derecho legítimo que le pertenece por Ley, mientras que su comportamiento es percibido por la madre como un delito, tal y como se establece en su sociedad, en su cultura y en su ordenamiento jurídico.

**27.** El derecho musulmán establece una distinción entre el “cuidado” de los hijos (*hadana*) y la autoridad sobre los hijos (*wilaya*)<sup>42</sup>. La autoridad recae en el padre e incluye el deber de proporcionar apoyo económico, de forma exclusiva, durante toda la infancia, e incluso si el niño está al cuidado diario de su madre. Ciertamente, los hijos pueden seguir viviendo con ella tras la separación, el repudio o el divorcio. Este derecho al cuidado (*hadana*) incluye la posibilidad a decidir dónde desea residir con su hijo, siempre que su elección no impida al padre disfrutar del derecho de visita. A este respecto, el traslado de la residencia del niño al extranjero puede afectar de lleno al derecho de visita del padre, según las circunstancias del caso. Por ejemplo, un traslado internacional de Bratislava a Viena puede afectar mayormente al derecho de visita que un traslado interno de residencia de Moscú a Vladivostok. Ahora bien, el estilo de vida de la familia también es relevante. Si el padre es muy rico y viaja por todo el mundo, ya que es un aclamado cantante de ópera, será menos probable que el traslado de residencia de su hijo afecte a sus derechos de visita.

**28.** Asimismo, el “cuidado” otorgado a la madre es temporal y no siempre coincide con el tiempo que tarda el niño en alcanzar la mayoría de edad<sup>43</sup>. Si se vuelve a casar, la madre pierde este derecho

<sup>39</sup> La esposa recibe una dote tanto en el momento de contraer matrimonio, como en el momento de su finalización por divorcio o muerte del marido. Esta segunda dote puede ser una condición para su supervivencia, una vez que cesa la obligación de manutención del marido.

<sup>40</sup> <http://www.slate.fr/story/188088/maroc-viol-conjugal-justice-loi>

<sup>41</sup> B. MORGUE, *La Moudawana : les dessous d'une réforme sans précédent*. Les Cahiers de l'Orient. 2011/2 (Nº 102), pp. 15-29, concluye, al presentar la reforma del derecho de familia marroquí que reconoce la igualdad de género: “Esta reforma se inscribe en una evolución social y política a nivel de todo el mundo musulmán. Los códigos de valores tradicionales siguen siendo elevados y la presión que ejerce la sociedad civil se hace cada vez más patente a nivel gubernamental. En este sentido, las dos reformas de *Moudawana* han supuesto la explosión de la sociedad civil marroquí, así como la multiplicación del número de asociaciones y organizaciones feministas. Se ha iniciado un proceso de desvinculación de las normas y valores tradicionales. Por otra parte, la religión ocupa un lugar indudable en las cuestiones familiares, siendo la familia un símbolo político, jurídico, social y religioso en Marruecos y en el mundo musulmán en general”. (énfasis añadido).

<sup>42</sup> B. BOUKHARI, “La protection de l'enfant en droit international privé tunisien: l'exemple de la garde (ou hadhana)”, *Revue québécoise de droit international*, 2010, pp. 91-114, observando que los tribunales tunecinos utilizan el *ordre public* para garantizar que la hadhana se otorgue a la pareja de religión musulmana. Así, “cuando la custodia es otorgada por un tribunal extranjero a una madre no musulmana, la jurisdicción tunecina tiende a favorecer al padre tunecino”.

<sup>43</sup> Las opiniones legales islámicas sobre el momento en que cesa el derecho y el deber de la madre de cuidar al niño varían mucho en función de muchos factores. En Irán, la madre pierde el cuidado de los niños cuando cumplen 2 años y de las niñas cuando cumplen 7 años. En los Emiratos Árabes Unidos, la madre deja de cuidar a los niños a los 11 años y a las niñas a los 13. En Egipto, el cuidado de los hijos termina a los 15 años, pero puede prolongarse hasta los 21, lo que corresponde a la mayoría de edad. También puede durar hasta el final de los estudios universitarios o hasta el matrimonio. En Marruecos y Túnez, la madre pierde el cuidado cuando sus hijos alcanzan la mayoría de edad, que se fija en los 18 años. Véase Instituto Suizo

al cuidado parental. Es significativo que, si la progenitora no sigue la religión musulmana, muchos ordenamientos jurídicos de base islámica no le atribuyen ninguna *hadana*. En este sentido, la información sobre la cultura jurídica occidental en los países islámicos y sobre la cultura jurídica islámica en los países occidentales puede ser un instrumento importante para reducir el número de casos que caen dentro de este modelo de sustracción parental de menores debido al choque de civilizaciones. Mientras tanto, es importante recalibrar el funcionamiento del Convenio de 1980 para favorecer su aplicación por parte de los Estados. Los tiempos parecen óptimos para que esta consideración cultural promueva la mediación legal en este como en otros casos problemáticos de derecho de familia<sup>44</sup>.

**29.** Uno de los supuestos de sustracción intercultural de menores que llamó la atención su resolución se refería a un padre saudí y una madre de origen kurdo que habían vivido en el Reino Unido durante muchos años, país del domicilio de origen de la familia. Ella tenía tanto la nacionalidad saudí como la británica. La familia también residía en Riad, pero pasaba varias semanas al año en Londres, en un piso de la madre. El padre, acostumbrado a viajar internacionalmente, había estado viviendo en Canadá y estaba autorizado a ejercer su profesión de médico cirujano en el Reino Unido. El hijo, nacido en América por razones médicas, había adquirido la nacionalidad estadounidense. Cuando cumplió dos años, como de costumbre, la progenitora fue a su apartamento de Londres, aunque decidió continuar sus estudios y se matriculó en un máster en dicha ciudad. Durante el primer año y medio de su estancia en Londres, el padre les visitó en dos ocasiones: una al cabo de seis meses y otra al final de ese año y medio, con ocasión de las vistas del procedimiento de divorcio iniciado por la madre. El tribunal observa que “es evidente que [el niño] ha sido cuidado diligentemente por la madre [...] el cuidador principal adecuado para [...] es su madre”.<sup>45</sup> A pesar de esta conclusión y de reconocer el riesgo de que el niño, si es devuelto a Arabia Saudí, pierda la educación “intercultural” de la que iba a disfrutar, se ordena su devolución a Arabia Saudí (con condiciones). También, la autoridad judicial observa que “los tribunales ingleses son astutos al reconocer que *hay muchos sistemas de derecho alternativos legítimos que abordan la cuestión de la custodia de los hijos de forma ajena al concepto inglés de la igualdad de derechos parentales, y que no adoptan nuestros criterios para resolver las cuestiones de residencia y contacto*. No cabe duda que millones de niños son criados bajo tales sistemas jurídicos. Por lo tanto, no corresponde a los tribunales ingleses negarse a devolver a los niños a cualquiera de esas jurisdicciones, a menos que algún factor poderoso en la ecuación del bienestar haga que sea contrario a sus mejores intereses”<sup>46</sup>.

**30.** Los términos utilizados sugieren que existe un doble rasero cuando se trata de la igualdad de género. Por un lado, el funcionamiento del Convenio de 1980, concebido inicialmente para garantizar el retorno de un niño privado bruscamente *de* su principal cuidador y figura de referencia (frecuentemente las madres), se ajustó para cubrir los casos de traslados de los cuidadores principales, en un intento de garantizar la igualdad de género en la paternidad<sup>47</sup>. Por otra parte, la *comitas gentium* y el deseo de una

---

de Derecho Comparado, Folleto sobre Derecho de Familia Islámico, disponible en línea en [https://www.isdc.ch/media/1972/broschuere\\_islamisches-recht\\_a5\\_web\\_fr.pdf](https://www.isdc.ch/media/1972/broschuere_islamisches-recht_a5_web_fr.pdf) y Prel. Doc. No 7 de agosto de 2002 - Child Abduction and Transfrontier Access: Bilateral Conventions and Islamic States - a Research Paper, disponible en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6233>.

<sup>44</sup> Por lo que respecta a la violación conyugal, la jurisprudencia italiana aborda el problema de reconocer que el delito tiene una “orientación cultural” sin renunciar a la función preventiva general del derecho penal italiano. Véase Cass. pen., 26.4.2011, n. 26153, Cassazione penale, 2012, p. 2962 ss., nota F. PIQUÉ, La subcultura del marido non elide l’elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l’imputabilità del reo; Cass. pen., Sez. III, 29 gennaio 2018, n. 29613, [ilpenalista.it](http://ilpenalista.it), 24.9.2018, nota L. GIORDANO, “La motivazione “culturale” della condotta può incidere sulla consapevolezza della sua illiceità penale?”. Los tribunales griegos han atribuido algunos efectos al divorcio unilateral por *talâk* dado que la disolución del vínculo puede ser en interés de la mujer divorciada. TPI Tesalónica, 17.7.2019, Nr. 8458/2019, informado por A. ANTHIMOS en <https://conflict-of-laws.net/2019/talaq-reloaded-repudiation-recognized-if-application-filed-by-the-wife/>. En Suiza, véase la propuesta de A. BÜCHLER, “Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse—or: beyond cultural and religious identity in family law”, *International Journal of Law in Context*, 2012, pp. 196–210.

<sup>45</sup> *Re J (a child) (return to foreign jurisdiction: convention rights)* [2004] EWCA CIV 417, punto 30.

<sup>46</sup> *Re J (a child) (return to foreign jurisdiction: convention rights)* [2004] EWCA CIV 417, punto 69. judgments on the legal systems of other sovereign nations.”

<sup>47</sup> Véase *infra* sobre *Abbott v. Abbott*, 130 S.Ct. 1983 (2010).

cooperación armoniosa entre los Estados llevaron al Tribunal inglés a desestimar el argumento de la desigualdad de género en la ley islámica. Evidentemente, el Tribunal no debió considerar que un entorno de desigualdad de género no era relevante en la crianza de un niño,<sup>48</sup> sino que otorgó prioridad a consideraciones erróneas de “*fair play*” político. Esto está claramente en consonancia con casos anteriores que expresan a todas luces “una evidente amenaza a la cortesía si un Estado cuyo sistema deriva de fundamentos judeocristianos condena un sistema derivado de un fundamento islámico cuando ese sistema es concebido por sus creadores y operadores para promover y proteger los intereses de los niños *dentro de esa sociedad y de acuerdo con sus tradiciones y valores*”<sup>49</sup>. La decisión se basa en la “importancia de conceder a cada Estado la libertad de determinar el sistema y los principios de justicia familiar que considere apropiados para proteger al niño y servir a su interés superior”<sup>50</sup>.

**31.** Si se examina con detenimiento, la declaración parece mucho más ofensiva hacia los ordenamientos jurídicos islámicos que el mensaje aparentemente neutral que transmite. Por un lado, las consideraciones políticas son, incluso menos que las morales, una cuestión que debe resolver el poder judicial. El tiempo del compromiso político ha terminado con la adopción del texto del Convenio de La Haya de 1980, cuyas difíciles negociaciones revelan el problema de conciliar los valores recientemente adquiridos por la tradición jurídica occidental con los ordenamientos jurídicos que todavía están pasando de una estructura social patriarcal a otra más equilibrada en cuanto al género (por ejemplo, los países islámicos, China, Corea del Sur, Japón, *etc.*)<sup>51</sup>. Por otra parte, el fundamento judeocristiano de la tradición jurídica occidental no se puede considerar como un baluarte de la igualdad de género en el derecho de familia. Tanto el judaísmo como el cristianismo promueven una idea patriarcal de la sociedad basada claramente en la dominación masculina. En cuanto al judaísmo, basta decir que hace unos años las organizaciones feministas laicas fueron calificadas como “el miedo del país” por un líder religioso en Israel.<sup>52</sup> En relación al cristianismo, a pesar de las recientes revisiones de la exégesis del Nuevo Testamento y de su contribución histórica fundamental al introducir la necesidad de que las mujeres consientan en el matrimonio, la Iglesia católica es también una rica reserva de tradiciones misóginas.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> En la solución del caso descrito en el texto influyó probablemente la circunstancia de que el niño había nacido en el seno de una familia extremadamente rica. La decisión sugiere, de forma recurrente, que la madre había podido superar muchos de los límites ligados a su condición de mujer, gracias a su posición social. Sin embargo, la decisión también reconoce que la madre no podría obtener ningún permiso de traslado por parte de las autoridades saudíes y que el resultado, de haberse invertido la situación, no habría sido una orden de restitución.

<sup>49</sup> Véase *Re E (Abduction: Non-Convention Country)* [1999] 2 FLR 642, una decisión del Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales), 24 de junio de 1999 recuperada de <http://www.incatad.com/ref.:HC/E/UKe589>; véase también Lord Collins en *AK Investment C/JSC v. Kyrgyz Mobil Tel Ltd* [2011] UKPC 7 [en 97] “La cortesía exige que el tribunal sea extremadamente cauteloso antes de decidir que existe el riesgo que el tribunal extranjero no haga justicia en el país extranjero, y por eso se requieren pruebas convincentes.”

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> Japón ratificó el Convenio de La Haya de 1980 en 2014. Véase Y. NISHITANI, *The Hague Convention on International Child Abduction and Japan’s Move Toward Ratification*, AJISS-Commentary. 25 de octubre de 2011, observando: “Estados Unidos contabiliza 230 casos de sustracción de menores en relación con Japón desde 1994 (100 casos activos en enero de 2011), pero ningún niño ha sido devuelto hasta ahora con éxito.” Sobre la estructura de la sociedad japonesa y su rápida evolución, véase A. M. ARAJUO, *The “good wife and wise mother” pattern: gender differences in today’s Japanese society*. *Crítica Contemporánea—Revista de Teoría Política*. 2012, pp. 156–169 (on line [https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/7431/1/CC\\_Ara%C3%BAjo\\_2012n2.pdf](https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/7431/1/CC_Ara%C3%BAjo_2012n2.pdf)); EDA, M. *What will it take for the world’s third-largest economy to empower women?* <https://www.weforum.org/agenda/2018/11/japan-needs-women-to-remain-the-worlds-third-largest-economy/>; M. LUERA, *No More Waiting for Revolution: Japan Should Take Positive Action To Implement The Convention On The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. *Pacific Rim Law & Policy Journal Association*, 2004, <http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN93859.pdf>.

<sup>52</sup> El Gran Rabino de Israel, Shlomo Amar, citado por R. HALPÉRIN-KADDARI, Y. YAACOV, *Between Universal Feminism and Particular Nationalism: Politics, Religion and Gender (in)Equality in Israel*. *Third World Quarterly*. 2010, pp. 905-920, [www.jstor.org/stable/27896588](http://www.jstor.org/stable/27896588). Consultado el 20 de mayo de 2021.

<sup>53</sup> Como recuerda E. BIANCHI (<https://combonianum.org/2015/10/23/la-chiesa-del-futuro-intervista-a-enzo-bianchi/>), la conciencia de la igualdad de dignidad entre mujeres y hombres es muy reciente en el cristianismo y aún debe adquirir una cierta herencia bíblica (en referencia a que San Pablo dice que las mujeres no deben hablar en absoluto en la asamblea de la iglesia y deben mantener la cabeza cubierta).

**32.** Esto quiere decir que no hay lugar, en la aplicación del Convenio de La Haya y del principio del interés superior del niño que promueve, para consideraciones políticas relacionadas con las *raíces del* derecho de familia de cada país. No obstante, sí hay mucho espacio para evaluar y prever si el niño será criado o no, con pleno y sustancial respeto de la igualdad de género en el caso concreto que se examina. No hay ninguna garantía de que un país de tradición jurídica occidental lo garantice, dado que la llamada “familia nuclear”, que abrió el camino a una sociedad basada en la igualdad real entre mujeres y hombres, es sólo una adquisición cultural muy reciente, en transición hacia modelos de sociedad más inclusivos. El recelo a adoptar actitudes políticamente correctas hacia un sistema jurídico en su conjunto parece fuera de lugar en un procedimiento en el que está en juego la vida de un niño y su familia. La probabilidad de que el menor se críe en un entorno familiar respetuoso con los derechos de la mujer debe evaluarse *en este caso*, ya que parece relevante en el contexto de la Convención de la ONU de 1989.

## b) Violencia contra las mujeres

**33.** Al examinar la plétora de casos de sustracción transfronteriza de menores por sus progenitores, comprobamos que pueden ser el resultado de un enfrentamiento de género entre los padres. El modelo de “choque de civilizaciones” no es el único en el que la sustracción de menores asume una dimensión de género. Una concepción propietaria de la mujer, derivada de la antigua equiparación de la mujer y el niño como sujetos a la *patria potestad* masculina,<sup>54</sup> también está presente en las sociedades occidentales contemporáneas. Esto puede explicar tanto el secuestro por parte de un padre, en un intento desesperado de conservar “lo que le pertenece” como por parte de una madre, que desea escapar de la dominación de su pareja. Por desgracia, estos patrones caricaturescos siguen existiendo en la actualidad.<sup>55</sup> La frecuencia e importancia de los actos violentos llevados a cabo por ex parejas masculinas contra “sus mujeres” ha llevado a que muchos ordenamientos jurídicos creen un delito específico de feminicidio<sup>56</sup>. La violencia contra las mujeres, posibilitada por la diferencia de fuerza física entre hombres y mujeres, es también el resultado del papel comparativamente subordinado del género femenino en la sociedad. Las diferencias en los salarios, los puestos y la división del trabajo doméstico existen en todas las clases sociales y todavía requieren políticas gubernamentales adecuadas para mejorar la situación de muchas mujeres, de hecho, son la mayor parte de población del planeta<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Véase P. VEYNE, “Les noces du couple romain”, in *Amour et sexualité en Occident*, 1991, pp. 165-175. Véase también la afirmación de A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, 1878, p. 186, en la antigua concepción romana, la familia pertenecía al paterfamilias “igual que la cosa al propietario”.

<sup>55</sup> M. KAYE, “The Hague Convention and the Flight from Domestic Violence: How Women and Children are being Returned by Coach and Four”, *International Journal of Law, Policy and the Family*. 1999, pp. 191, 194; M. H. WEINER, “The Potential and Challenges of Transnational Litigation for Feminists Concerned About Domestic Violence Here and Abroad”, *Journal of Gender, Social Policy & The Law*. 2003, pp. 749-800; S. YAMAGUCHI, T. LINDHORST, “Domestic Violence and the Implementation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Japan and U.S.”, *Policy. Journal of International Women’s Studies*, 2016, pp. 16-30. Disponible en: <http://vc.bridgew.edu/jiws/vol17/iss4/2/>; T. E. KVISBERG, “Child Abduction Cases in the European Court of Human Rights - Changing Views on the Child’s Best Interests”, *Oslo Law Review*, 2019, pp. 90-106.

<sup>56</sup> Ver la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *González et. Al. (“campo Algodenaro”) v. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costa*, Sentencia de 16 noviembre de 2009, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf%20](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf%20) en la que se responsabiliza a México por la violación de los derechos de las mujeres y las niñas en relación con el asesinato de tres mujeres jóvenes, dos de ellas menores de edad. Ver R. Manjoo, *United Nations Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences*. 2011; C. MARIE “Condamner le féminicide sans le nommer”, *Travail, genre et sociétés*. 2020, pp. 161 -165; L. Leturmy, “Faut-il créer une infraction de féminicide dans le Code pénal ?” In *Légalité, légitimité, licéité, Mélanges en l’honneur du professeur Jean-François Seuvic*. Nancy, 2018, p. 318; L. R. Fregoso, C. Bejarano, *Terrorizing women: Feminicide in the Americas*. 2020; H. Dayan, *A socio-legal deconstruction of homicide victims and perpetrators: Israeli femicide case law. Aggression and violent behaviour (Elsevier)*. 2020 p. 52. En Italia se creó una comisión parlamentaria con el nombre de “Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere”. Véase Cass. Pen., 7.1.2010, (ud. 7.1.2010, dep. 10.2.2010), n. 5386 e multis, denunciando una “concezione “proprietaria” della donna ormai non più accettabile nella società moderna”.

<sup>57</sup> “Con una puntuación de 67,9 sobre 100, a la UE le faltan al menos 60 años para alcanzar la plena igualdad de género. El Índice de Igualdad de Género del EIGE muestra que los avances en materia de igualdad de género siguen avanzando a paso

**34.** La consecución de la igualdad de derechos parentales por parte de los progenitores, en un contexto en el que se estima que la violencia contra las mujeres afecta al 45% de las mujeres, puede tener el trágico efecto colateral de aumentar la desigualdad de género en lugar de disminuirla.<sup>58</sup> La tendencia a optar cada vez más por la custodia compartida en nombre de la igualdad de género obliga a los padres a mantener una relación tras la ruptura, lo que no siempre cuadra -como debería- con el interés superior del menor. En particular, es urgente una evaluación clara de que no puede haber ningún interés para el niño en mantener una relación con un progenitor violento, y debería sustituir la política actual consistente en permitir dicha relación sujeta a medidas de protección<sup>59</sup>. En estas situaciones, la oportunidad de que el niño “mantenga relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de forma regular” debería estar sujeta específicamente a una evaluación seria del “interés superior del niño”, de conformidad con el artículo 9.3 de la Convención de la ONU de 1989, y a una evaluación igualmente seria “de la conveniencia de la continuidad en la educación del niño y de su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”, de conformidad con el artículo 20 de dicha Convención.

**35.** La neutralidad respecto de ambos progenitores puede resultar injusta para el niño, cuyo derecho a mantenerse en contacto con ambos progenitores no debe prevalecer sistemática o automáticamente sobre la consideración primordial de su interés superior según el artículo 3(1)<sup>60</sup> así como: el derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, según el artículo 3(2); el derecho a la vida y al desarrollo, según el artículo 4; el derecho a ser atendido por figuras que tengan como preocupación fundamental su interés superior, según el artículo 18; el derecho a ser protegido contra “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”, según el artículo 19; el “derecho a una vida plena y decente, en condiciones que aseguren la dignidad, promuevan la autosuficiencia y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”, especialmente afirmado por el artículo 23 para los niños discapacitados, pero ciertamente no limitado a ellos, etc.

**36.** El marco legal existente los coloca en una situación imposible, en un doble aprieto: tienen que garantizar, al mismo tiempo, su seguridad y la de sus hijos, pero también asegurar que su prole espacio disfrute de una relación satisfactoria con su padre<sup>61</sup>. En los casos de violencia, en el momento de la separación de la pareja, se observa que los hombres siempre se creen perjudicados y se vuelven legalistas, quisquillosos, con prisa para terminar la relación para aprovechar que su víctima se predispone a hacer cualquier concesión. El chantaje y la presión se ejercen a través de los hijos, cuando están presentes<sup>62</sup>. En estos casos, hay que plantearse “una reorientación más clara del esfuerzo profesional en responsabilizar a los hombres de su comportamiento y en intentar que se comprometan como padres de

---

de tortuga, con una mejora media de apenas medio punto cada año.” Véase el Índice de Igualdad de Género 2020 del Instituto Europeo de la Igualdad de Género en <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/about>

<sup>58</sup> “Las cifras de todas las formas de violencia, incluido el acoso, llegan al 45%. La mayoría de estos actos violentos son llevados a cabo por los hombres en su entorno social inmediato, más a menudo por sus parejas y ex parejas”. Véase el apartado 2 del informe explicativo del Convenio de Estambul, 11.V. 2011. Las cifras son confirmadas por el informe de la FRA de 3 de marzo de 2014 titulado “Violence against women: an EU-wide survey”, según el cual un “estimado 22 % de las mujeres ... experimentó violencia física y/o sexual, y el 43 % ... experimentó violencia psicológica por parte de su pareja”. Véase la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y los derechos de custodia en las mujeres y los niños(2019/2166(INI)) de 4.2.2021.

<sup>59</sup> Véase infra en 1.C).

<sup>60</sup> La citada Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y los derechos de custodia en las mujeres y los niños reconoce explícitamente que “considerando que la custodia compartida en situaciones de violencia de pareja expone a las mujeres a un continuo de violencia evitable, al obligarlas a permanecer en la proximidad geográfica de sus maltratadores y someterlas a una mayor exposición a la violencia física y psicológica, así como al abuso emocional; considerando que, en los casos de violencia de pareja, el derecho de las mujeres a ser protegidas y a vivir una vida libre de violencia física y psicológica debe prevalecer sobre la preferencia por la custodia compartida”.

<sup>61</sup> M. HESTER, “The Three Planet Model: Towards an Understanding of Contradictions in Approaches to Women and Children’s Safety in Contexts of Domestic Violence”, *The British Journal of Social Work*, 2011, Vol. 41, No. 5, pp. 837–853.

<sup>62</sup> Traducido libremente de D. CHINDEMI, V. CARDILE, “Violenza psichica endo-familiare, plagio della vittima e rimedi terapeutici”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2007, pp. 679-703 en p. 701.

forma que satisfagan las necesidades de los niños”<sup>63</sup>. Cuando esto es imposible, la huida, incluso caracterizada como sustracción, puede convertirse - en realidad - en un ejercicio responsable de los deberes parentales, especialmente cuando se opone a la mala conducta del otro “propietario” de un título legítimo sobre el niño <sup>64</sup>. Lograr una igualdad sustancial de los derechos parentales para hombres y mujeres requiere abordar la compleja realidad de estas situaciones.

**37.** Una mujer británico-australiana vivía con un hombre australiano y con su hijo común en Sidney. El padre había sido adicto a la heroína en el pasado y seguía luchando contra la dependencia de sustancias. La madre, por su parte, había sufrido ansiedad y depresión y había estado bajo medicación y tratamiento. La madre logró obtener una orden de protección contra la violencia de su compañero. Finalmente voló a Inglaterra con su hijo de 2 años, sin el consentimiento del padre ni la autorización de un tribunal australiano. El traslado violaba claramente los derechos de custodia del padre según la legislación australiana y era ilícito conforme al artículo 3 del Convenio de La Haya. En primera instancia, el juez inglés se había negado a ordenar la restitución de la menor a Australia sobre la base del artículo 13(b) del Convenio de La Haya, a la luz de la constatación de que la restitución “probablemente causaría una depresión clínica, lo que a su vez podría disminuir su apego seguro a [la menor]”. El Tribunal de Apelación revocó la decisión y ordenó la devolución inmediata del menor, pero el Tribunal Supremo de Inglaterra estimó por unanimidad el recurso de la madre declarando: “La cuestión crítica es qué ocurrirá en caso de devolución si, al regresar, el progenitor sufre tales ansiedades que los efectos en la salud mental creará una situación intolerable para el niño que retornó. Entonces el niño no debería ser devuelto. No importa si las ansiedades del progenitor serán o no razonables “. El Tribunal Supremo inglés también observó que “las medidas de protección provisionales ofrecidas por el padre en caso de retorno a Australia no evitarían el grave riesgo para [el menor]”<sup>65</sup>.

## **B) El “derecho a determinar la residencia del menor”: ¿título legal o parte del deber de cuidar al niño?**

**38.** El Convenio de La Haya de 1980, así como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, subrayan la importancia que tiene para el niño la continuidad de los cuidados diarios que recibe en un entorno determinado por parte de la persona que atiende sus necesidades para que, una vez adulto, pueda alcanzar su pleno potencial. El supuesto subyacente es que al niño le conviene no quedar traumatizado por una privación repentina de la figura referencial responsable de su entorno: “la conducta en cuestión es la que *modifica las relaciones familiares* [...] utilizando al niño y convirtiéndolo así en instrumento y víctima principal de la situación”. En este contexto, la referencia a

<sup>63</sup> J. DEVANEY, “Chronic child abuse and domestic violence: children and families with long-term and complex needs”, *Child and Family Social Work*, 13(4), 2008, pp. 443-53, p. 452. M. ERIKSSON, M. HESTER, “Violent Men as Good-Enough Fathers? A Look at England and Sweden”, *Violence Against Women*, 7(7), 2001, pp. 779-98.

<sup>64</sup> La bibliografía sobre la sustracción de menores en contextos de violencia contra la mujer es tan amplia como, por desgracia, la jurisprudencia, véase el proyecto “Protection of Abducting Mothers in Return Proceedings: Intersection between Domestic Violence and Parental Child Abduction” recuperado en <https://research.abdn.ac.uk/poam/resources/reports/>. B. QUILLEN, “The New Face of International Child Abduction: Domestic-Violence Victims and Their Treatment Under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction”, *Texas International Law Review*, 2014, p. 621; M. FREEMAN, N. TAYLOR, “Domestic violence and child participation: contemporary challenges for the 1980 Hague child abduction convention”, *Political Science*, 2020, pp. 154-175 “Cuando se reconoce que el maltrato al niño puede producirse a través de la violencia entre los progenitores, es evidente el carácter centrado en el niño de la no devolución del niño al estado de residencia habitual. Por supuesto, es totalmente posible que un niño que está separado de uno o ambos padres mantenga relaciones personales y contacto directo con ambos padres de forma regular, incluso cuando residen en países diferentes, y el derecho a hacerlo en el artículo 9 está, en sí mismo, sujeto a que el interés superior del niño sea atendido por dicho contacto (artículo 9.3)” (énfasis añadido).

<sup>65</sup> *Re S (A Child) (Abduction: Rights of Custody)*, [2012] UK Supreme Court 10,9, High Court, Family Division, [2011] EWHC 2624 (Fam), de fecha 30 de agosto de 2011; Court of Appeal (Thorpe, Longmore and McFarlane LJ), [2011] EWCA Civ 1385, de fecha 14 de diciembre de 2011.

los niños “retenidos indebidamente” pretende abarcar aquellos casos en los que el menor, con el consentimiento de la persona que normalmente tiene su custodia, *se localiza en un lugar distinto al de su residencia habitual y no es devuelto por la persona con la que se encontraba*”.<sup>66</sup>

39. En este contexto, el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1980 se basa en el principio de que la custodia -entendida como el cuidado real de un niño- incluye entre los diversos deberes y “derechos relativos al *cuidado de la persona del niño*”, aunque también “el derecho a determinar el lugar de residencia del niño”. En este marco, la situación de una madre que se hace cargo de su hijo, cuando trasladada su residencia al extranjero, ejerciendo su libertad de circulación, junto con sus responsabilidades materno-filiares del cuidado del menor, no esperaba que fuera acusada de “sustracción de menores” bajo el régimen del Convenio de La Haya de 1980. Desde nuestro punto de vista, una interpretación autónoma de los artículos 3 y 5 del Convenio de La Haya es que tuvieran en cuenta la necesidad de dar a las palabras empleadas una interpretación con coherencia y uniforme no habría conducido a este resultado.

#### a) Noción de “Custodia”

40. El caso *Abbott v. Abbott* [130 S.Ct. 1983 (2010)] consolida una interpretación del Convenio de La Haya de 1980, que parece claramente contraria a su función original. Un niño nacido en los Estados Unidos vive temporalmente en Chile con sus padres, siendo la madre también ciudadana estadounidense y el padre de nacionalidad británica. Sus progenitores fueron expatriados allí a raíz de una oportunidad laboral del padre, astrónomo de profesión. Como ninguno de ellos tenía un verdadero apego a Chile, en el momento de su separación su deseo común era “volver a casa” con el niño. Este temor mutuo había llevado a ambos a solicitar a las autoridades chilenas “órdenes de no retorno” en relación con el menor. En Chile, la madre estaba a su cargo -lo tenía en custodia-, mientras que el padre tenía el derecho de visita, “incluyendo visitas cada dos fines de semana y durante todo el mes de febrero de cada año”. No existiendo razón alguna para continuar en Chile, la madre preparó su regreso a “su casa” y se instaló en Texas con el niño, violando la “orden de no *exeat*”.

41. El juez Kennedy transformó artificialmente la “prohibición de salida” chilena en un “derecho de custodia”, subvirtiendo así el significado de la custodia y la ilicitud en el Convenio de La Haya de 1980. Al calificar la orden de *ne exeat* obtenida por el padre como un derecho de custodia, el traslado puede considerarse ilícito, lo que permite ordenar la devolución del menor. Los comentaristas más autorizados acogieron con satisfacción la inversión del significado original de “custodia” y de “ilícito” en el Convenio de La Haya de 1980, por dos razones discutibles. La primera se refiere a la evidente disparidad de la protección de los derechos de custodia y los derechos de visita en su marco jurídico. Desde la perspectiva de un adulto, parecía desigual conceder una protección casi exclusiva a uno de los progenitores -el que tiene la custodia- en comparación con el otro - al que se le otorga el derecho de visita-.<sup>67</sup> En la medida en que dedicaba 12 artículos a la protección del primero (artículos 8 a 20) y sólo uno a la protección del segundo, se afirmó que el Convenio de La Haya de 1980 necesitaba un ajuste a favor del progenitor investido de derechos de visita - normalmente el padre<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Véase el considerando 57 del Informe Pérez-Vera.

<sup>67</sup> Véase el debate en Suiza con vistas a la reforma del derecho de custodia: M. ANTOKOLOSKAJA, “Shared Residence from a Comparative Perspective: A Solomon’s Judgement New-Style”, en A. BÜCHLER, M. MÜLLER-CHEN (des) Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag. 2011, p. 81; C. BRUCH, “The promise and perils of a Protocol to the 1980 Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction”, *ibid.*, pp. 237-249; A. BUCHER, “Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international, La famille dans les relations transfrontalières”, Symposium en droit de la famille, 2013, pp. 1-68 criticando la degradación del derecho de custodia.

<sup>68</sup> L.J. SILBERMAN, “The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents: A Perspective from The United States and Europe- Abbott, Neulinger, Zarraga”, *Oklahoma Law Review*. 2011, Vol. 63, p. 733.

42. La segunda razón se refiere al argumento de la “discriminación inversa” de los padres en los procedimientos relativos a los hijos<sup>69</sup>. El valor de ambos argumentos decae en cuanto cambiamos el enfoque de la perspectiva del adulto a la del niño. En consonancia con el Convenio de La Haya de 1980 y la CDN de la ONU de 1989, que estaban -y siguen estando- centrados en la persona del menor, resulta fácilmente comprensible que la importancia de garantizar la continuidad en la respuesta a sus necesidades cotidianas fundamentales y que tenga prioridad sobre la garantía de las relaciones del niño con ambos padres<sup>70</sup>. Así lo subraya Pérez-Vera en su informe, en la página 65, donde recuerda que “los problemas que pueden derivarse de la vulneración del derecho de visita, especialmente cuando el niño es trasladado al extranjero por su custodia, se plantearon durante la decimocuarta sesión”; sin embargo, “la opinión mayoritaria fue que tales situaciones no podían ponerse en la misma categoría que el traslado ilícito que se pretende evitar”.<sup>71</sup>

43. En su origen, el mecanismo de restitución se configuró teniendo en cuenta los recursos previstos por el derecho continental para proteger la posesión de *buena fe*. En el modelo previsto por la protección posesoria de origen romano, no es necesario evaluar quién es el legítimo propietario para reintegrar a un poseedor *de buena fe* tras un expolio. El recurso a la protección posesoria se concede tras una evaluación *prima facie* de una posesión pacífica anterior con la tolerancia de los demás.<sup>72</sup> En consecuencia, el Convenio de La Haya de 1980 se refiere a “los derechos de custodia que, *prima facie*, se ejercían legítimamente y de hecho”. Asimismo, el informe Pérez-Vera señala que “el Convenio no se ocupa de la ley aplicable a la custodia de los niños. De hecho, las referencias a la ley del Estado de la residencia habitual del niño tienen una importancia limitada, ya que la ley en cuestión sólo se toma en consideración para establecer el carácter ilícito del traslado”<sup>73</sup>.

44. El Convenio de La Haya de 1980 pretendía restablecer el *statu quo* en los casos en que el niño había sido sacado bruscamente de un entorno pacífico en el que solía ser cuidado con la tolerancia del otro progenitor<sup>74</sup>. En lugar de dar a los artículos 3 y 5 una interpretación autónoma y uniforme, cen-

<sup>69</sup> N.L. BROWNE, “Relevance and Fairness: Protecting the Rights of Domestic Violence Victims and Left-Behind Fathers Under the Hague Convention on International Child Abduction”, *Duke Law Journal*. 2011, pp. 1193-1238.

<sup>70</sup> Véase *Hunter v Murrow* [2005] England and Wales Court of Appeal Civil Division 976: “Los casos de este tribunal que defienden el límite entre el artículo 5(a) y 5(b) del Convenio son, más recientemente, *Re: V - B (Abduction: Custody Rights)* [1999] 2 FLR 192 y en *Re: P (Abduction Consent)* [2004] 2 FLR 1057. En ambos casos, la sentencia principal fue dictada por Ward LJ. En el primero de estos casos dijo en el punto 198 H: - “Me parece, por lo tanto, que el enfoque adecuado para la consideración de si los derechos del padre equivalen o no a derechos de custodia es considerar la expresión en sentido amplio, tratando de darle un significado universal pero que preserve la distinción esencial entre, por un lado, los derechos de custodia que sólo deben ser modificados por los tribunales de la residencia habitual del niño, para cuya consideración el niño debe ser devuelto rápidamente, y, por otro lado, los derechos de visita, cuya protección no requiere un recurso tan draconiano y que pueden ser salvaguardados en el país al que los niños habrán sido trasladados legalmente y no de forma ilícita.”

<sup>71</sup> *Ibid.* párrafo. 65.

<sup>72</sup> *Ibid.* párr. 120, con referencia a la posibilidad de pedir ayuda a las Autoridades Centrales para determinar dicha legitimidad. Véase, a este respecto, Holman J. en *Re C (Abduction: Consent)* [1996] 1 F.L.R. 417; *P (A Child)* [2004] EWCA Civ 791

<sup>73</sup> *Ibid.* en 36.

<sup>74</sup> *Ibid.* en 72, donde se señala que el “enfoque [...] del Convenio [...] se apartó del puro y simple reconocimiento internacional de los derechos de custodia atribuidos a los padres, el Convenio puso su énfasis en la protección del derecho de los niños a que se respete la estabilidad que es tan vital para ellos. En otras palabras, el Convenio protege el derecho de los niños a que no se alteren los aspectos emocionales, sociales, etc. de sus vidas, a menos que existan argumentos legales que garanticen su estabilidad en una nueva situación. Este enfoque se refleja en el ámbito de aplicación del Convenio, que se limita al derecho de custodia efectivamente ejercido. Además, esta noción se justifica en el marco de las relaciones internacionales por un argumento complementario que se refiere al hecho de que en este contexto particular surgen con bastante frecuencia decisiones contradictorias, que en el fondo son poco útiles para proteger la estabilidad de la vida del niño”. (énfasis añadido). Véase, a este respecto, <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0275.htm>; Full Court of the Family Court of Australia (Brisbane); Appellate Court]. *The Director General, Department of Families, Youth and Community Care v. R. Bennett* [2000] Fam CA 253 “el texto elaborado por la Primera Comisión (al igual que el Anteproyecto elaborado por la Comisión Especial) había limitado las posibles excepciones a la norma relativa a la restitución del menor a una consideración de las situaciones de hecho y de la conducta de las partes o a una evaluación específica de los intereses del menor. [Si se admite] la posibilidad de que se deniegue la restitución de un menor sobre la base de argumentos puramente jurídicos extraídos del derecho interno del Estado requerido, un derecho interno que podría entrar en juego en el contexto de la disposición citada, ya sea para “evaluar” la lucha reclamada

trada en el concepto de “custodia” entendido como “cuidado diario”, se están interpretando mediante el Derecho internacional privado, con lo que la búsqueda de la ley aplicable al “derecho a determinar la residencia del menor” hace depender la ilicitud del contenido de la norma aplicable a la patria potestad.<sup>75</sup> Este cambio en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 ha creado importantes escollos. En vez de observar “quién cuida del niño”, se prestó atención a “quién es el titular del título legal para determinar dónde debe residir el niño”, lo que motivó a que el mismo comportamiento se caracterizara de forma diferente, según la ley aplicable<sup>76</sup>.

**45.** Además, este cambio parece legitimar un retroceso a la antigua idea de los niños como propiedad de los padres (basada en un título legal), que es precisamente el mal que el Convenio de La Haya de 1980 pretendía eliminar. En consecuencia, una limitación desproporcionada de la libertad de circulación del progenitor que se hace cargo del niño afecta cada vez más a la vida de los menores. La asimilación de las violaciones de los derechos de visita a las de los “derechos de custodia”, siempre que existiera un “derecho de veto” del progenitor no custodio en la ley aplicable a los derechos de custodia, también ha ocasionado la ampliación de la noción de sustracción. En consecuencia, dicha ampliación de la noción revierte en la necesidad de introducir excepciones a la restitución, haciendo que éstas fueran “menos excepcionales” de lo que se pretendía en un principio.

En otras palabras, se quiere decir lo siguiente: hoy en día, dentro de la noción de “sustracción de menores”, no sólo se incluyen los casos en los que un menor es retirado del entorno familiar constituido por su progenitor principal de referencia, sino también los casos en los que un menor transfiere su residencia con su progenitor principal de referencia.

**46.** Los casos de sustracción de menores del entorno familiar rara vez están motivados por la necesidad de proteger al menor del peligro, por lo que sólo excepcionalmente puede invocarse el artículo 13(1)b. En cambio, los casos de traslado ilegal de la residencia del menor con la del progenitor principal de referencia están motivados con mucha más frecuencia por el deseo de escapar de una situación de violencia contra la mujer. Por lo tanto, en estos casos, será más frecuente la necesidad de invocar el artículo 13(1)b. Por tanto, la ampliación del concepto ha tenido el efecto de perjudicar potencialmente la eficacia del mecanismo de devolución, ya que exigía una interpretación igualmente amplia para poder defender la no devolución<sup>77</sup>.

---

por el progenitor desposeído o para valorar si la acción del sustractor estaba fundada en derecho [...] la estructura del Convenio [se vería considerablemente alterada]”.

<sup>75</sup> Cabe recordar que, en 2010, el TJUE declaró explícitamente en el asunto C-400/10 PPU, J. McB. V. L. E. , ECLI:EU:C:2010:582, en el párrafo. 41, que: “Dado que el “derecho de custodia” se define así en el Reglamento nº 2201/2003, se trata de un concepto autónomo e independiente del Derecho de los Estados miembros. De la necesidad de una aplicación uniforme del Derecho de la Unión y del principio de igualdad se desprende que los términos de una disposición de dicho Derecho que no hace referencia expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance deben recibir normalmente una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión, habida cuenta del contexto de la disposición y del objetivo perseguido por la normativa en cuestión (sentencia C-66/08, *Kozłowski*, Rec. 2008, p. I-6041, apartado 42 y jurisprudencia citada). Por consiguiente, a efectos de la aplicación del Reglamento nº 2201/2003, el *derecho de custodia incluye, en todo caso, el derecho de la persona titular de dicho derecho a determinar el lugar de residencia del menor.*” (énfasis añadido).

<sup>76</sup> En muchas jurisdicciones, la responsabilidad parental de los padres no casados depende del acuerdo de la madre o de una orden judicial. Esto hace que la situación de los padres no casados sea diferente según la ley aplicable a la responsabilidad parental. Véase, por ejemplo, <http://www.incatat.com/> ref.: HC/E/UKe 6 [25/03/1998; High Court (England); First Instance] *Re W. (Child Abduction: Unmarried Father)* [1999] Fam 1, [1998] 2 FLR 146, [1998] Fam Law 452.

<sup>77</sup> La introducción de un mecanismo draconiano en el Convenio de 1980 responde a dos objetivos que el Convenio de La Haya de 1980 pone en pie de igualdad: la protección del niño víctima de la sustracción y la prevención general de las sustracciones de niños. Así, se prevé un mecanismo poderoso con la esperanza de que funcione como elemento disuasorio. El mismo mecanismo se vuelve peligroso cuando se aplica a casos no extremos, en los que “razones objetivas que tienen que ver con su persona, o con el entorno con el que está más estrechamente relacionado” justifican el traslado. “Por lo tanto, el Convenio reconoce la necesidad de ciertas excepciones a las obligaciones generales asumidas por los Estados de garantizar la pronta restitución de los niños que han sido trasladados o retenidos ilegalmente. En su mayor parte, estas excepciones no son más que ilustraciones concretas del principio demasiado vago por el que se afirma que el interés del menor es el criterio rector en este ámbito” (Informe Pérez-Vera). En estos casos, “una decisión de no restitución del menor puede vulnerar sus derechos fundamentales en la misma medida que una decisión de restitución”, I. PRETELLI, “Child Abduction and Return Proceedings”,

## b) Persistencia de la diferencia entre el cuidado diario y la responsabilidad legal

47. El hecho de trasladarse no es, *per se*, una violación del derecho del niño a mantenerse en el entorno en el que se ha criado durante un tiempo determinado. El supuesto subyacente es que la parte más importante del entorno del niño en la primera infancia está representada casi exclusivamente por su cuidador principal. Por esta razón, y posiblemente como reacción a la influencia legal del precedente establecido por *Abbott contra Abbott*, Austria ha admitido inequívocamente que:

(“1) En la medida en que el cuidado y la crianza lo requieran, el progenitor autorizado *tendrá también derecho a determinar el paradero del niño*. Si éste se encuentra en otro lugar, las autoridades y los órganos del servicio de seguridad pública, a petición de un progenitor autorizado, ayudarán a determinar el paradero del menor y, en caso necesario, también a recuperarlo.

(2) Si los padres se han puesto de acuerdo o el tribunal ha determinado cuál de los progenitores custodios va a cuidar del niño principalmente en su hogar, *ese progenitor tendrá el derecho exclusivo de determinar el lugar de residencia del niño*.

(3) Si no se ha determinado en qué hogar se va a cuidar principalmente al niño, el lugar de residencia del niño sólo podrá trasladarse al extranjero con el consentimiento de ambos progenitores o la autorización del tribunal. Al decidir sobre la autorización, el tribunal tendrá en cuenta tanto el *interés superior del niño como los derechos de los padres a la protección contra la violencia, la libertad de circulación y la libertad de ocupación*.<sup>78</sup>

48. El derecho a tomar decisiones sobre el niño debe tener en cuenta cuál de los progenitores es responsable del cuidado diario del niño. Antes del desarrollo de la Convención, ninguna tradición jurídica atribuía el “derecho a determinar la residencia del niño” a una persona distinta de la que acogía al niño en su casa y lo cuidaba diariamente. Evidentemente, la decisión sobre la residencia del menor, sin dejar de ser libre, debe cumplir con la limitación de no elegir una residencia que impida al otro progenitor tener cualquier contacto con el menor. Sin embargo, tal y como están las cosas, cada uno de los padres se ha convertido en rehén del otro en lo que respecta a su libertad de movimiento<sup>79</sup>. Ya hemos visto la distinción que hace el derecho islámico entre *hadana* -que debe considerarse como el cuidado real del niño en respuesta a sus necesidades diarias- y *wilaya* -el derecho a tomar decisiones por el niño-. La misma separación de roles está presente, por ejemplo, en Japón, donde la autoridad para gestionar los asuntos legales y los bienes del niño - *Shinken* - puede ser retenida por uno de los progenitores, mientras que al otro se le adjudica el cuidado, control y educación del niño - *Kangoken*<sup>80</sup>. En Suiza, después de que se afirmara *obiter* que no tiene sentido ejecutar una orden de restitución contra una “madre sustractora” si las autoridades del Estado del que se ha trasladado al menor le conceden la custodia,<sup>81</sup> el artículo 5 de la Ley federal suiza “sobre la sustracción internacional de menores y los Convenios de La Haya sobre la protección de menores y adultos”, del 21 de diciembre de 2007, califica de “situación intolerable” lo siguiente “a. la colocación con el progenitor que presentó la solicitud no responde manifiestamente al in-

Directorate General for internal policies policy. department C: Citizens’ rights and constitutional affairs, Legal affairs, ‘Recasting the Brussels IIa regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings’, pp. 4–14 and “Original Aporiae in the 1980 Child Abduction Convention and in the Brussels II System”, *iFamZ*. 2019, pp. 275–279.

<sup>78</sup> Véase § 162 del Código Civil austriaco (ABGB) tras la *Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 - Kind-NamRÄG 2013*, BGBl. I Nr. 15/2013 y el informe explicativo: 2004, der Beilagen XXIV. GP, Regierungsvorlage, Vorblatt und Erläuterungen, p. 23: „Wenn und sobald die Eltern eine Vereinbarung getroffen haben, welcher Elternteil das Kind in seinem Haushalt hauptsächlich betreut oder das Gericht die Betreuung des Kindes im Haushalt eines Elternteils festgelegt hat, soll diesem Elternteil nach § 162 Abs. 2 des Entwurfs das alleinige Wohnbestimmungsrecht zukommen. Esto también se aplica a la verificación de las viviendas en el extranjero”. Véase U. ZARTLER, J. HIERZER, “Efforts to cut the Gordian knot. A sociological analysis regarding legal aspects of post-divorce parental responsibility”, en U. ZARTLER, V. HEINZ-MARTIN, O. ARRÁNZ-BECKER, *Family Dynamics after Separation A Life Course Perspective on Post-Divorce Families*. 2015, p. 219-234.

<sup>79</sup> Basta con decir que el ordenamiento jurídico italiano exige, para expedir el pasaporte a uno de los progenitores, el consentimiento por escrito del otro.

<sup>80</sup> Véase C.P.A. JONES, F.S. RAVITCH, *The Japanese Legal System*. 2019, pp. 3017–310, pp. 3017-310.

<sup>81</sup> ATF 130 III 530 ss, 534 aprobado por A. BUCHER, “The new Swiss Federal Act on International Child Abduction”, *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 139–165, p. 160. Véase también la decisión del ATF de 13 de septiembre de 2001, 5P.160/2001/min.

terés superior del niño; b. el progenitor sustractor no está, dadas todas las circunstancias, en condiciones de ocuparse del niño en el Estado en el que éste tenía su residencia habitual inmediatamente antes de la sustracción o si esto no puede exigirse razonablemente a este progenitor [...]<sup>82</sup>.

49. En resumen, el cuidado diario del niño ha incluido siempre, por definición, el derecho a elegir libremente una residencia, siempre que la elección no prive al niño de una relación familiar.<sup>83</sup> El texto del Convenio de La Haya de 1980 también se basó en las premisas de esta distinción. A este respecto, las limitaciones al derecho de libre circulación de los padres deben respetar el principio de proporcionalidad. Aun reconociendo la progresiva difusión de la custodia compartida, el informe Pérez-Vera mantiene un concepto de ilicitud que se basa claramente en la subversión del entorno del menor y no en la necesidad de proteger al titular de un título jurídico sobre el menor.<sup>84</sup>

### III. El interés superior del niño frente a la confianza mutua de los Estados miembros de la UE

50. El deseo de mejorar las normas de La Haya de 1980 sobre la sustracción de menores impulsó la segunda y tercera refundición del Reglamento de Bruselas II<sup>85</sup>. A raíz de una iniciativa francesa, se incluyó una sección sobre la sustracción de menores en dicho texto<sup>86</sup>. A consecuencia de las preocupantes estadísticas sobre los resultados de los procedimientos de restitución en lo que respecta a los niños franco-alemanes, el Reglamento 2201/2003 de la UE reformuló el mecanismo de restitución para los casos intracomunitarios<sup>87</sup>. La frecuencia de las órdenes de no devolución llamó la atención sobre un problema bastante recurrente en la aplicación de los tratados y declaraciones sobre derechos humanos. Lamentablemente, cuando se ratifican instrumentos multilaterales de protección de los derechos humanos, los Estados parecen estar motivados -al menos en parte- por el deseo de salvaguardar su reputación internacional y no siempre se comprometen realmente a aplicarlos<sup>88</sup>. A este respecto, tras la ratificación

<sup>82</sup> La letra c del artículo 5 exige la consideración adicional del acogimiento familiar como alternativa en el interés superior del niño.

<sup>83</sup> Véase, por ejemplo, TEDH, *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, App. No 31679/96, 25 de enero de 2000, ECHR2000-I 241, s 106; *Sylvester v. Austria*, App. Nos 36812/97 y 40104/98, 24 de abril de 2003, pts 58, 68-72; *HN v. Polonia*, App. No 77710/01, 13 de septiembre de 2005, pts 72-5, 80-83.

<sup>84</sup> Véase el parágrafo. 71 del informe Pérez-Vera «Ahorá bien, desde el punto de vista del Convenio, el traslado de un niño por uno de los cotitulares sin el consentimiento del otro, es igualmente ilícito, y esta ilicitud se deriva en este caso concreto, *no de una acción que infrinja una ley particular*, sino del hecho de que dicha acción ha ignorado los derechos del otro progenitor que también están protegidos por la ley, y ha interferido en su ejercicio normal [...]...] Pretende, más sencillamente, *evitar que una decisión posterior sobre el asunto se vea influida por un cambio de circunstancias provocado por la acción unilateral de una de las partes*” (traducción mía).

<sup>85</sup> K. BOELE-WOELKI, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, (ed.), *Brussels II bis: its impact and application in the Member States*. Antwerpen: Intersentia, 2007.

<sup>86</sup> Véase la iniciativa de Reglamento del Consejo relativo a la ejecución recíproca de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita a los hijos presentada por Francia el 3 de julio de 2000 Francia, DO C 234 de 15.8.2000, p. 7.

<sup>87</sup> Véase el informe «International abduction of children by one of the parents», de 3 de junio de 2002, por Michael Hancock (Doc. 9476 en <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=9757&lang=EN>): evaluando que los padres abandonados franceses y alemanes estaban llamando la atención con huelgas de hambre; Whitney, Craig R. In *Child Custody, Germany Is Tough on the French*. The New York Times. 2 de agosto de 1999, sección A, p. 3 y en línea en <https://www.nytimes.com/1999/08/02/world/in-child-custody-germany-is-tough-on-the-french.html>. Véase también *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía*, (nº 31679/96) TEDH 2001, relativo a los niños retenidos ilegalmente por su padre en EE.UU. y luego en Rumanía y nunca devueltos a Francia, donde solían vivir bajo la custodia de su madre.

<sup>88</sup> Véase, por ejemplo, el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, sobre la adecuación del marco jurídico internacional relativo a la violencia contra la mujer, A/72/134, del 19 de julio de 2017, en el que se hace suya la opinión de que «la práctica de los Estados y la *opinio juris* sugieren que la prohibición de la violencia de género contra la mujer ha evolucionado hasta convertirse en un principio de derecho internacional consuetudinario” y se observa que “el principal reto al que se enfrenta la lucha contra la violencia de género contra la mujer” es “la falta de incorporación y aplicación plenas de las normas internacionales a nivel nacional” (párrafos 79, 84-85). Son raras las decisiones que caracterizan las normas que protegen los derechos humanos como normas imperativas y son raras las decisiones que reconocen obligaciones *erga omnes* para proteger los derechos humanos. Véanse, sin embargo, las autorizadas decisiones y opiniones expresadas por A.A. CAÑADO TRINDADE, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. 2001,

del Convenio de La Haya de 1980, se ha constatado que algunos países eluden sus normas a la hora de ponerlos en práctica, mediante una manipulación consciente de la realidad de las circunstancias que permiten a sus nacionales permanecer en el país con el niño. También se ha denunciado un uso descuidado de las excepciones a la restitución <sup>89</sup>.

**51.** El problema de garantizar una aplicación neutra del Convenio en interés del niño afectado por la sustracción internacional sigue estando en el orden del día de la Conferencia de La Haya. La misma cuestión tomó, inesperadamente, una dimensión totalmente diferente a los ojos del legislador de la UE. Y es que llamó la atención que dicha problemática quede amparada con el principio de “*confiance mutuelle*” proclamada en Tampere en 1999, es decir, la existencia de confianza mutua entre los Estados miembros para dar respuesta a la sustracción internacional de menores<sup>90</sup>. Podemos comprobar que la intención de hacer efectivo el principio de confianza mutua acaba por endurecer el mecanismo de devolución del Reglamento 2201/2003. Una desafortunada analogía con el principio rector de la libre circulación de mercancías ha contribuido probablemente también a una tendencia a concentrar las competencias judiciales en manos del juez del Estado de origen. Esta autoridad es la única competente para decidir sobre la suerte del menor, mientras que al juez del Estado de refugio se le impide impugnar la opinión de su colega.

**52.** Como es sabido, este recurso draconiano reforzado se promulgó en el artículo 11, que establece que una orden de no restitución dictada en el Estado de refugio no puede ser invocada en el Estado de la antigua residencia habitual del menor. En particular, según el apartado 4 del artículo 11, el tribunal del Estado requerido no puede denegar la restitución de un menor basándose en un grave riesgo de daño o en una situación intolerable, si se establece que se han tomado medidas adecuadas en el Estado de origen para garantizar la protección del menor tras su restitución. Y es que si se deniega la restitución sobre la base del artículo 13 del Convenio de La Haya, el tribunal del Estado al que ha sido sustraído el menor debe -en el plazo de un mes- transmitir su decisión y el expediente a los tribunales del Estado de origen, que podrán pronunciarse sobre la custodia y, por tanto, confirmar o denegar la no restitución; las decisiones de custodia, incluida la restitución, tienen un efecto inmediato en todos los Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecutoriedad (*exequatur*) y sin que el Estado de refugio pueda oponerse a ella (artículos 42 y ss. ). Si se deniega la restitución sobre la base de uno de los motivos excepcionales enumerados en el artículo 13 del Convenio de La Haya, el tribunal del Estado del cual el menor ha sido sustraído debe -en el plazo de un mes- transmitir su decisión y el expediente a los tribunales del Estado de origen, que podrán pronunciarse sobre la custodia y, por tanto, confirmar o denegar la no restitución. Por tanto, si la resolución definitiva de custodia implica la restitución del menor, tiene efectos inmediatos en todos los Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecutividad (*exequatur*) y sin que el Estado de ejecución pueda oponerse a ella (artículos 42 y siguientes del Reglamento Bruselas II a).

**53.** Las voces críticas observaron que el interés superior del niño no puede sacrificarse al objetivo político de la disuasión<sup>91</sup>. Consideramos que las normas draconianas son inadecuadas en asuntos de

---

p. 183-265, quien sugiere que existe una convergencia “*en los niveles normativo, hermenéutico y operativo, [...] impulsando al reconocimiento de obligaciones erga omnes*”. Véase también P. PICONE, *Gli obblighi erga omnes tra passato e futuro*, Actas de la Conferencia de Rávena 7-8 de mayo de 2015. Cuestiones de derecho internacional. Disponible en [http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2015/07/Picone\\_Gli-obblighi-erga-omnes-tra-passato-e-futuro.pdf](http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2015/07/Picone_Gli-obblighi-erga-omnes-tra-passato-e-futuro.pdf).

<sup>89</sup> P.R. BEAUMONT, *The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction*. Collected courses of the Hague Academy of International Law. 2008, p. 9.

<sup>90</sup> Véase el considerando 23 del preámbulo del Reglamento 2201/2003 «El Consejo Europeo de Tampere consideró en sus conclusiones (punto 34) que las resoluciones dictadas en el ámbito de los litigios familiares «se reconocerían automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución». *Por ello*, las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor que hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento deben ser reconocidas y gozar de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros, sin necesidad de procedimiento adicional alguno. [...]” Énfasis añadido.

<sup>91</sup> Véanse las observaciones críticas de K. TRIMMINGS, “Child Abduction within the European Union, 2013, p. 150. Véase también R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Conventions*, 2013, pp. 71-90; Th. KRUGER, *International Child Abduction*, The

familia, especialmente cuando se trata de la vida de un niño. Así, la versión dura del mecanismo de restitución de la refundición de Bruselas II no tardó en llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En uno de los primeros casos, *Šneerson y Kampanella contra Italia*, se reconocieron explícitamente los límites de la norma que prohíbe al Estado de refugio intervenir en el litigio<sup>92</sup>. El Tribunal declaró que, incluso si Italia había actuado de acuerdo con la ley, es *decir*, el artículo 11 del Reglamento 2201/2003, “no había abordado los riesgos que habían sido identificados por las autoridades letonas”. Dada la relevancia del principio de confianza mutua para el ordenamiento jurídico de la UE, el contraste entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la evaluación del interés superior del niño se hizo irreductible<sup>93</sup>.

**54.** La nueva refundición intenta solucionarlo, al poner los hechos también bajo el conocimiento del juez de amparo<sup>94</sup>. Las partes pueden incluso optar por litigar la restitución en el Estado de refugio en virtud del artículo 10 del Reglamento 1111/2019.<sup>95</sup> El juez de refugio es competente para dictar medidas provisionales, incluso cautelares, respecto del menor presente en su jurisdicción en virtud del artículo 15. Gracias al artículo 2.1.b), si estas medidas son dictadas por el juez de refugio en el marco de una orden de restitución, pueden circular y permanecer en vigor hasta que sean superadas por las decisiones adoptadas por el tribunal competente en cuanto al fondo. Esto se debe a que, lamentablemente, el artículo 27, apartado 2, prescribe que se puede ordenar la restitución, a pesar del hecho que sea contraria al interés superior del menor consagrado en el artículo 13, apartado 1, letra b), del Convenio de La Haya

---

Inadequacies of the Law, 2011, pp. 87-94 y *passim*; L. CARPANETO, “In-Depth Consideration of Family Life v. Immediate Return of the Child in Abduction Proceedings within the EU”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*. 2014, pp. 931-958; Véase también ATF 130 „Bei der Vollstreckung von Rückführungsentscheiden dürfen (und müssen) schliesslich bis zu einem gewissen Grad auch generalpräventive Gedanken eine Rolle spielen, hängt doch die Autorität des Übereinkommens im Wesentlichen von der Frage ab, ob die gestützt darauf ergehenden Urteile überhaupt vollzogen werden“.

<sup>92</sup> Ap. n.º 1437/09, de 12 de julio de 2011, <http://hudoc.echr.coe.int>. p. 85 “[...] La restitución de un menor no puede ordenarse de forma automática o mecánica cuando es aplicable el Convenio de La Haya, como indica el reconocimiento en dicho instrumento de una serie de excepciones a la obligación de restitución del menor (véanse, en particular, los artículos 12, 13 y 20), basadas en consideraciones relativas a la persona concreta del menor y a su entorno, lo que demuestra que corresponde al tribunal que conoce del asunto adoptar un enfoque *in concreto* al respecto”.

<sup>93</sup> El contraste apareció claramente en un caso de una madre tomadora que huía de la violencia de su pareja israelí, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos subrayó que “la consideración primordial a la hora de tomar decisiones sobre el retorno es el interés superior del menor”. TEDH 6 de julio de 2010, *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, n.º 41615/07. En el caso *X c. Latvia*, subrayó además que el interés superior del menor “... no puede entenderse de manera idéntica con independencia de que el tribunal esté examinando una solicitud de restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya o resolviendo sobre el fondo de una solicitud de custodia o de patria potestad, ya que este último procedimiento es, en principio, ajeno a la finalidad del Convenio de La Haya”. Véase también TEDH 15. 5. 2012, *M.R. y L.R. c. Estonia*, n.º 13520/12, párr. 37; Ver C. MOL, TH. KRUGER, «International child abduction and the best interests of the child: an analysis of judicial reasoning in two jurisdictions», *Journal of Private International Law*. 2018, pp. 421-454; M. C. BARUFFI, “A child-friendly area of freedom, security and justice: work in progress in international child abduction cases”, *Journal of Private International Law*. 2018, pp. 385-420; P. BEAUMONT, L. WALKER, J. HOLLIDAY, Conflicts of EU courts on child abduction: the reality of Article 11(6)-(8) Brussels IIa proceedings across the EU. *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 211-260; H. KELLER, C. HERI, “Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*. 2015, pp. 270-296; P. McELEVAY, “The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?”, *Netherlands International Law Review*, 2015, pp. 365-405; F. TROMBETTA-PANIGADI “The European Court of Human Rights and the best interests of the child in the recent case law on international child abduction” en N. BOSCHIERO et al. (eds), *International courts and the development of international law: essays in honour of Tullio Treves*, 2013, pp. 599-611; H. VAN LOON, Statement of the Secretary General of the Hague Conference on Private International Law at the 41st meeting of the Committee of Legal Advisers on Public International Law. Strasbourg, 17 March 2011. <http://www.hcch.net/upload/coe2011.pdf>.

<sup>94</sup> Véase COM(2016) 411, p. 3 “El llamado ‘mecanismo de anulación’ [añadido para] tener un efecto disuasorio más fuerte sobre el posible progenitor sustractor [...] ha resultado difícil porque los procedimientos de custodia no tienen lugar en el Estado miembro en el que se encuentra el menor y porque el progenitor sustractor no suele cooperar[ sic] !”.

<sup>95</sup> *A contrario* en el considerando 22. Ver C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictiva en el Derecho internacional privado de familia”, *Revista Española de Derecho Internacional*. 2020, p. 101-116; ID. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, Party Autonomy in International Family Law, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 408, 2020, argumentando que el artículo 12 del Reglamento 1111/2019 permite a las partes una elección más amplia del tribunal (también en comparación con el Convenio de La Haya de 1996), en particular en la norma del apartado 3 que se refiere a la existencia de una “conexión sustancial con el niño” siempre que la elección cumpla con el “interés superior del niño”.

de 1980, es decir, “si se han tomado las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”<sup>96</sup>- Estos acuerdos pueden incluir órdenes de protección en virtud del Reglamento (UE) n° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de las medidas de protección en materia civil, según el cual es posible reconocer inmediatamente una medida de protección ordenada en un Estado miembro para proteger la vida, la integridad sexual y prevenir la violencia, la intimidación y el acoso.<sup>97</sup> Pero, ¿qué sentido tiene ordenar la restitución del menor si el progenitor en cuyo interés se solicita el retorno no puede acercarse al menor porque está sujeto a una orden de protección? ¿Existe un derecho del menor a desarrollar un vínculo de relación con una persona violenta? Como ya se ha mencionado, esta norma, inspirada en las consideraciones de disuasión antes mencionadas, contradice la letra y la sustancia del régimen del mecanismo de restitución<sup>98</sup>.

55. Además, el prejuicio sobre el abuso del artículo 13(b) del Convenio de La Haya de 1980 debe analizarse con el conocimiento que:” la repercusión de los estereotipos y los sesgos de género, que dan lugar a respuestas inapropiadas ante la violencia de género contra las mujeres y a una falta de confianza en ellas, en particular en lo que respecta a las presuntas acusaciones falsas de maltrato infantil y violencia doméstica; expresa asimismo su preocupación por la falta de formación de los jueces, los fiscales y los profesionales del Derecho; destaca la importancia de las medidas dirigidas a combatir los estereotipos de género y los sesgos patriarcales mediante la educación y las campañas de sensibilización;”<sup>99</sup> y ha llevado a mantener el “mecanismo primordial” para los casos más delicados de sustracción de menores que implican a las madres.

56. Para responder a las comprensibles preocupaciones que suscitan estos casos, el apartado 1 del artículo 56 permite al juez de tutela suspender la ejecución para evitar que el menor sufra un “grave riesgo de daño físico o psicológico debido a impedimentos temporales surgidos después de dictarse la resolución, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de las circunstancias”. En definitiva, a pesar de las contradicciones indicadas, estas soluciones parecen intentar conciliar el mecanismo primordial con la necesidad de cumplir los requisitos fundamentales de los derechos humanos y las preocupaciones sobre el régimen europeo que ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

#### IV. La diferencia entre las sustracciones parentales y los traslados ilegales de residencia

57. El 21 de noviembre de 2019, la *Cour de cassation* se pronunció sobre una excepción de retorno basada en el artículo 13 b) del Convenio de La Haya. La madre y el niño habían salido de Japón hacia Francia, aunque su traslado de residencia vulneraba el derecho de custodia del padre. Era fácilmente predecible que si la progenitora regresaba a Japón y solicitaba el divorcio, la custodia del niño y la patria potestad se confiarían al padre, y que no sólo se vería privada de sus derechos parentales, sino que también existiera el riesgo de que se viera privada de todo contacto con su hijo. Y es que hay un peligro de que no se pudiera obtener un visado permanente, ocasionando el perjuicio de no poder permanecer

<sup>96</sup> B. MUSSEVA, «The recast of the Brussels IIa Regulation: the sweet and sour fruits of unanimity», Foro ERA. 2020, pp. 129-142 recuerda que, como se explica en el considerando 45, “los posibles acuerdos podrían incluir, por ejemplo, una orden judicial que prohíba al solicitante acercarse al niño, una medida provisional, incluso de protección, que permita que el niño permanezca con el progenitor sustractor que es la carrera principal hasta que se tome una decisión sobre el fondo de los derechos de custodia, [traducción mía]”. Ver M. ŽUPAN, S. LEDIĆ, M. DRVENTIĆ, «Provisional Measures and Child Abduction Proceedings», *Pravni Vjesnik Dios*. 2019, pp. 9-30; I. PRETELLI, “Provisional Measures in Family Law and the Brussels II Ter Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, 2019, pp. 113-148.

<sup>97</sup> El reconocimiento automático de la medida, acompañado de un certificado multilingüe, es temporal (12 meses) aunque la medida nacional tenga una duración mayor.

<sup>98</sup> También B. MUSSEVA, (nota 97) observa que estas “obligaciones implican al tribunal en el proceso de búsqueda de disposiciones que podrían afectar a sus consideraciones hasta el momento y llevar a la decisión de retorno a pesar del grave riesgo establecido en el EM de origen” (traducción mía).

<sup>99</sup> Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños (2019/2166(INI)).

cerca de su hijo<sup>100</sup>. La *Cour de cassation* rechazó su excepción de retorno, ya que “no se puede prejuzgar la situación jurídica que podría crear un procedimiento de divorcio en Japón”, junto a la no posibilidad de la madre para permanecer en Japón, hecho muy probable, aunque no se quedó demostrado<sup>101</sup>. Por parte de la recurrente, se esgrimió otro argumento a las circunstancias expuestas: desde el traslado de madre e hijo a Francia, el padre no había estado en contacto con el niño. Desde nuestra opinión, en lugar de dar relevancia a esta circunstancia en favor de la madre, se argumentaba que el niño, en Japón habría estado en contacto con ambos progenitores, al tener más posibilidades la madre de desplazarse y estar con su hijo en dicho país.

**58.** Estos argumentos están en contradicción con el propósito original del Convenio, que era el de erradicar una concepción propietaria de los niños e impedir la concesión automática de los derechos parentales al padre, sobre todo pensando en sociedades patriarcales en las que se le otorga al hombre el papel de cabeza de familia. Estas consideraciones, así como la aplicación restrictiva de la excepción de riesgo grave basada en consideraciones de disuasión o en un volátil “interés abstracto de los niños a no ser secuestrados”, no terminan por encajar. Más aún, la *Cour de cassation* debería haber reflexionado sobre el hecho de que el interés del niño franco-japonés era vivir en un entorno no estresante y al cuidado de la persona que realmente se ocupaba de él, por lo que se debería conceder a esta última unas condiciones asequibles para ganarse la vida.<sup>102</sup>

**59.** Estos casos de sustracción son a menudo un intento desesperado del progenitor, principal figura de referencia, para que el niño experimente una nueva vida, ofreciéndole un marco de vida en el que pueda desarrollar su personalidad en un entorno más favorable, o al menos no tóxico. Resulta paradójico que ante situaciones de este tipo se dé preferencia al derecho del niño a tener contactos con ambos progenitores sobre el derecho del niño a ver satisfechas sus necesidades materiales y afectivas, y a que se le proporcionen los medios necesarios para su normal desarrollo físico y mental<sup>103</sup>.

**60.** La disuasión no puede funcionar en estas situaciones: es al menos cuestionable creer que la no devolución del menor al Estado de residencia habitual fomenta la sustracción. A pesar de que se emitan sistemáticamente órdenes de restitución, ello no hace que las mujeres víctimas de la violencia desobedezcan leyes para protegerse a sí mismas y a sus hijos. Existen madres que luchan por su vida y la de sus hijos, ya que están más preocupadas de su seguridad física que de las implicaciones legales del secuestro. El funcionamiento de Convenio de 1980 y del Reglamento Bruselas II bis viene ocasionando que existan mujeres que permanezcan en una relación abusiva, socavando así el objetivo principal, conseguir el interés fundamental del menor<sup>104</sup>. Por otra parte, si nos centramos en la mediación como

---

<sup>100</sup> Ch. CHALAS, “La primauté légale de l’intérêt concret sur l’intérêt abstrait: l’exception au retour de l’enfant déplacé illicitement”, *Droits de l’enfant : chronique d’actualité législative et jurisprudentielle* n° 19, *Les Petites Affiches* 24 mars 2021, n° 159, observa que en un discurso dirigido a la comunidad francesa en Tokio el 26 de junio de 2019, el propio presidente de la República denunció que, en Japón, el mantenimiento del vínculo familiar entre un padre no japonés y su hijo está amenazado cuando el otro padre es japonés.

<sup>101</sup> El derecho interno de Japón no contempla la patria potestad conjunta de los dos progenitores tras su divorcio, ni el establecimiento de una residencia alterna. Sin embargo, desde su adhesión al Convenio de La Haya de 1980 y a la CDN, Japón ha reforzado las medidas de ejecución de las órdenes de restitución mediante una ley de 10 de mayo de 2019, que entró en vigor el 1 de abril de 2020.

<sup>102</sup> Véanse las preocupantes conclusiones de D. VURI, “Joint custody law and mothers’ labour market outcomes: evidence from the USA”, *Journal of Population Economics*. 2018, pp. 1203-1237; R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention*. 2013, p. 59 y nota 47, subraya que obstaculizar un traslado al extranjero con el hijo “agrava la desventaja económica que invariablemente sufren las madres como resultado de las desigualdades socioeconómicas estructurales... como resultado de la discriminación en el mercado laboral contra las mujeres y/o las responsabilidades de crianza de los hijos que han perjudicado el desarrollo de la carrera” (traducido de inglés); P. PARKINSON, “Family Law and the Indissolubility of Parenthood”, *Family Law Quarterly*. 2006, p. 263; M. FREEMAN, “Relocation Research: Where re we now?”, *International Family Law*, 2011, p. 138.

<sup>103</sup> M. FREEMAN, N. TAYLOR, «Domestic violence and child participation: contemporary challenges for the 1980 Hague Child Abduction Convention», *Journal of Social Welfare and Family Law*. 2020, pp. 154-175.

<sup>104</sup> M.H. WEINER, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, *Fordham law review*. 2000, p. 593-706, p. 632.

herramienta para solucionar la sustracción internacional, puede que ésta se convierta en un campo en el que se despliegue la violencia contra las mujeres<sup>105</sup>.

61. Y es que, en ocasiones, los acuerdos firmados entre las partes no siempre representan una solución justa<sup>106</sup>. Así se reconoce en la refundición del Reglamento de Bruselas II , pues del artículo 25 se desprende que la mediación no siempre es la mejor respuesta a seguir, especialmente en presencia de violencia de género o violencia doméstica.<sup>107</sup> El considerando 43 subraya la razón de ser del artículo 25 al referirse a este brutal fenómeno. En suma, las políticas públicas pueden servir para una correcta aplicación de los derechos fundamentales de los niños, orientando su atención hacia el menor, sus necesidades y el equilibrio que debe aparecer en el derecho a mantener el contacto con ambos padres. En circunstancias específicas, cuando exista violencia contra la mujer, es necesario encontrar una armonía entre el derecho de los niños a tener contacto con ambos padres y el derecho de los niños a una crianza serena<sup>108</sup>.

## 1. El contrapunto de las desigualdades

62. Detrás del problema de la sustracción parental de menores suelen existir tres fenómenos diferentes y característicos, cada uno de los cuales requiere políticas específicas y soluciones jurídicas *ad hoc*<sup>109</sup>.

## 2. Tres fenómenos diferentes

### A) Niños traídos de países occidentales al país de referencia cultural

63. El primer fenómeno, que fue abordado específicamente por el Convenio sobre Sustracción de Menores de 1980, se refiere al desplazamiento ilícito de menores por parte de padres cuyas referencias culturales chocan con el principio fundamental de la igualdad de género en el derecho de familia. Las sustracciones de niños por parte de familiares también pueden entrar en este patrón de “choque de civilizaciones”. De hecho, cuando estas sustracciones se refieren a casos no contemplados en el Convenio, las leyes penales nacionales se convierten en el único instrumento de disuasión<sup>110</sup>, además de los esfuerzos diplomáticos destinados a proteger al niño sustraído. Otras dos pautas en este fenómeno se

<sup>105</sup> P. CHARBONNEAU et al., *Mediation in cases of domestic abuse: Helpful option or unacceptable risk? The final report of the Domestic Abuse and Mediation Project*. Maine Court Mediation Service.; N. THOENNES, P. SALEM, J. PEARSON, *Mediation and domestic violence: Current policies and practices*. Center for Policy Research Denver, CO. y Association of Family and Conciliation Courts. 1994; R. GEFFNER, M.D. PAGELOW, *Mediation and child custody issues in abusive relationships*. Behavioral Sciences and the Law. 1990, pp. 151 - 159.

<sup>106</sup> Rh. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention And Re-Relocation Disputes*, International Journal of Law, Policy and The Family, 2021, pp. 1-36.

<sup>107</sup> R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Oxford/Portland 2013, p. 415. M. BROSCHE, C. MARIOTTINI, *EUFAMS II: Facilitating Cross-Border Family Life: Towards a Common European Understanding Online Final Conference*, Max Planck, Luxembourg, 20.12.2019, disponible en [www2.ipr.uni-heidelberg.de/eufams/index.php?site=projektberichte](http://www2.ipr.uni-heidelberg.de/eufams/index.php?site=projektberichte) el 30 de abril de 2021, p. 23; C. PAUL, *The Role of Family Mediation in Matters of Parental Responsibility*, Directorate General for internal policies policy. department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, 'Recasting the Brussels IIa regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings', p. 18 y ss.

<sup>108</sup> Por ejemplo, prácticas nocivas como la mutilación genital femenina, el matrimonio infantil y/o forzado, la poligamia, los delitos cometidos en nombre del llamado honor y la violencia relacionada con la dote no pueden excluirse de una consideración global en nombre de doctrinas como la *comitas gentium*.

<sup>109</sup> Debo el título de este párrafo a las punzantes observaciones de J. D'ASSUNÇÃO BARROS, "Igualdad y diferencia: una discusión conceptual mediada por el contrapunto de las desigualdades", *Revista Brasileira de Educação*. 2018, pp. 1-25. <https://doi.org/10.1590/S1413-24782018230093>.

<sup>110</sup> En el caso de un tío que secuestró a un niño de tres años de su madre (*DPP v. Moustafa Ismaeil* [2012] IECCA 36 de julio de 2011), McCartan J. declaró lo siguiente: "Los hechos de este caso son, además, lo suficientemente graves como para preguntarse si la pena máxima de siete años prescrita por el Oireachtas es realmente suficiente para disuadir a quienes están decididos a secuestrar a un niño de la manera calculada y premeditada en que se hizo en el presente caso." (traducido del inglés).

han convertido en los supuestos más frecuentes del Convenio, en relación con el cambio de la interpretación del “derecho de custodia” tras el caso *Abbott v Abbott*. Se refieren al traslado ilegal de los hijos al extranjero por parte de las madres<sup>111</sup>.

## B) Niños alejados de un entorno de violencia

65. En uno de los escenarios del tipo “madre secuestradora”, las progenitoras viajan con los hijos para escapar de un entorno misógino y sexista que les provoca ansiedad y depresión. En este modelo de “violencia contra la mujer”, el traslado de residencia debe considerarse como un ejercicio responsable de los deberes parentales hacia el niño. Por ello, el artículo 13(1)(b) debe aplicarse sin sacrificar el interés superior del menor implicado a consideraciones políticas de gobierno. En este caso, el orden público puede servir aquí al interés superior del niño como una defensa importante contra el relativismo cultural. Tal y como ha aclarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las consideraciones políticas sobre la prevención general (disuasión) no tienen *locus standi* frente a los derechos fundamentales de la infancia. La pauta de “violencia contra la mujer” no se produce necesariamente cuando la residencia habitual de la madre y del hijo antes del traslado se localizaba en un país en el que todavía se encontraban sometidos a valores patriarcales. Puede ocurrir también cuando las madres son objeto de violencia en países que, aunque reconocen formalmente la igualdad de género, aún subsiste (o donde parte de la población vive) una aceptación social de la misoginia y del sexismo.

## C) Niños llevados al país donde el padre tiene mejores oportunidades de trabajo y cuidado

66. Por último, la tercera pauta, la más reciente y complicada, consiste en que los padres expatriados desean volver “a casa”<sup>112</sup>. La dimensión de género de este tercer patrón debe evaluarse cuidadosamente a la luz de la frecuencia de los casos en que las mujeres siguen la oportunidad de trabajo de su pareja, en comparación con otras situaciones en que lo hacen los hombres.<sup>113</sup> Cuando las mujeres siguen a los hombres expatriados, como ocurrió en el caso *Abbott c. Abbott*, o cuando se instalan en el país de su marido, como ocurrió en el caso *Zarraga c. Pelz*, la separación de su pareja elimina el único motivo de su traslado al extranjero<sup>114</sup>. Pueda que exista un claro desequilibrio en el grado de integración de la madre en comparación con el del padre. Lo mismo ocurre cuando es el padre quien ha seguido a la madre a su país de origen y se encuentra menos integrado en el tejido social del país de su pareja.

67. La diferencia de integración puede explicar mejor la aparición de un sesgo nacionalista inadmisibles, ya que se detecta en los jueces en los litigios sobre la custodia de los hijos una tendencia de favorecer a sus propios nacionales. Es probable que un progenitor español residente en España tenga un conocimiento más profundo de la lengua, la cultura y el sistema jurídico españoles en comparación con su pareja extranjera recién llegada a dicho Estado<sup>115</sup>. La comparativamente mejor integración de cada progenitor en su respectivo país de origen crea *de facto* desigualdades de armas a lo largo de todo el

<sup>111</sup> N. LOWE, et al. A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf> ha recogido datos que indican que las solicitudes de restitución fueron presentadas por los padres contra las madres en el 73% de todos los casos y que el 58% de las personas sustraídas viajaron a un Estado del que eran nacionales. Lamentablemente, no se dispone de datos desglosados.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 279.

<sup>113</sup> Véase R. SCHUZ, The Hague Child Abduction Convention and Re-Relocation Disputes, *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2021, 1-36.

<sup>114</sup> Véase el TJUE 22. 12. 2010, C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*; 15. 7. 2010, C-256/09, y 9. 11. 2010, C-296/10, *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez*.

<sup>115</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, Party Autonomy in International Family Law, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 408, 2020 pp. 184-188: explica que las normas de autonomía de la voluntad que permiten la elección de la ciudadanía como factor de conexión pueden ser relevantes para defender la identidad cultural de las partes.

proceso del litigio: desde la búsqueda de un abogado adecuado hasta la explicación al juez de la complejidad de la situación familiar. En el ámbito UE, donde la libertad de circulación de los trabajadores es un derecho fundamental del ciudadano, la única forma de salir del modelo de “traslado ilícito” sería promover activamente al máximo las decisiones conjuntas de los tribunales de los países miembros implicados en el traslado ilícito de la residencia del niño<sup>116</sup>. Esta solución puede ser la adecuada para las situaciones en que ambos progenitores son “expatriados” y nunca han pensado en establecerse definitivamente en el país en el que estaban criando a su hijo.

### 3. Tres riesgos correspondientes a las violaciones de los derechos de los niños

68. En general, parece importante restablecer la diferencia original entre “sustracción de menores” y “traslado ilegal de la residencia de un menor” (ya sea por parte de las madres que huyen de la violencia o por parte de uno de los padres expatriados, que residen en el extranjero durante un periodo limitado de su vida), puesto que cada uno de los tres patrones descritos conlleva riesgos específicos para un menor y surgen debido a las características transculturales específicas de su familia.

69. En el primer escenario, el niño se enfrenta al riesgo real de verse privado de un progenitor y, simultáneamente, de parte de su identidad cultural. En el segundo escenario, el niño se enfrenta al riesgo real de estar expuesto a una experiencia violenta y traumática que puede lastrar toda su vida y más allá, afectando también a su propia descendencia o entorno (en virtud de la “compulsión de repetición” freudiana). En el tercer escenario, el menor se enfrenta al riesgo de ser *déraciné*. La norma actual basada en la residencia habitual resolverá el enigma de anclar su infancia a un territorio preservando un *statu quo* que puede no corresponder a una proximidad real de los padres y del niño con la sociedad en la que se encontraban en el momento de la separación. Puede ocurrir, hoy en día, que la residencia habitual del niño responda a un asentamiento temporal en la vida de los padres, elegido funcionalmente por razones laborales y sin una verdadera voluntad de integrarse en ella, es decir, el denominado asentamiento “fluido”.

## V. Conclusiones y propuesta

70. La distinción entre “título” y “posesión” en los derechos reales sirvió de base conceptual para el “mecanismo de restitución” del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Parental de Menores. Dicho mecanismo pretendía restablecer el entorno afectivo del menor, concediendo la custodia al progenitor que había estado velando por las necesidades y el crecimiento del menor con la tolerancia del otro progenitor. El Convenio insiste en los aspectos fácticos de la custodia: el deber de cuidar al niño debe parecer legítimo *a primera vista* y debe practicarse. El derecho al cuidado es un derecho básico del niño, para el que no existe alternativa, y garantiza que reciba alimentación, cobijo, educación y la posibilidad de confiar en la capacidad de su figura de referencia para hacerse responsable de él.

71. Estos valores están protegidos, por ejemplo, por la institución islámica de *la kafala*, basada en una visión del niño como persona vulnerable que necesita ayuda para alcanzar su pleno potencial. El derecho a recibir una atención adecuada se ajusta plenamente a la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989 y está en desacuerdo con los conceptos propietarios existentes sobre los niños<sup>117</sup>. El principio de igualdad exige que se apliquen las mismas normas en situaciones idénticas,

<sup>116</sup> G.P. ROMANO, *Conflits entre parents et entre ordres juridiques en matière de responsabilité parentale, Enlèvement international d'enfants, Saisir le juge ou s'engager dans la médiation?* 2015, p. 81 y nota 46 ; I. PRETELLI, *Child Abduction and Return Proceedings: Directorate General for internal policies policy. department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, 'Recasting the Brussels IIa regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings'*, p. 13.

<sup>117</sup> A. BORRÁS, *The protection of the rights of children and the recognition of kafala. A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*. Antwerp, 2013, p. 77; P. MOROZZO DELLA ROCCA, “Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante ‘kafalah’”, *Gli stranieri*. 2011, p. 15.

incluso que se apliquen normas diferentes en situaciones distintas. Su credibilidad en un determinado ordenamiento jurídico depende del servicio que preste a los seres humanos afectados y de la voluntad de un ordenamiento jurídico de tener en cuenta los valores extranjeros que se ajusten a los universalmente aceptados o, incluso, que ayuden a alcanzar el objetivo universal de asegurar la dignidad humana para todos los seres humanos.

**72.** La justicia transfronteriza siempre tiene que conciliar el particularismo y el universalismo. Lo hace pasando constantemente de uno a otro. Al decidir sobre los casos de “sustracción de menores”, el particularismo en el derecho de familia no debe obstaculizar la búsqueda de principios universales como el del interés superior del menor, incluida su protección frente a contextos de violencia contra la mujer en todas sus formas.

**73.** En este sentido, la diferencia entre los diversos fenómenos caracterizados como “sustracciones de menores” en nuestros tiempos requiere una reflexión sobre la necesidad de restablecer la distinción original trazada por el Convenio de La Haya de 1980 entre la “sustracción de menores” en sentido estricto y el “traslado ilícito de la residencia del menor”. En consecuencia, el presente artículo sugiere un primer paso en esta dirección, garantizando la plena protección al cuidado de un niño, tomando en consideración el artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 1980 a tal efecto. La consideración de esa excepción a la restitución es crucial en los casos de traslados ilícitos de la residencia de un menor, ya que ese recurso se pensó y debe seguir limitándose a las sustracciones de menores en sentido estricto. Esta diferencia también es esencial para garantizar la erradicación de los conceptos de propiedad existentes sobre la paternidad, como ya intentó originalmente el Convenio de La Haya de 1980 hace más de cuarenta años.

**74.** También hay que tener en cuenta que la decisión sobre el retorno debe ser rápida, pero seguir siendo temporal. Por otra parte, hay que distinguir los procedimientos de retorno – rápidos y temporales - de los procedimientos de custodia - que tienen carácter de estabilidad. La existencia o no de violencia debe establecerse en los procedimientos de custodia, no en los de regreso temporal. En este último procedimiento, basta con que el tribunal compruebe la existencia de un “riesgo grave de sufrir daños físicos o psicológicos o de quedar en una situación intolerable” como consecuencia de la supuesta violencia y no la existencia de una violencia ya en curso que cause daños físicos o psicológicos o una situación intolerable.

**75.** Una reinterpretación del Convenio de La Haya de 1980 también puede garantizar que las limitaciones a la libertad de circulación de los padres cumplan con el principio de proporcionalidad. Esto ayudaría a restablecer una noción autónoma de ilicitud, basada en las circunstancias relevantes del traslado del niño. El abandono de las prácticas judiciales que hacen referencia a una noción de derecho internacional privado de “derechos de custodia” hará que el foco de atención pase de la protección del “título legal” de una persona sobre un niño a la protección del menor implicado en el traslado de un país a otro como individuo vulnerable que necesita el cuidado adecuado y afectuoso de un adulto o, cuando sea en pro de su interés superior.