

# El *gender mainstreaming* y la protección de los menores en secuestros transfronterizos

## Gender mainstreaming and the protection of minors in cross-border kidnapping

GISELA MORENO CORDERO\*

*Profesora Contratada Doctora  
Universidad de Granada*

Recibido:19.06.2023 / Aceptado:05.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8078

**Resumen:** El presente estudio contiene un análisis detenido de los problemas de integración del *gender mainstreaming* en sustracciones transfronterizas motivadas por la violencia de género. Su objetivo se centra en identificar las tensiones que se manifiestan entre la consideración primordial del interés superior del menor, el derecho a la vida familiar y el “derecho absoluto” del niño a la dignidad humana y a la integridad física y psicológica consagrados en la CDN y los objetivos del CLH 1980. Esta contribución pone de relieve la ausencia de diálogo entre las distintas fuentes que involucran a menores en estos procedimientos y evalúa desde una visión crítica las carencias normativas, interpretativas y de aplicación en clave de género, así como sus consecuencias.

**Palabras clave:** sustracción internacional de menores, violencia de género, medidas de protección, interés superior del menor, derecho a la vida familiar, derechos humanos, CLH 1980, Reglamento Bruselas II ter, CEDH, TEDH.

**Abstract:** This study contains a careful analysis of the integration problems of gender mainstreaming in cross-border abductions motivated by gender violence. Its objective is focused on identifying the tensions that are manifested between the primary consideration of the best interests of the child, the right to family life and the “absolute right” of the child to human dignity and physical and psychological integrity enshrined in the CRC and the objectives of the CLH 1980. This contribution highlights the lack of dialogue between the different sources that involve minors in these procedures and evaluates from a critical perspective the normative, interpretative and application deficiencies in terms of gender, as well as their consequences.

**Keywords:** international child abduction, gender violence, protection measures, best interests of the child, right to family life, human rights, CLH 1980, Brussels II ter Regulation, ECHR, ECtHR.

**Sumario:** I. Introducción. II.El interés superior del menor como valor de referencia universal y su vinculación con el derecho a la vida familiar.1. Consideración primordial del interés superior del menor. 2. El derecho a la vida familiar. Límites al derecho de los hijos a relacionarse con los padres. III. El respeto a la dignidad humana y a la integridad física y psíquica del menor en el ám-

---

\* Esta contribución se adscribe al Proyecto Interinstitucional otorgado por la Secretaría de Investigación de la Universidad Siglo 21 de Córdoba (Argentina) denominación: “Aspectos internacionales en la protección de la personas migrantes y refugiadas: la transversalidad de la perspectiva de género”. Investigadoras Principales: Carmen Ruiz Sutil (Universidad de Granada) y Candela Villegas (Universidad Siglo 21, Argentina), del soy investigadora.

bito familiar. 1. Tratamiento de las situaciones de violencia en la CDN y en la OG 13/2011. 2. La violencia de género en el Convenio de Estambul. 3. Las sustracciones transfronterizas y la violencia de género en el CLH 1980 y en los Reglamentos europeos. 4. El *gender mainstreaming* en los parámetros interpretativos del grave riesgo en la GBP de la Haya de 2019. A) Alcance e interpretación de la excepción del grave riesgo en la GPB. B) Crítica a la GPB. Ausencia de diálogo entre fuentes. IV. La protección de los derechos de los menores en la jurisprudencia del TEDH. Evaluación de los límites al derecho a la vida familiar. V. Conclusiones.

## I. Introducción

1. Una de las cuestiones más controvertidas que se plantean en los procesos de sustracción internacional de menores motivados por la violencia de género es la necesidad de alinear su interés superior con el derecho fundamental a la vida familiar<sup>1</sup> consagrado en el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>2</sup> (en adelante, CEDH), en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>3</sup> (en adelante, CDFUE)<sup>4</sup>, y en los arts. 9.1 y 3 y 10.1 de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989<sup>5</sup> (en adelante, CDN)<sup>6</sup>.

2. Tal necesidad también encuentra respuesta positiva en los objetivos y en las excepciones establecidas en el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CLH 1980)<sup>7</sup>.

Cuando el CLH 1980 establece como objetivo que el menor sea restituido con carácter inmediato al Estado de su residencia habitual anterior y que los derechos de custodia y de visita vigentes en el Es-

<sup>1</sup> En el orden interno español esta correlación se manifiesta en la protección a la familia y a la infancia prevista en el art. 39.1 de la Constitución Española (CE), cuando reconoce que, “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”, entretanto el art. 160.1 del Código civil por el que se reconoce que, “*Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161*”. Por su parte, el Código Penal condena a una pena de prisión de seis meses a dos años al que indujere a un menor de edad o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección a que abandone el domicilio familiar o lugar donde resida con la anuencia de sus padres, tutores o guardadores, y al progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por una autoridad judicial o administrativa (Libro II, Título XII, Capítulo III “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, Sección I, bajo la rúbrica “Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio”, arts. 224 y 225). Por otro lado, en la Sección 2, “De la sustracción de menores”, se incluyen tipos penales castigados con una pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años, pena esta que se impondrá igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad que incurran en este tipo de comportamiento (art. 225 bis).

<sup>2</sup> BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979. Vigencia desde 01 de noviembre de 1998. Revisión vigente desde 01 de junio de 2010. Enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.

<sup>3</sup> “*Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses*”.

<sup>4</sup> DOUEC núm. 364, de 18 de diciembre de 2000. Vigencia desde 18 de diciembre de 2000. Revisión vigente desde 18 de diciembre de 2000.

<sup>5</sup> La CDN se firmó en España el 26 de enero de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990) y ha sido complementada en el art. 39.1.4 de la Constitución Española cuando reconoce que, “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”. Establece la obligación de los Estados parte en orden a la protección del menor frente a los abusos físicos o mentales o cualquier tipo de explotación, y de asistencia en casos de desamparo o motivos de salud, junto a garantías de prestaciones sociales y alimenticias. La entrada en funcionamiento de la CDN supuso un cambio de orientación sustancial en relación con la protección y el reconocimiento de los derechos de los menores y un hito en la protección de su interés superior en los procesos en los que participe el menor como en los casos de secuestro internacional. A partir de ese momento se abandona el tratamiento ofrecido a los menores como meros sujetos pasivos para investirlos de titularidad plena de todos los derechos allí reconocidos, no en función de la edad sino de su capacidad intelectual y volitiva.

<sup>6</sup> La CDN se firmó en España el 26 de enero de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

<sup>7</sup> BOE núm. 2, de 24 de agosto de 1987. Corrección de errores, BOE núm. 155, de 30 de junio de 1989 y BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996.

tado parte de la residencia habitual del menor<sup>8</sup> sean respetados en el resto de Estados participantes, está presuponiendo que el traslado o la retención ilícitos son perjudiciales para su bienestar y que su interés superior se vería protegido si se le restituye al Estado de su residencia habitual anterior. De esta forma se impone a los padres del menor la obligatoriedad de buscar protección ante dichas autoridades, al ser estas las mejores situadas para decidir a lo que resulta más conveniente para el menor<sup>9</sup>.

El interés superior del menor es igualmente protegido cuando el legislador convencional deja abierta la posibilidad de excepcionar la devolución del menor si se configura alguna de las excepciones recogidas en los arts. 12, 13 y 20 del CLH 1980<sup>10</sup>.

3. De estas excepciones en la única que tienen cabida las sustracciones transfronterizas motivadas por la violencia de género es en el “grave riesgo físico o psíquico o situación intolerable” [art. 13.1 b)]. Así planteado, el legislador convencional estaría proporcionando a este tipo de sustracciones una solución respetuosa del interés superior del menor por la vía de las excepciones. Sin embargo, el carácter restrictivo que se imprime al art. 13.1 b) - en los términos que acuña el Informe explicativo del CLH de 1980, y más recientemente la Guía de Buenas Prácticas, aprobada por la Conferencia de la Haya, en diciembre de 2019 (GBP)-, unido a las limitaciones impuestas por el legislador europeo a las sustracciones intracomunitarias, ha provocado que en la práctica esta excepción sea la menos acogida por la autoridad requerida y la que más dudas plantea a la hora de ser aplicada<sup>11</sup>, a pesar de ser una de las excepciones a las que más recurren las madres sustractoras que escapan de la violencia de género.

4. Las restricciones establecidas en torno a la excepción del art. 13.1 b) conducen a la frecuente devolución de menores víctimas de este tipo de violencia. Esta respuesta constituye, en nuestra opinión, una mitigación injustificada de los riesgos que el retorno puede ocasionar al menor y a la madre, pues desconoce el lugar que ocupa el interés superior del menor como valor de referencia irreductible en cualquier proceso en que participe y el “derecho absoluto” del niño a la dignidad humana y a su integridad física y psicológica, en los términos consagrados en los arts. 3.1 y 19.1 de la CDN, en la Observación general N° 14, de 29 de mayo de 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior tenga una consideración primordial (OG14/2013)<sup>12</sup>, en la Observación general No. 13, de 2011 a no ser objeto de ninguna forma de violencia (OG 13/2011)<sup>13</sup>, y en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul)<sup>14</sup>.

5. Tales restricciones obvian, además, la repercusión de la violencia de género en los menores y en sus madres.

Las estadísticas incorporadas al informe de la European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), de 3 de marzo de 2014, titulado “Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala

<sup>8</sup> E. PÉREZ VERA, “Informe explicativo del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, punto 9, pp. 1-44, p. 3 [http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez\\_vera\\_elisa\\_informe\\_explicativo\\_del\\_convenio\\_de\\_la\\_haya\\_de\\_1980.pdf](http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf). En este sentido véase asimismo AAP de Asturias, de 30 de abril de 2007 y AAP de Barcelona, sección 18ª, de 13 de marzo de 2012.

<sup>9</sup> J. GILLEN, “La seguridad del niño a su retorno. El Convenio de la Haya y la violencia doméstica, ¿amigos o enemigos?, un punto de vista desde el *common law* respecto de las interpretaciones del artículo 13(1) b) del Convenio de la Haya en el contexto de la violencia doméstica, *The Judges' Newsletter*, Vol. XI, Tomo XI, 2006, pp.19-22, pp. 19 y 20.

<sup>10</sup> F.J. FORCADA-MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *REDI*, n.º 68-2, 2016, pp. 337-346; Id., “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millennium DIPr.*, n.º 3; pp. 11-12; J.J. CASTELLÓ PASTOR, “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, n.º 1, 2018, pp. 561-567.

<sup>11</sup> Según un estudio realizado en el 2008 alrededor del 4% del total de los casos de sustracciones transfronterizas fueron denegadas por este motivo, el 17% por oposición del menor, el 15% porque este carecía de residencia habitual en el Estado requirente y el 13% por integración del menor (art. 12 CLH 1980). Consúltense cita 3 del Proyecto de Guía de 2017, p. 1.

<sup>12</sup> De las Naciones Unidas CRC/C/GC/13, Convención sobre los Derechos del Niño (Distr. General 18 de abril de 2011).

<sup>13</sup> De las Naciones Unidas CRC/C/GC/14, Convención sobre los Derechos del Niño (Distr. General 29 de mayo de 2013).

<sup>14</sup> BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

de la UE” son reveladoras de este flagelo. Dicho informe confirma que el 73 % de las madres que han sido víctimas de violencia física o sexual por parte de su pareja aseguran que al menos uno de sus hijos ha sido consciente de esa violencia<sup>15</sup>.

En igual sentido, el último informe estadístico publicado en 2015 por la Conferencia de La Haya expresa que las madres representan el 73% de los sustractores, siendo el 91% de ellas las cuidadoras primarias y que dos terceras partes de las solicitudes presentadas por las madres lo hacen huyendo de la violencia de género, lo que representa el 73%, frente al 24% de padres sustractores (3% restante corresponde a otros familiares)<sup>16</sup>. El informe añade que la tercera parte de las mujeres víctimas de violencia en la pareja han experimentado varios de estos incidentes antes de tomar la decisión de denunciar el incidente más grave. Este comportamiento viene muchas veces motivado por la dependencia financiera y patrimonial del maltratador, lo que las condena a seguir expuestas al riesgo de continuar sufriendo abusos físicos y emocionales, al tiempo que facilita la instrumentalización de los menores.

En el caso concreto de España los informes dejan ver que un 51.7 % de las mujeres que han reconocido su condición de víctima también han reconocido que sus hijos habían sido maltratados. Tres de cada cuatro mujeres asesinadas desde el 2003 hasta la fecha, es decir, más del 75 % eran madres y la mitad de ellas tenían hijos menores de edad que en su mayoría eran hijos/as del agresor. En nuestro país se estima que más de 1600.000 niños viven en un entorno de violencia de género. Desde 2013 hasta el 3 de enero del 2022, 46 menores han sido asesinados por sus padres o parejas de sus madres<sup>17</sup>, cifra que representa el 26% de los homicidios en el ámbito doméstico. A estos datos hay que añadir que las mujeres menores de 18 años y mayores de esta edad hasta los 45 años tardan una media de 8 años y 8 meses en verbalizar la situación de violencia y en denunciar el maltrato<sup>18</sup>, cifra que aumenta significativamente de los 12 a los 26 meses, en mujeres mayores de 45 años, lo que cronifica más si cabe el daño, con el consecuente aumento del clima de temor y de inseguridad en las víctimas.

Más recientemente, la Resolución de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños<sup>19</sup> (Resolución 6/2021), hizo patente que estudios científicos han aseverado que la violencia doméstica en cualquiera de sus modalidades constituye un grave problema social, muchas veces oculto y duradero que origina traumas físicos o psicológicos sistemáticos con graves consecuencias para las víctimas y serias repercusiones en el bienestar emocional, económico y social de toda la familia, con efectos irreversibles para los menores que afectan su desarrollo emocional, psicológico, físico, educacional y sexual, debido a que es perpetrada por una persona en la que la víctima debería confiar. Los estudios que han servido de sustento a esta Resolución también corroboran que las víctimas de este tipo de violencia suelen estar sometidas durante largos períodos de tiempo al control coercitivo del maltratador, caracterizado por la intimidación, el aislamiento y los abusos y que a menudo, los maltratadores recurren a litigios vinculados a los menores para ampliar su poder y control con el único objetivo de seguir causando miedo e intimidación en sus víctimas y suele ser frecuente que el padre maltratador manipule al menor para solicitar la custodia compartida con la clara intención de perpetuar el contacto con la madre tras la ruptura de la relación sentimental<sup>20</sup>. El Parlamento Europeo ha expresado asimismo su profunda preocupación por el alarmante número de

<sup>15</sup> Disponible en, [https://www.google.com/search?q=informe+de+la+European+Union+Agency+for+Fundamental+Rights+\(FRA\)%2C+de+3+de+marzo+de+2014&rlz=1C1VDKB\\_esES991ES991&oq=informe+de+la+European+Union+Agency+for+Fundamental+Rights+\(FRA\)%2C+de+3+de+marzo+de+2014&aqs=chrome..69i57.923j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=informe+de+la+European+Union+Agency+for+Fundamental+Rights+(FRA)%2C+de+3+de+marzo+de+2014&rlz=1C1VDKB_esES991ES991&oq=informe+de+la+European+Union+Agency+for+Fundamental+Rights+(FRA)%2C+de+3+de+marzo+de+2014&aqs=chrome..69i57.923j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8)

<sup>16</sup> N. LOWE, M. EVERALL & M. NICHOLLS, “International Movement Children”, *Law Practice and Procedure*, Jordan Publishing. Ltd., Bristol, 2004, p. 335; “The Outcomes for Children Returned Following an Abduction”, A report by the reunite Research Unit Funded by The Foreign and Commonwealth Office, September 2003, disponible en: [http://takeroot.org/ee/pdf\\_files/library/freeman\\_2003.pdf](http://takeroot.org/ee/pdf_files/library/freeman_2003.pdf)

<sup>17</sup> Estadística de Víctimas Mortales por Violencia de Género. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. Ministerio de Igualdad. <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/home.htm>

<sup>18</sup> Véase estudio sobre el tiempo que tardan las mujeres víctimas de violencia de género en verbalizar su situación, realizado por la Delegación del Gobierno para la violencia de género, disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/home.htm> [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2019/pdfs/Estudio\\_Tiempo\\_Denuncia4.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2019/pdfs/Estudio_Tiempo_Denuncia4.pdf)

<sup>19</sup> DO C 132/27, de 24 de marzo de 2022.

<sup>20</sup> Observación tercera.

feminicidios e infanticidios en Europa cometidos después de que la mujer haya denunciado incidentes de violencia de género<sup>21</sup>.

6. En otro orden, conviene reseñar que, junto a las circunstancias intrínsecas a la naturaleza misma de la violencia de género yacen otros factores relacionados con el grado de protección dispensado a estas en los distintos ordenamientos, una vez retornado el menor, ya que muchos Estados partes del CLH 1980 no disponen de un sistema garantista en materia de protección a las víctimas de la violencia en el ámbito doméstico, ni cuentan con medios económicos suficientes para ofrecer la debida protección a los menores y a las madres que le acompañan.

Esta problemática ha sido también identificada en Estados miembros de la UE. En la observación general 12 de la mencionada Resolución 6/2021, el Parlamento manifiesta su preocupación por las importantes disparidades existentes entre los Estados miembros en la lucha contra la violencia de género ya que no todos los Estados miembros reconocen la violencia en el marco de la pareja o expareja ni como una forma de violencia de género ni como infracción penal. El Parlamento manifiesta además su inquietud ante la situación de las mujeres víctimas de violencia de género que viven en zonas donde escasean las estructuras de apoyo y donde se dificulta el acceso a la justicia y a los servicios públicos y jurídicos para la defensa de sus derechos. De ahí que el considerando AF de la Resolución 6/2012 recabe a la Comisión la necesidad de redoblar sus esfuerzos en promover en todos los Estados miembros la aplicación coherente y concreta de los principios y objetivos establecidos en la CDN “en toda acción pública” en relación con el criterio primordial el interés superior del menor, incluidos los conflictos familiares de alcance transfronterizo<sup>22</sup>. De esta Resolución destaca, especialmente, la referencia que hace un número creciente de conflictos de alcance transfronterizo en materia de responsabilidad parental y custodia de menores resultante de la movilidad intraeuropea y lo problemático que puede resultar el reconocimiento automático de las sentencias en asuntos de custodia en los que interviene la violencia de género<sup>23</sup>.

7. Las razones expuestas ponen de manifiesto que las disposiciones articuladas en torno a los menores no son bien entendidas en el contexto de las sustracciones transfronterizas que traen causa en una situación demostrada de violencia machista<sup>24</sup>, y ello parece traslucir que algo no funciona bien en nuestras normas o, posiblemente, en quienes las interpretan y aplican, lo que precisa ser esclarecido.

8. Sujetos a estos antecedentes, varias son las preguntas que requieren ser respondidas en esta contribución: ¿Queda salvaguardada la consideración primordial interés superior del menor en sustracciones motivadas por la violencia machista cuando el menor es devuelto al Estado de su residencia habitual anterior?; ¿Puede quedar limitado el derecho a la vida familiar en base a tal consideración?; ¿En qué

---

<sup>21</sup> Observación décima.

<sup>22</sup> Téngase presente que el art. 83, apartado 1, del TFUE prevé la posibilidad de establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes”.

<sup>23</sup> El Considerando AE de esta Resolución reconoce que: a) pese a los progresos realizados, informes recientes indican que las víctimas de delitos siguen sin poder ejercer plenamente sus derechos en la Unión; b) que sigue habiendo un número insuficiente de servicios de apoyo especializados y generalistas para las víctimas de violencia en el marco de la pareja o expareja, enfrentándose a dificultades para obtener justicia debido a la falta de información y a la insuficiencia de apoyo y protección; c) las víctimas sufren a menudo una victimización secundaria en los procesos penales y a la hora de reclamar una indemnización; que existen varios casos en los que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los sistemas judiciales no son capaces de prestar apoyo suficiente a las mujeres y los menores víctimas de violencia doméstica, se llega incluso a someter a las víctimas de violencia de género a comportamientos negligentes o comentarios inadecuados cuando denuncian la violencia. En la observación 12 de esta Resolución el Parlamento advierte las importantes disparidades existentes entre los Estados miembros en la lucha contra la violencia de género, unas diferencias igualmente apreciadas en el orden interno de cada Estado sobre todo en las zonas rurales en las que escasean las estructuras de apoyo y donde el acceso a la justicia y a los servicios públicos y jurídicos para la defensa de sus derechos es menos accesible y más difícil.

<sup>24</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 C. CORSO y P. WAUTELET (dirs.), *L’accès aux droits de la personne et de la famille en Europe*, Bruselas, Bruylant, 2022, pp. 145-172, en <http://hdl.handle.net/10481/75015>.

medida contribuirá un diálogo con las fuentes que regulan los derechos de los menores en el contexto de sustracciones transfronterizas en las que medie la violencia de género?; ¿Existe alguna medida capaz de proteger la integridad física y psíquica del menor frente a su maltratador?; ¿Se justifica en estos casos un tratamiento diferenciado en atención a si estamos ante una sustracción intra o extra comunitaria?; ¿Deben recibir un tratamiento normativo especial este tipo de sustracciones?

## II. El interés superior del menor como valor de referencia universal y su vinculación con el derecho a la vida familiar

### 1. Consideración primordial del interés superior del menor

9. El interés superior del menor constituye un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de toda la normativa interna o internacional que atiende a la vulnerabilidad de los menores en todos aquellos ámbitos en que sea necesario ofrecerle algún tipo de protección.

Nos encontramos ante un concepto complejo e indeterminado que exige una evaluación detenida<sup>25</sup> y flexible, orientada a la búsqueda de soluciones que atiendan al interés superior del niño<sup>26</sup>, teniendo en cuenta el contexto, la situación y necesidades personales de los menores<sup>27</sup>, sobre todo cuando este entre en conflicto con otros intereses o derechos consagrados en la CDN o en otros tratados de derechos humanos<sup>28</sup>. En lo fundamental, la finalidad de este principio rector va orientada a garantizar al menor un disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la CDN<sup>29</sup> y su desarrollo holístico<sup>30</sup>.

10. El lugar que este principio ocupa en el entramado jurídico que vincula a los menores queda expresamente asignado en el art. 3, párrafo primero, de la CDN, que al respecto establece:

*“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.*

11. La importancia y repercusión práctica de este principio ha dado lugar a la OG 14/2013 Comité de los Derechos del Niño, cuyo el objetivo es garantizar que los Estados partes de la CDN lo respeten y den efectos al mismo.

En virtud de esta observación, el interés superior del menor debe ser interpretado en su triple dimensión: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo fundamental y como norma de procedimiento<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> Punto 32.

<sup>26</sup> Puntos 36-40.

<sup>27</sup> Puntos 32 y 33.

<sup>28</sup> SSTDH de 21 de junio de 1988 (As. *Berrehab vs. Países Bajos*); de 20 de mayo de 1998 (As. *Aikar vs. Alemania*) y de 25 de mayo de 2004 (As. *Smolnik vs. República Checa*), de 28 de junio de 2005 (As. *Fourchon vs. Francia*) y de 30 de junio de 2005 (As. *Bove vs. Italia*).

<sup>29</sup> Véase el punto 12 de la Observación general núm. 5, sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en el 34 período de sesiones, 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003.

<sup>30</sup> Esta proyección se encuentra recogida en el art. 2.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17/01/1996) cuando reconoce que, “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. La norma establece asimismo criterios generales de interpretación y aplicación de este principio, que serán ponderados teniendo en cuenta una lista abierta de elementos (art. 2.2) que han de ser valorados de manera conjunta, siguiendo los principios de necesidad y proporcionalidad, con el objetivo primordial de evitar que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara (art. 2.3).

<sup>31</sup> Punto 6.

En su dimensión sustantiva, este principio obliga a quien corresponda a adoptar una decisión en la que dicho principio tenga una “consideración primordial” frente a los distintos derechos en juego dentro de la concreta cuestión debatida. Se trata de un factor determinante en la toma de decisiones que impide que el interés superior del niño se sitúe al mismo nivel que el resto de consideraciones. La consideración primordial del interés superior del niño requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de priorizarlos “en todas las circunstancias”, sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los menores, concediendo más importancia a lo que sea mejor para el menor, debido a su situación especial de dependencia, madurez, condición jurídica y vulnerabilidad como pueden ser, por ejemplo, los malos tratos<sup>32</sup>.

Como principio jurídico interpretativo básico fundamental, este principio exige una valoración que satisfaga de manera más efectiva el interés superior de los menores en aquellos casos en los que una norma tolere más de una interpretación.

Como norma de procedimiento, el interés superior del menor obliga a la autoridad competente a vigilar que sus decisiones incluyan una estimación de las posibles repercusiones -positivas o negativas- para los menores, lo que implica que la decisión describa cómo este ha de ser evaluado y ponderado en el entorno que se debate y la importancia que se le ha atribuido dentro de la decisión.

**12.** En suma, la aplicación y evaluación plena del interés superior del menor exige adoptar un enfoque basado en los derechos, con el objetivo de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holística del niño y promover su dignidad humana.

Este enfoque tendrá lugar en dos pasos. En el primer paso, se determinará cuáles son los elementos pertinentes para dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás intereses en juego. En el segundo paso, se exige seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho implicado.

## **2. El derecho a la vida familiar. Límites al derecho de los hijos a relacionarse con los padres**

**13.** Las sustracciones de menores transfronterizas motivadas por la violencia de género son un ejemplo típico de las dificultades prácticas que se plantean en torno al derecho que tiene todo menor a mantener relaciones personales y contactos directos con sus padres de forma periódica, concretado en el derecho a la vida familiar y que su interés superior sea garantizado en todo proceso en el que participe. De ahí la importancia de conocer cómo ha de ser interpretado este principio y en su interacción con el derecho a la vida familiar.

**14.** El preámbulo de la CDN reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, especialmente de los menores. Es en el seno de la familia donde los menores deben recibir la protección y asistencia necesaria para asumir con plenitud su rol dentro de la comunidad, proporcionando de esta forma un ambiente propicio capaz de garantizar un desarrollo pleno y armonioso de su personalidad.

La preservación de la unidad familiar y el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye pues un elemento básico en el régimen de protección de los menores, que debe asegurarse incluso tras el fracaso del vínculo que la constituye<sup>33</sup>. Las crisis matrimoniales o de la pareja fuera del matrimonio no debe interrumpir los vínculos creados con el menor, a menos que existan razones que indiquen que el mantenimiento de las relaciones entre padres e hijos no sea conveniente para los hijos.

---

<sup>32</sup> La situación singular de cada menor presupone que las autoridades y los responsables de la toma de decisiones tengan en cuenta que existen distintos tipos y grados de vulnerabilidad. De ahí que cada situación deba evaluarse de acuerdo con su condición única. Punto 76.

<sup>33</sup> A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *RCADI*, 2000, t. 283, The Hague, Martinus Nijhoff, p. 82

15. El derecho a la vida familiar es un derecho reconocido “a toda persona” en el art. 8 del CEDH y en el art. 7 de la CDFUE<sup>34</sup>. En relación con los menores, este derecho se encuentra previsto en el art. 9.1 de la CDN en los siguientes términos:

*“ Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño ”.*

16. En relación con el art. 19.1 de la CDN la OG 14/2013<sup>35</sup>, precisa que este reconocimiento presupone que la separación de los padres tiene efectos devastadores en los menores. Por este motivo el Estado, antes de recurrir a una medida que implique la separación del menor de su familia, debe proporcionarles el apoyo debido para que estos cumplan sus responsabilidades parentales y restablezcan su capacidad para atender adecuadamente al menor, siempre a reserva de que la separación sea necesaria para garantizar su protección e interés superior. Quiere esto decir que, una medida de implique la separación del menor de uno o de ambos padres tiene carácter excepcional y se articula como último recurso, lo que a su vez implica asegurarse de que sea la única opción que puede satisfacer el interés superior del niño. Así, el derecho fundamental a la vida familiar quedará limitado únicamente cuando el mantenimiento de las relaciones del menor con sus padres sea perjudicial a su interés superior.

### III. El respeto a la dignidad humana y a la integridad física y psíquica del menor en el ámbito familiar

#### 1. Tratamiento de las situaciones de violencia en la CDN y en la OG 13/2011

17. En el contexto de las sustracciones transfronterizas deviene ineludible ponderar todos los elementos que intervienen, a fin de adoptar aquella solución que atienda mejor al interés del menor. En la hermenéutica de este principio interviene un elemento positivo dirigido a resguardar al menor contra el riesgo de violencia o malos tratos en su entorno familiar, como así lo prevé el art. 19.1 la CDN, cuando dispone que:

*“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo ”.*

18. La protección de los menores contra toda forma de violencia representada en esta disposición es otro ejemplo ilustrativo de la preocupación de la Comisión de los Derechos del niño por reforzar y ampliar las medidas destinadas erradicar de manera efectiva las situaciones de violencia que dificultan el desarrollo de los menores.

19. La magnitud y repercusión que presentan las situaciones de violencia en los menores ha dado lugar a que el alcance de esta disposición se haya explicitado en la OG 13/2011<sup>36</sup>.

La visión general que ofrece el Comité de los Derechos del niño en esta observación se construye con el objetivo primordial de prevenir y no justificar ninguna forma de violencia en los menores

<sup>34</sup> Ambas disposiciones contienen la misma definición. “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

<sup>35</sup> Punto 61.

<sup>36</sup> Punto 73.

y toma como punto de partida la importancia nuclear de la familia en la atención y protección del niño y en la prevención de la violencia, al mismo tiempo es también consciente de que la mayor parte de los actos de violencia se producen en el ámbito familiar, circunstancia que precisa adoptar medidas de intervención y apoyo cuando los niños sean víctimas de situaciones generadas en este contexto.

A través de esta norma de extensión se pretende adoptar un paradigma basado en el respeto y la promoción de la dignidad humana y en garantizar la integridad física y psicológica de los menores como titulares de derechos, con la finalidad de que en todos los procesos de toma de decisiones en torno a los menores sea respetado sistemáticamente su derecho a ser oído, a tener en cuenta sus opiniones debidamente y a que su interés superior tenga una consideración primordial, especialmente cuando sea víctima de actos de violencia<sup>37</sup>.

**20.** El art. 19.1 de la CDN, como así se desprende de su literalidad, tiene la firme misión de instruir a los Estados partes sobre la obligatoriedad que les impone la CDN de integrar en sus disposiciones medidas legislativas, judiciales, administrativas, sociales y educativas destinadas a prevenir y combatir la violencia contra los niños con un enfoque basado primordialmente en los derechos del niño<sup>38</sup>.

La OG 13/2011 que desarrolla este precepto parte del reconocimiento de los efectos devastadores de las situaciones de violencia y el grave peligro para la supervivencia de los menores y su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social<sup>39</sup>, y cómo la exposición a la violencia no solo aumenta el riesgo de que el menor sea objeto de una victimización posterior, sino de que acumule experiencias violentas que pueden dar lugar a que posteriormente protagonice comportamientos similares con su pareja<sup>40</sup>.

Cuando la OG 13/2011 se adentra en el análisis del art. 19.1 de la CDN reconoce que, “*el Comité siempre ha mantenido la posición de que toda forma de violencia contra los niños es inaceptable, por leve que sea*”, y aclara, que la expresión “toda forma de violencia” significa que no cabe legitimar ningún tipo o grado de violencia “cualquiera que sea su modalidad”, física o mental (maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal, maltrato o descuido emocional, o exposición a la violencia doméstica)<sup>41</sup>, o su intensidad (leve o grave), puesto que contra los menores “ninguna forma de violencia es legalmente aceptable”<sup>42</sup>, siendo las autoridades estatales quienes garanticen la protección del menor contra toda forma de violencia, y no hacerlo, implicaría una violación de los derechos reconocidos en la CDN<sup>43</sup>.

**21.** La compleja y diversa arquitectura normativa en torno a los menores exige que estas normas tengan un carácter holístico. Este carácter se define en el cumplimiento de tres elementos básicos: a) la diversidad (medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas); b) que sirvan para prevenir y combatir cualquier forma de violencia; y c) que sean generales, es decir, que colmen todos los sectores públicos de forma integrada y cohesiva a través de las intervenciones previstas en el párrafo 2 del art. 19 de la CDN.

La precisión de estos caracteres es concluyente en contextos de violencia de género, puesto que las definiciones que los Estados desarrollen sobre la violencia en sus respectivos ordenamientos internos

<sup>37</sup> Parte introductoria de la OG 13/2011.

<sup>38</sup> Puntos 11 y 13.

<sup>39</sup> La OG 13/2011 han reiterado que son sobradamente conocidas las consecuencias devastadoras que provoca en los menores la violencia y los malos tratos, pudiendo ocasionar entre otras, discapacidad, retraso en el desarrollo físico, la aparición de enfermedades, dificultades en el aprendizaje, problemas en el rendimiento escolar y laboral, y secuelas psicológicas y emocionales (trastornos afectivos, trauma, ansiedad, inseguridad y destrucción de la autoestima, problemas vinculados a la salud mental, ansiedad, trastornos depresivos o intentos de suicidio, así como el abuso de sustancias adictivas o la iniciación precoz en la actividad sexual. Punto 15.

<sup>40</sup> Véase estudio sobre la violencia contra los niños realizado por Paulo Sérgio Pinheiro, Experto independiente del Secretario General de las Naciones Unidas, *Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas* (Ginebra, 2006), pp. 61-66.

<sup>41</sup> Punto 21, inciso e).

<sup>42</sup> Punto 17.

<sup>43</sup> El punto 32 de la OG 13/2011 describe como situaciones de desprotección en las que pueden incurrir los Estados partes: a) la carencia de medios efectivos para hacer cumplir las obligaciones establecidas en la CDN o para valorar, supervisar y evaluar los progresos y las deficiencias de las actividades destinadas a poner fin a la violencia; b) no contar con normas adecuadas; c) no aplicar adecuadamente las normas existentes al momento de detectar, prevenir y combatir la violencia contra los menores o cuando ejercen sus responsabilidades sin tener en cuenta el interés superior, las opiniones o los objetivos de desarrollo del menor.

y las medidas que en tal sentido se articulen, no pueden suponer un menoscabo del derecho a la dignidad humana, a la integridad física y psicológica de los menores debido a su carácter absoluto<sup>44</sup>. En consecuencia, no cabe justificar castigos corporales ni otras formas de castigos crueles o degradantes reñidos con la dignidad humana y con el derecho a la integridad física del niño<sup>45</sup>.

La Comisión insiste igualmente en la conveniencia de elaborar definiciones jurídicas claras sobre las distintas formas de violencia a que hace referencia el art. 19.1 de la CDN, sobre la base de las orientaciones ofrecidas en la OG 13/2011, y alienta a la unificación de las definiciones de violencia a nivel internacional, a fin de facilitar la recopilación de datos y el intercambio de experiencias entre países, así como una lista no exhaustiva de formas de violencia que vinculen a “todos los menores en todos los entornos”, y en “situaciones de tránsito” entre distintos entornos .

**22.** La observación destaca por otro lado la necesidad de aplicar la legislación y los procedimientos judiciales de una manera adaptada a las necesidades del niño, incluidos la posibilidad de los recursos<sup>46</sup> (garantías procesales) y que todas las decisiones que se adopten vayan encaminadas a la protección del menor, salvaguardando su posterior desarrollo y su interés superior, sobre todo, cuando exista un riesgo de reincidencia del autor de los actos de violencia<sup>47</sup>. Junto a ello añade que, las medidas que se adopten por los Estados deben ir dirigidas a contrarrestar los factores de riesgo a que pueden quedar expuestos los menores derivados de la actuación de sus padres o de la familia, especialmente aquellas que tengan un componente de género<sup>48</sup>, así como que se garantice que la situación del niño y la de su familia haya sido evaluada por un equipo multidisciplinar de profesionales especializados, al ser la única manera de comprobar si el escenario en que este se desenvuelve el menor es incapaz de ofrecerle un ambiente de seguridad y protección debidos y si la separación es la única opción capaz de satisfacer el interés superior del menor<sup>49</sup>.

**23.** La apreciación del interés superior del menor a la luz de esta observación presenta un significado meridiano en sustracciones apoyadas en la violencia de género, toda vez que involucra los posibles riesgos y daños futuros y cualquier otra consecuencia que pueda comprometer la seguridad del menor al momento de la toma de decisiones y su incidencia en el derecho a la vida familiar. De esta forma el principio del interés superior del menor cumpliría una función inspiradora en la construcción de normas positivas, y de control, en el momento de su aplicación<sup>50</sup>.

## 2. La violencia de género en el Convenio de Estambul

**24.** En paralelo a las disposiciones aludidas vinculas a la violencia de género emerge el Convenio de Estambul, en vigor en Europa desde el 1 de agosto de 2014<sup>1</sup>. Este Convenio constituye el primer instrumento legal de fuerza vinculante para los Estados participantes y crea un marco jurídico global dirigido a la protección a la mujer contra todas las formas de violencia. Su objetivo es prevenir, perseguir y erradicar la violencia contra las mujeres y las niñas y la violencia doméstica. El Convenio contempla un amplio

<sup>44</sup> Punto 61.

<sup>45</sup> P.S. PINHEIRO, Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas, 2006, pp. 61-66.

<sup>46</sup> Punto 41, inciso i).

<sup>47</sup> En esta misma dirección se inscriben las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a los menores, aprobadas el 17 de noviembre de 2010, adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de los ministros (Versión editada de 31 de mayo de 2011); la Resolución n.º 2 sobre justicia adaptada a los niños y las niñas, adoptada en la 28ª Conferencia de Ministros de Justicia europeos (Lanzarote, octubre de 2007); las Directrices de Naciones Unidas sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños y las niñas víctimas y testigos de delitos (2005) y en la Resolución 65/213 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 21 de diciembre de 2010 (A/RES/65/230).

<sup>48</sup> Punto 72, inciso f).

<sup>49</sup> Punto 74.

<sup>50</sup> A.L. CALVO CARAVACA y, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada, 17ª ed., 2017, p. 536.

abánico de intervenciones que incluyen la recopilación de datos, medidas legales de penalización de las diversas formas de violencia contra la mujer, medidas de protección de las víctimas y servicios de apoyo. Asimismo, aborda la dimensión de la violencia de género en el ámbito del asilo y la migración y crea un mecanismo de seguimiento específico para garantizar una aplicación efectiva de sus disposiciones.

**25.** En el preámbulo del Convenio se reconoce explícitamente que la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer está basada en el género, debido a su posición histórica de subordinación respecto a los hombres generado por estereotipos patriarcales que han limitado ancestralmente sus libertades y su plena emancipación. De ahí que requieran de una protección especial pues cualquier forma de violencia constituye un claro obstáculo para la consecución del derecho de igualdad entre hombres y mujeres y una violación grave de los derechos humanos. La violencia contra la mujer es de este modo entendida como una conculcación de los derechos humanos, reflejando así la toma en consideración de lo establecido en distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>2</sup>.

**26.** El Convenio de Estambul fue firmado por 46 países y ratificado por 34. Y en fecha muy reciente, 1 de junio de 2023, la UE se adhirió al mismo mediante Decisión (UE) 2023/1075 del Consejo<sup>51</sup>, hecho que consolida la capacidad de la UE en su lucha contra la violencia de mujer en situaciones transfronterizas. La celebración del Convenio en nombre de la Unión contribuirá a la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres en todos los terrenos, que es uno de los objetivos y valores fundamentales de la Unión y uno de los principios que considerar de conformidad con los arts. 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea, el art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el art. 23 de la CDFUE. Al comprometerse a aplicar el Convenio, la Unión reafirma su compromiso en la lucha contra la violencia contra la mujer ejercida en su territorio y en todo el mundo, y refuerza su actual acción política y su marco jurídico material en el ámbito del Derecho procesal penal, lo que resulta de particular importancia para las mujeres y las niñas<sup>5</sup>. Sin embargo, la adhesión a este Convenio únicamente afecta a asuntos que sean de la competencia exclusiva de la Unión, siempre que las disposiciones pertinentes del Convenio puedan vincular a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. Por tanto, la adhesión de la UE al Convenio se entiende sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros en lo que respecta a la ratificación del Convenio, para asuntos que sean de su competencia nacional.

**27.** En relación con los menores el Convenio reconoce su condición de víctima de la violencia doméstica o de género, incluso cuando solo la hayan presenciado, y reclama a los Estados parte una protección y apoyo especial a través de la adopción de medidas legislativas u otras necesarias que atiendan adecuadamente sus derechos y necesidades en atención a su interés superior (art. 26). Estas medidas deberán incluir un enfoque de género tanto en la aplicación y evaluación del impacto de las disposiciones del Convenio, como a efectos de promover y aplicar de manera efectiva políticas de igualdad entre hombres y mujeres y la autonomía de estas últimas. Se trata de un reconocimiento saludable por cuanto pretende modificar comportamientos y estereotipos tradicionalmente asignados en función del género y que han dado lugar a que en ciertos contextos la violencia contra la mujer sea normalizada<sup>52</sup>.

La implementación de estas medidas requiere arbitrar un sólido mecanismo que promueva la cooperación internacional (art. 1, en relación con los arts. 62-64) de forma tal que los Estados partes puedan concluir acuerdos de cooperación en materia civil y penal para prevenir, combatir y perseguir todas las formas de violencia hacia las mujeres y proteger y asistir a las víctimas, investigar los delitos, aplicar las sentencias y las órdenes de protección, denunciar desde el país de residencia hechos cometidos en otro Estado parte, así como dar asistencia judicial en materia de extradición o de ejecución de sentencias civiles o penales dictadas en otro Estado (art. 62)<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> DO (EN CUSIVA) LI 143/1, de 2 de junio de 2023.

<sup>52</sup> G. GALLEGOS SÁNCHEZ, "El Convenio de Estambul. Su incidencia en el sistema español de lucha frente a la violencia contra la mujer", *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2015, n.º 2 (EDC 2015/195775, [www.elderecholefebvre](http://www.elderecholefebvre)).

<sup>53</sup> *Ibidem*.

**28.** En el ámbito de la sustracción transfronteriza originada por la violencia de género cobra especial relevancia la regulación contenida en el art. 31, apartados primero y segundo, bajo la rúbrica “Custodia, derecho de visita y seguridad”. El apartado primero de esta disposición, vincula a la autoridad del Estado requirente (Estado de la residencia habitual del menor antes del traslado o retención ilícita), a efectos de que se tomen en consideración las situaciones de violencia previstas en el Convenio a la hora de fijar a cuál de los padres corresponde el derecho de custodia y/o de visita<sup>54</sup>. El apartado segundo, por su parte, afecta al ejercicio de los derechos de custodia o de visita cuando estos pongan en peligro otros derechos y la seguridad de la mujer y de los menores. En base a esta disposición la autoridad requerida en un procedimiento de sustracción internacional podría sustentar la no devolución del menor maltratado al Estado de la residencia habitual anterior, si así lo impidiera el alcance restrictivo de la excepción del art. 13. 1 b) del CLH 1980, normalmente asociada a la existencia o implementación de medidas de protección que garanticen el retorno seguro del menor. Esta disposición resultará igualmente útil en aquellos casos en que dicha autoridad decreta la devolución del menor cuando esta queda sujeta a la adopción de medidas urgentes o provisionales para dar protección a las víctimas de la violencia - madre e hijos/as menores- durante el desarrollo del procedimiento de sustracción internacional<sup>55</sup>.

Las distintas situaciones que aborda el art. 31 quedan condicionadas a lo dispuesto en el art. 51 del Convenio de Estambul, norma que obliga a los Estados partes a proporcionar todas las herramientas necesarias -en forma de medidas legislativas o de otro tipo-, a efectos de que las autoridades competentes puedan realizar una correcta valoración del riesgo de letalidad, de la gravedad de la situación y del riesgo de reincidencia de la violencia. En sustracciones internacionales esta disposición es determinante para la seguridad y apoyo a la madre secuestradora y de los menores secuestrados víctimas de la violencia de género, sobre todo a efectos de apreciar la viabilidad de las medidas provisionales o urgentes que se adopten durante el desarrollo del procedimiento en el Estado requerido para la devolución del menor.

Asimismo, resulta especialmente relevante en el ámbito en que nos movemos lo dispuesto en el art. 56.1, puesto que esta norma reitera la obligatoriedad de los Estados partes para que sean adoptadas las medidas legislativas u otras necesarias para garantizar la protección de los derechos e intereses de las víctimas y testigos de los actos de violencia de género o doméstica en todas las fases de la investigación y de los procedimientos judiciales que se desarrollen. En el caso de los menores, tales medidas deben estar específicamente diseñadas para que se tenga en consideración el interés superior del menor<sup>56</sup>.

**29.** Como se puede advertir las disposiciones del Convenio de Estambul son plenamente concordantes con el espíritu de la CDN y con las observaciones generales de la Comisión de los Derechos del niño antes referidas. Pero esta coherencia se rompe cuando cambiamos a otro nivel de especialización en la normativa convencional e institucional, lo que, como inmediatamente se verá, pone de relieve la ausencia de diálogo entre los distintos textos internacionales encargados de prestar asistencia a los menores.

---

<sup>54</sup> Esta regulación no afecta a la autoridad requerida en un proceso de secuestro pues esta carece de competencia judicial internacional para conocer del fondo. Recordemos que en materia de sustracción internacional de menores la competencia sobre el fondo corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado (artículo 10 RB II *bis* “conservación de la competencia”). Esta competencia se transfiere al Estado miembro hacia donde ha sido trasladado el menor si este ha adquirido una residencia habitual en ese otro Estado, si se configura alguna de las exigencias recogidas en el aludido precepto. Véase STJUE, de 1 de julio de 2010 (*Povse vs. Alpagó*).

<sup>55</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”, *Cuaderno de Derecho Transnacional*, octubre-2018, Vol. 10, n.º 2, pp. 615-641, pp. 621 y 622.

<sup>56</sup> El Convenio establece además una garantía procesal a la tutela judicial efectiva de las víctimas -mujeres y menores- al imponer a los Estados la obligatoriedad de habilitar recursos civiles contra el autor de hecho delictivo (art. 29.1), así como contra las propias autoridades estatales que hubieran incumplido su deber de tomar medidas preventivas o de protección necesarias dentro del límite de sus poderes (art. 29.2). Las víctimas podrán asimismo solicitar una indemnización a los autores de los delitos cubiertos por el Convenio (art. 30.1) y cuando estos o sus responsables subsidiarios -aseguradoras o los servicios sociales y médicos financiados por el Estado- no puedan satisfacerla el Estado debería asumirla, sin perjuicio de una acción de repetición contra los responsables (art. 30.2).

### 3. Las sustracciones transfronterizas y la violencia de género en el CLH 1980 y en los reglamentos europeos

30. El CLH 1980 es el instrumento más importante en materia de sustracción internacional de menores de todos los que vinculan a España en este ámbito. Este Convenio establece un sistema de cooperación de autoridades con un doble objetivo: restituir al menor con carácter inmediato al menor al Estado de su residencia habitual anterior a traslado o retención ilícito, sin entrar en consideraciones sobre el fondo - la atribución o privación de la patria potestad<sup>57</sup>, etc.- (art. 16)<sup>58</sup>; y velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de origen del menor<sup>59</sup>.

31. El Convenio resulta aplicable a toda sustracción internacional de menores de 16<sup>60</sup> que tenga lugar entre Estados partes (103 en la actualidad). Para que para el traslado o retención internacional sea considerado ilícito deben cumplirse dos requisitos cumulativos: a) que se haya infringido un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención<sup>61</sup>; y b) que exista un ejercicio efectivo de la custodia al momento del traslado o retención (art. 3, incisos a y b), y ello, con independencia de que se trate de una atribución de pleno derecho, de una resolución judicial o administrativa o de un acuerdo en vigor según el Derecho del Estado requerido (art. 3, párrafo segundo)<sup>62</sup>.

32. La devolución inmediata del menor como núcleo duro de toda la reglamentación convencional podrá excepcionarse de configurarse las situaciones descritas en los arts. 12, 13 y 20 del CLH 1980<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> Las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado o retenido ilícitamente el menor no podrán decidir sobre la cuestión de fondo relativa a los derechos de custodia hasta que se resuelva negativamente el procedimiento de restitución o haya transcurrido un tiempo razonable para instar la restitución (art. 16).

<sup>58</sup> I. REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, n.º 1, 2019, pp. 877-888, p. 887.

<sup>59</sup> Además del CLH de 1980, España se encuentra vinculada en este ámbito por el Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias sobre custodia de los hijos (BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984) y por el Convenio entre España y Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997 (BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997). M. MOYA ESCUDERO, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 187; Id., “El secuestro internacional de menores”, en A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, *Cuadernos de derecho judicial*, pp. 411-460. Por su parte, la aplicación del Convenio entre España y Marruecos es cada vez más escasa desde que Marruecos ratificara el CLH 1980 el 1 de mayo de 2011. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)”, en A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Colex, 2004, pp. 165-194, pp. 175-190.

<sup>60</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 97, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, t. II, pp. 2013-2210, p. 2132.

<sup>61</sup> El CLH 1980 acoge un concepto autónomo de derecho de custodia que comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, así como el de decidir sobre su lugar de residencia (art. 5), y garantiza asimismo el ejercicio efectivo del derecho de visita, entendido, como el derecho de trasladar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)”, *op. cit.*, p. 182; I. REIG FABADO, “Sustracción internacional de menores. Especial atención a la aplicación del convenio de la Haya 25 octubre 1980 y excepción al no retorno inmediato de la menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, n.º 1, marzo-2021, pp. 966-973, p. 967.

<sup>62</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional privado*, 11ª edic., Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2020, p. 406.

<sup>63</sup> Para un estudio más detenido de las causas de no devolución del menor en aplicación del CLH 80 véase R.S. PAZ LAMELA, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 17, 2013, pp. 675-685; F.J. FORCADA-MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *REDI*, núm. 68-2, 2016, pp. 337-346; Id., “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millennium*

Con carácter general el tribunal competente estará obligado a devolver al menor<sup>64</sup> si ha transcurrido menos de un año desde que se produjo la sustracción o retención ilícita, si bien, dentro de ese término, “podrá” (es discrecional) decretar la no devolución del menor en los siguientes casos: a) si la custodia no es ejercida de hecho o si el traslado ha sido consentido<sup>65</sup> [art. 13 a)]; b) cuando la restitución exponga al menor a un grave riesgo físico o psíquico o lo coloque en una situación intolerable [13.1 b)]; c) por oposición del menor (ar. 13 b) II); y d) por vulneración del orden público del Estado requerido (art. 20). Transcurrido un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos cabría igualmente oponer las referidas causas, además de la prevista en el art. 12.2<sup>66</sup>, que opera, cuando quien se opone a la restitución demuestre que el menor se ha integrado al nuevo medio<sup>67</sup>.

**33.** El CLH 1980, como se observa, es tributario de un sistema normativo equilibrado que conjuga adecuadamente el interés superior menor y el derecho a la vida familiar frente a su doble objetivo, pues, al tiempo que reconoce el efecto negativo que produce en los menores la ruptura abrupta e involuntaria con el padre o la madre no sustractor/a y con el entorno que le rodea (familiares, amigos, relaciones sociales, costumbres, idioma, etc.)<sup>68</sup>, viéndose protegido su interés superior si se le restituye al Estado de su residencia habitual anterior; por otro lado, asume el carácter limitado del derecho a la vida familiar, cuando deja abierta la posibilidad de acordar la no devolución del menor por la vía de las excepciones, si la conservación de tales relaciones resultara perjudicial para el menor<sup>69</sup>.

**34.** Las disposiciones del CLH 1980 han sido además complementadas<sup>70</sup> en desplazamientos y retenciones ilícitas intracomunitarias, primero, por el Reglamento (CE) n.º 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental<sup>71</sup> (RB II bis), y más tarde, por el del Reglamento (UE) n.º 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental,

*DIPr.*, n.º 3; pp. 11-12; J.J. CASTELLÓ PASTOR, “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, n.º 1, 2018, pp. 561- 567. Véanse asimismo los AAP de Baleares, sección 3, de 13 de marzo de 2003; de las Palmas, sección 3, de 10 de marzo de 2009; de Madrid, sección 22ª, de 31 de marzo de 2015, de Vizcaya, sección 4ª, de 28 de junio de 2011 y la SAP de Barcelona, sección 18ª, de 1 de octubre de 2013.

<sup>64</sup> El momento a partir del cual empieza a computarse el plazo previsto en el art. 12 CLH 80 es el comprendido entre la fecha en que el menor tenía que ser devuelto al titular de derecho de custodia (traslado) o la fecha en la que este último no autorizó la extensión de dicho plazo y la fecha de la presentación de la solicitud ante las autoridades del país donde se encuentra el menor. Sobre este extremo véase el informe de E. PÉREZ VERA, punto 108.

<sup>65</sup> M. HERRANZ BALLESTEROS, *Interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Lex nova, 2004, p. 110; F.J. FORCADA-MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *REDI*, n.º 68-2, 2016, pp. 337-346; Id., “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millennium DIPr.*, n.º 3, 2016, pp. 11-12.

<sup>66</sup> E. PÉREZ VERA, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: cuarta reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores (22 a 28 de marzo de 2001)”, *REDI*, 2001, Vol. LIII, n.º 1 y 2, pp. 717-722; R.S. PAZ LAMELA, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *op. cit.*, pp. 675-685.

<sup>67</sup> C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, n.º 2, 2016, pp. 77-91.

<sup>68</sup> M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “El principio del interés superior en supuestos de sustracción ilícita internacional: la jurisprudencia del TJUE y TEDH”, en M.C. GARCÍA GARNICA y N. MARCHAL ESCALONA (dirs.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 637-658, pp. 643-646. Véase asimismo STEDH, de 13 de julio de 2010 (*Fuşcă vs. Rumania*).

<sup>69</sup> I. OTAEGUI AIZPURUA, “Vulneración del art. 8 CEDH por incumplimiento de la obligación positiva de facilitar la restitución de los menores sustraídos”, *AEDIPr.*, t. IX, 2009, pp. 733-749; G. PALAO MORENO, “La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 16, 2002, pp. 225-284, p. 255; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, en S. GARCÍA CANO y M. D. ADAM MUÑOZ (coord.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, 2004, pp. 80-115, p. 89.

<sup>70</sup> F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 282-289.

<sup>71</sup> DO L 338, de 23 de diciembre de 2003.

y sobre la sustracción internacional de menores<sup>72</sup> (RB II ter)<sup>73</sup>, así como por el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, hecho el 19 de octubre de 1996<sup>74</sup> (CLH 1996), para desplazamientos entre Estados partes del CLH 1996 que no lo sean del RB II ter<sup>75</sup>.

**35.** De estos instrumentos destacan las modulaciones que incorporó al art. 13.1 b) del CLH 1980 el art. 11 del RB II bis<sup>76</sup>, ya que dos de ellas imprimen un carácter más restrictivo si cabe a la aplicación originaria de dicha norma. La primera de ellas, es la recogida en el art. 11.4, que dispone lo siguiente:

*“Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”<sup>77</sup>.*

A diferencia de lo que establecido el art. 13.1 b) del CLH 1980, en desplazamientos intracomunitarios, esta excepción no presenta el carácter potestativo que se imprime a esta norma en la versión originaria del CLH 1980. De la literalidad de esta norma se desprende que la autoridad requerida no podrá negarse a devolver al menor, aunque el grave riesgo quede probado, si en el Estado de la residencia habitual de menor se adoptan medidas de protección adecuadas para garantizar que su retorno sea seguro. Esto significa que el margen de discrecionalidad del juez requerido no pesa ya en la demostración del grave riesgo, de hecho, se parte de este presupuesto, sino en la inexistencia o falta de garantías en el Estado requirente de medidas de protección que garanticen que el retorno del menor sea seguro<sup>78</sup>.

Además de esta restricción, el legislador comunitario impone un segundo blindaje ante la posible adopción de una resolución de no devolución del menor en el Estado requerido, esta vez prevista en el apartado 8 del art. 11, a través del denominado “mecanismo de prevalencia”, también conocido como mecanismo de la “segunda instancia” o de “última palabra”. Según esta norma establece:

*“Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitu-*

<sup>72</sup> DO L 178, de 2 de julio de 2019.

<sup>73</sup> M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La reforma del Reglamento (CE) n.º 2201/2003: análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, pp. 767-784, p. 782.

<sup>74</sup> BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

<sup>75</sup> Esta precisión viene contenida en el art. 94 del RB II ter.

<sup>76</sup> Entre ellas: a) dar audiencia al menor en caso de aplicarse los arts.12 y 13 del CLH 80, salvo que no tenga la edad y la madurez suficiente para que su opinión sea tomada en consideración (art. 11. 2); b) la decisión se dictará en un período máximo de seis semanas contados desde la fecha de la interposición de la demanda (art. 24 RB II ter antiguo art. 11.3 RB II ter); c) sujeción de la excepción del art. 13.1 b) a la adopción de medidas de seguridad que garanticen el retorno seguro del menor (art. 27 del RB II ter antiguo art. 11.4 del RB II bis); d) la decisión de no retorno no podrá adoptarse sin escuchar a quien haya solicitado la restitución (art. 26 RB II ter antiguo art. 11.5 RB II bis); e) transmisión inmediata de la decisión de no restitución -vía directa o a través de la autoridad central- al tribunal o a la autoridad central del Estado miembro de la residencia habitual del menor (art. 11.6 y 7); f) notificación a las partes de la decisión de no devolución y demás documentos pertinentes, a la que se suma la invitación a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional en un plazo de tres meses desde la notificación, a fin de que este último examine la cuestión de la custodia del menor; y g) articulación del mecanismo de la segunda instancia o de la última palabra (art. 11.8).

<sup>77</sup> I. REIG FABADO, “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980”, en P. LLORIA GARCÍA (coord.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 220-228; id., “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Revista boliviana de Derecho*, n.º 20, julio 2015, pp. 242-263, pp. 253 y 254.

<sup>78</sup> G. MORENO CORDERO, “Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor”, en Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia, M<sup>a</sup> C. GARCÍA GARNICA y N. MARCHAL ESCALONA (dirs.); A. QUESADA PÁEZ y G. MORENO CORDERO (coords.), Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 607-632, p. 620; Id., “El interés superior del menor y su retorno seguro en sustracciones intracomunitarias fundadas en la violencia de género: el grave riesgo en la Guía de buenas prácticas”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ (dir.), I. LORENTE MARTÍNEZ y L. S. HEREDIA SÁNCHEZ (coords.), *Europa en un mundo cambiante: Estrategia Europa 2020 y sus retos sociales*, Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 119-134.

*ción del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”.*

Este mecanismo ha sido severamente cuestionado por la doctrina<sup>79</sup> debido a los problemas que plantea su ejecución práctica, como así se ha hecho patente en distintas sentencias del TJUE<sup>80</sup> y del TEDH<sup>81</sup>. Con este mecanismo se pretende que la decisión de retorno corresponda al órgano jurisdiccional competente sobre el fondo, asegurando de esta forma las competencias reconocidas a dicho estado en virtud del art. 10 del RB II bis, mediante la revisión de la decisión adoptada por el tribunal del Estado miembro hacia donde ha sido trasladado ilícitamente el menor. La resolución que finalmente se adoptara al abrigo de este mecanismo implicaba la devolución del menor, y esta resolución, una vez certificada<sup>82</sup>, sería ejecutiva en el Estado parte requerido<sup>83</sup>, de conformidad con lo previsto en los arts. 11.8, 40.1 b) y 42<sup>84</sup>, sin que fuera posible oponerse a ella, a menos que resultara incompatible con otra resolución dictada con posterioridad (art. 47.2, párrafo segundo)<sup>85</sup>.

**36.** La entrada en funcionamiento del RB II ter, ha introducido mejoras de calado al sistema arbitrado por el derogado RB II bis. Con carácter general se articula un mecanismo que ha tenido más en cuenta el interés superior ya que algunas de sus regulaciones van dirigidas a impedir que cualquier resolución sirva para exigir “en todo caso” el retorno del menor<sup>86</sup>.

De primeras, el nuevo Reglamento deja intacto el art. 11.4 el RB II bis, dando aquí por reproducidas las mismas consideraciones hechas hace un momento sobre su repercusión. En segundo lugar, y lo

<sup>79</sup> Sobre la crítica del sistema véase C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La supresión del exequátur en el R. 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 63-83; Id., “Orden público internacional y prohibición de control de competencia judicial internacional: asunto C-455/15 PPU, P vs Q”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, n.º 2, 2017, pp. 635-640; M. LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, “La supresión del exequátur en el espacio judicial europeo”, *Diario La Ley*, n.º 7766, 30 de diciembre 2011; R. CARO GÁNDARA, “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición: el Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas”, *Diario La Ley*, n.º 7641, 31 de mayo de 2011; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *op. cit.*, pp. 15-19; M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “El “diálogo” entre el TJUE y el TEDH en torno a la eliminación del exequátur del mecanismo de retorno del Reglamento Bruselas II bis”, en L. GARCÍA ÁLVAREZ y J.M. MARTÍN RODRÍGUEZ (coords.), *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas juridicopolíticas*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 81-94; id., “La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, n.º 1, marzo-2022, pp. 286-312, pp. 305-306.

<sup>80</sup> Las SSTJUE, de 1 de julio de 2010, As. C-211/10, *Povse vs. Alpago* (ECLI:EU:C:2010:400), de 11 de julio de 2008, As. C-195/08, PPU, *Ignia Rinau* (ECLI:EU:C:2008:406), de 5 de octubre de 2010, As. C-400/10 PPU, *McB*, (ECLI:EU:C:2010:582), y de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15 PPU, P y Q (ECLI:EU:C:2015:763). Véanse comentarios a las respectivas sentencias en N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “STJ (Sala 3.a) de 1 de julio de 2010. As. c-211/10. D. Povse c. M. Alpago”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXII, n.º 2, 2010, pp. 235-238; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso Rinau”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 222-235; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “STJ de 5 de octubre de 2010 (asunto c-400/10), J. McB y L. E.”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXII, n.º 2, 2010, pp. 241-244; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Orden público internacional y prohibición de control de competencia judicial internacional: asunto C-455/15 PPU, P vs Q”, *op. cit.*, pp. 635-640.

<sup>81</sup> SSTEDH de 6 julio de 2010 (As. *Neulinger y Shuruk vs. Suiza*); de 9 de septiembre de 2010 (As. *Raban vs. Rumania*); de 12 de julio de 2011 (As. *Sneersonne y Campanella vs. Italia*); de 15 de mayo de 2012 (As. *M.R y M.L vs. Estonia*); de 26 de noviembre de 2013 (As. *X vs. Letonia*); de 21 de septiembre de 2017 (As. *Severe vs. Austria*).

<sup>82</sup> De conformidad con el Anexo IV RB II bis.

<sup>83</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, “La ejecución forzosa de las resoluciones de retorno en las sustracciones internacionales de menores”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 341-365; S. MARTÍNEZ DEL TORO, “El retorno de menores en supuestos de sustracción internacional (arts. 778 quater, 778 quinquies y 778 sexties LEC)”, *Práctica de tribunales: Revista de Derecho procesal civil y mercantil*, n.º 124, 2017, pp. 1-3.

<sup>84</sup> AAP de Madrid, núm. 177/2007, de 3 de julio.

<sup>85</sup> Recordemos que en materia de sustracción internacional de menores la competencia sobre el fondo corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado (art. 9 RB II ter “conservación de la competencia”). Esta competencia se transfiere el Estado miembro hacia donde ha sido trasladado el menor si este adquiere la residencia habitual en ese otro Estado y si se configura alguna de las exigencias recogidas en el aludido precepto.

<sup>86</sup> E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *op. cit.*, p. 145.

que resulta saludable, el mecanismo de prevalencia del art. 11.8 RB II bis ha dejado de ser una instancia adicional para revisar la decisión de no retorno adoptada por el Estado requerido (perdiendo el automatismo del que gozaba)<sup>87</sup>, en la medida que la restitución del menor solo tendrá lugar si del proceso sobre el fondo seguido en el Estado de la residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita implica su devolución.

El mecanismo del art. 29, apartado 3<sup>88</sup>, como cabe deducir de su propia rúbrica (“procedimiento siguiente a la denegación de restitución del menor con arreglo al artículo 13, párrafo primero, letra b), y el artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980”), únicamente se activará cuando se aleguen dichas causas. Y la resolución que se adopte sobre el fondo resultante de este procedimiento, será ejecutable en otro Estado miembro de conformidad con lo dispuesto el capítulo IV del RB II ter (art. 29.6)<sup>89</sup>. Pero, la mayor novedad que incorpora el RB II ter es que flexibiliza el antiguo régimen de reconocimiento y ejecución privilegiado donde no cabía oposición, con el meridiano propósito de asumir en sede de ejecución la incontestable repercusión que en estos procedimientos despliega el interés superior del menor. De esta forma, el RB II ter abre la posibilidad, por un lado, de suspender la ejecución de las resoluciones adoptadas, si la ejecución expone al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico provocado por impedimentos temporales sobrevenidos a la resolución cuya ejecución se pretenda, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias (art. 56.4). Y, por otro, habilita la denegación de la ejecución de la resolución cuando el riesgo grave tenga carácter duradero (art. 56.6)<sup>90</sup>.

Sin duda, el legislador comunitario ha tomado en consideración la problemática que se ha planteado ya en la jurisprudencia en torno al mecanismo de prevalencia<sup>91</sup>, pero a pesar del valioso aporte de algunas de las disposiciones que introduce el nuevo Reglamento respecto de su predecesor tanto en relación este mecanismo como en sede de ejecución, lo es cierto que este instrumento sigue siendo insuficiente puesto que tampoco garantiza la seguridad que exige este tipo de procedimientos en contextos de violencia de género y está lejos de satisfacer el objetivo primordial que debe presidir cualquier procedimiento que afecte a los menores: su interés superior y su dignidad humana<sup>92</sup>.

**37.** Sobre las nuevas regulaciones introducidas por el RB II ter en materia de sustracción internacional de menores la doctrina apunta que no se ha tenido en cuenta que en la mayoría de los casos es la madre la que incurre en este tipo de comportamientos, desconociendo el peligro que representa para el menor y para la madre que le acompaña revivir los episodios traumáticos de violencia protagonizados en dicho país<sup>93</sup>, aunque ello no implique -en el caso de los menores- volver a convivir con su maltratador.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> “Si, en el momento en el que el órgano jurisdiccional dicta una resolución a que se refiere el apartado 1, un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o la retención ilícitos ya conoce del procedimiento para examinar el fondo del derecho de custodia, el órgano jurisdiccional, si tiene conocimiento de dicho procedimiento, transmitirá, en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución contemplada en el apartado 1, al órgano jurisdiccional de ese Estado miembro, directamente o a través de las autoridades centrales, los documentos siguientes...”.

<sup>89</sup> “No obstante una resolución sobre la no restitución a que se refiere el apartado 1, cualquier resolución sobre el fondo del derecho de custodia resultante del procedimiento a que se refieren los apartados 3 y 5 que suponga la restitución del menor será ejecutable en otro Estado miembro de conformidad con el capítulo IV”.

<sup>90</sup> G. MORENO CORDERO, “El interés superior del menor y su retorno seguro en sustracciones intracomunitarias fundadas en la violencia de género: el grave riesgo en la Guía de buenas prácticas”, en *op. cit.*, p.125 y 126; Id., “Proyección normativa de la violencia machista en el secuestro internacional menores intracomunitario: su tratamiento en la jurisprudencia española”, *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la integración*, n.º 8, junio-2018, pp. 1-15, pp. 5 y 12.

<sup>91</sup> Véase en el punto V, STEDH de 18 de junio de 2013 (As. *Povse vs. Austria*).

<sup>92</sup> Véase la reflexión del profesor CARRILLO POZO acerca del tratamiento del interés superior en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. L. CARRILLO POZO, “El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate”, *Bitácora Millennium DIPr.*, 2021, n.º 14, pp. 1-35, p. 7.

<sup>93</sup> En supuestos de sustracción de menores motivados por la violencia de género TRIMMINGS sostiene que los negociadores en la mesa de la UE debieron tomarse más molestias para abordar este tema. El comentarista reconoce que utilizar el motivo de rechazo del grave riesgo para el niño con menos frecuencia no es necesariamente un buen resultado. Hay casos en los que los intereses del niño exigen no devolverlo, y para tales situaciones, el CLH 1980 ha establecido un delicado equilibrio, que el Reglamento perturba. La violencia doméstica no es motivo para denegar la devolución de un niño, sin embargo, cuando las

Tampoco las nuevas regulaciones han incorporado la doctrina sentada por TEDH en relación con los derechos fundamentales<sup>94</sup>.

#### 4. El *gender mainstreaming* en los parámetros interpretativos del grave riesgo en la GBP de la Haya de 2019

##### A) Alcance e interpretación de la excepción del grave riesgo en la GPB

38. Varios y de distinto orden son los factores que se atribuyen a la incorrecta aplicación de la excepción de grave riesgo. Entre estos factores se identifican: brevedad de estos procedimientos y su repercusión en demostración del grave riesgo; cambios en el modelo de responsabilidad parental; vinculación con situaciones especialmente sensibles como la violencia o abusos en el ámbito familiar y con otros motivos de excepción; diversidad de escenarios que engloba el ‘grave riesgo’; aplicación no restrictiva en ciertos casos; e inadecuada valoración de los peligros a los que se expone al menor con el retorno<sup>95</sup>.

39. Sobre la excepción del grave riesgo la Comisión Especial de La Haya ha recordado en distintas reuniones de trabajo la necesidad de que esta excepción sea aplicada de forma restrictiva para no desvirtuar la efectividad del CLH 1980, debiendo ponerse el foco de atención en las medidas de protección<sup>96</sup>. Y lo cierto es que hay estudios que han demostrado que el art. 13.1 b) es una de las excepciones menos acogida por la autoridad requerida y la más controvertida en el orden práctico<sup>97</sup>.

---

madres y los cuidadores principales han sido víctimas de violencia doméstica y se han escapado con sus hijos, las circunstancias de la familia deben tratarse con cuidado a la luz de las circunstancias. Para ello se deben tomar en consideración varias cuestiones: a) que posible que las madres no se sientan seguras para regresar si no existen garantías para ellas y el Reglamento debió abordar este problema insertando garantías para las madres que regresan al país del que han huido debido a la violencia doméstica; b) que los niños pueden sufrir violencia doméstica, incluso si la violencia no está dirigida contra ellos; y c) que para los niños puede resultar traumático regresar sin su cuidador principal. K. TRIMMINGS, “Child Abduction within the European Union”, Oxford and Poland, Hart Publishing, 2013, p. 80.

<sup>94</sup> Sobre las entonces propuestas de reforma del RB II ter y su crítica, la profesora RODRÍGUEZ PINEAU consideró en su día que, “... a pesar de que algunas de las medidas que se incorporan pueden servir para mejorar la situación actual (la concentración de la competencia o la tutela cautelar), la regulación sobre el proceso de restitución europeo parece seguir más orientada a resolver el equilibrio entre tribunales dentro de la UE que a asegurar que se persigue el interés superior del menor en estos supuestos”. E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *op. cit.*, pp. 145 y 146; Id., “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *op. cit.*, pp. 6-9; C. RUIZ SUTIL, “Enfoque de género en la sustracción internacional de menores”, en *El Convenio de Estambul como marco de Derecho antidisriminatorio*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 245-276; Id., “El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista”, en *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, M<sup>a</sup> C. GARCÍA GARNICA y N. MARCHAL ESCALONA (dirs.); A. QUESADA PÁEZ y G. MORENO CORDERO (coords.), Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 581-606; Id., “International removals in contexts of violence between european asylum law and the best interests of the child The CJEU case a. V. B.”, of 2 august 2021, *Yearbook of Private International Law*, 23, pp. 349-363. Véase cita 161.

<sup>95</sup> E. PÉREZ VERA, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: cuarta reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores (22 a 28 de marzo de 2001)”, *op. cit.*, pp. 717-722; G. MORENO CORDERO, “Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor”, *op. cit.*, p. 614.

<sup>96</sup> Las dificultades advertidas por los expertos en relación con todas las cuestiones que atañan a este motivo de excepción han motivado distintas reuniones de trabajo de la Comisión Especial de La Haya –1997, 2001, 2006, 2011 (1ª Parte) y 2012 (2ª Parte)– y cuyas conclusiones requerían de la Comisión una respuesta urgente.

<sup>97</sup> Véase cita 16. Sobre esta complejidad véase, M. GUZMÁN PECES, “Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicable a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, p. 503; J. FORCADA MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Partes I y II)”, *Bitácora Millennium DIPr.*, n.º 3, 2016, p. 32.; Id., “Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción internacional de menores en el siglo XXI y un nuevo marco legal en España”, *AEDIPr.*, t. XVI, 2016, pp. 699-743, pp. 710 -714.

**40.** La escasa cobertura que viene manifestando esta excepción presenta consecuencias altamente peligrosas en situaciones demostradas de violencia de género<sup>98</sup>, debido a que puede provocar con más frecuencia de la deseada que el menor sea devuelto al Estado de la residencia habitual donde se encuentra su maltratador<sup>99</sup>. Y todo parece apuntar a que esta consecuencia puede derivar de la falta de integración de los parámetros normativos y hermenéuticos delineados en los distintos instrumentos que dan protección a los menores antes analizados, ocasionando a su vez la aplicación desigual del CLH 1980 entre los Estados participantes, así como claros perjuicios y riesgos para menores víctimas de este tipo de violencia.

**41.** Conscientes de esta problemática se requirió por parte de la Conferencia de La Haya la elaboración de un protocolo de acción que cristalizó en el Proyecto de Guía de buenas prácticas de 2017. La principal conclusión a la que se arribó en esta reunión fue la toma en consideración de las situaciones de violencia doméstica y el posible riesgo que ello podría ocasionar para el menor en el marco de una sustracción internacional.

El Proyecto de Guía de buenas prácticas fue la antesala de la Parte VI de la vigente GBP para la aplicación del CLH 1980 y representa un reflejo incontestable de la preocupación yacente en las instituciones de la HCCH, si bien en todo el documento late un claro objetivo dirigido a impedir que la aplicación incorrecta de la excepción del grave riesgo comprometa el equilibrio alcanzado con la adopción del CLH 1980, más que el interés superior del menor.

**42.** La GBP aborda con carácter exclusivo el art. 13. 1 b) y constituye una fuente complementaria de información sobre el funcionamiento del CLH 1980 desarrollada por expertos de distintos Estados. La Guía no tiene carácter vinculante ni para los Estados contratantes ni para sus autoridades judiciales o de otra índole. Las buenas prácticas allí establecidas en relación con la excepción del art. 13.1 b) son de carácter meramente orientativas para jueces, Autoridades Centrales, abogados y otros profesionales vinculados al derecho internacional de familia. Tampoco las referencias contenidas en la GBP sobre la jurisprudencia nacional de algunos Estados parte establecen indicaciones que deben seguir los jueces u otros operadores jurídicos, sino de meros ejemplos acerca de cómo la excepción de grave riesgo ha sido acogida dentro de la perspectiva jurisprudencial comparada<sup>100</sup>.

**43.** La excepción de grave riesgo del art. 13. 1 b) se basa en el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro grave físico o psíquico, o a ser colocada en una situación intolerable. El CLH 1980, sin embargo, no establece una definición autónoma de lo que se entiende por grave riesgo<sup>101</sup>, pues únicamente alude a su tripe dimensión: física, psíquica o situación intolerable para el menor.

La GBP, además de lo ya dicho en el Informe explicativo del CLH 1980, ha acotado algunos parámetros interpretativos en torno al “grave riesgo”, sobre los que se precisa reflexionar, y son, resumidamente, los siguientes:

- 1.º Tipos de riesgo: Existen tres tipos de riesgos: físico, psíquico y riesgo de que la restitución ponga al menor de cualquier otra manera en una situación intolerable. Cada uno de estos riesgos tiene carácter independiente, aunque los tribunales suelen utilizarlos de conjunto.

---

<sup>98</sup> R. ARENAS GARCÍA, “Construyendo la confianza mutua”, en E. PÉREZ VERA, J.C., FERNÁNDEZ ROZAS, M. GUZMÁN ZAPATER, A. FERNÁNDEZ PÉREZ, M. GUZMÁN PECES (eds.), *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 139-157, pp. 146-147; Id., “Medidas frente al incumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, n.º 2, octubre-2021, pp. 94-115, p. 95.

<sup>99</sup> En la jurisprudencia española encontramos algunas sentencias en las que se define diversas situaciones que se enmarcan en el concepto de grave riesgo. SAAP Las Palmas, secc. 3ª n.º 69/2009, de 10 de marzo considera que son situaciones de extrema gravedad los malos tratos, bajo el cuidado de una persona irresponsable o que les da ejemplos corruptores.

<sup>100</sup> Punto 8.

<sup>101</sup> R.S. PAZ LAMELA, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *op. cit.*, pp. 675-685.

- 2.º Grave riesgo para el menor: El art. 13. 1 b) deja en claro que la cuestión es determinar si existe un grave riesgo de que la restitución “del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”.
- 3.º Nivel de “grave riesgo” que ocasiona la restitución: El término “grave” califica al riesgo, no al daño ocasionado al menor. Debe tratarse de un riesgo real y con cierto nivel de seriedad para ser caracterizado como “grave”. Entretanto el nivel del daño debe representar una situación que no cabe esperar que un menor tolere. No obstante, el nivel relativo de riesgo necesario para que el grave riesgo se configure puede variar dependiendo del carácter y la seriedad del daño potencial hacia el menor.
- 4.º Formas de alegar el grave riesgo en situaciones de violencia doméstica: Las alegaciones de grave riesgo fundadas en la violencia doméstica pueden adoptar diversas formas<sup>102</sup>. El padre o madre sustractor/a puede alegar que existe un grave riesgo de daño directo debido al maltrato físico, al abuso sexual o a otro tipo de maltrato dirigido al niño (violencia directa) o cuando el niño sea expuesto a la violencia doméstica infligida por el padre o la madre no sustractor al padre o madre sustractor, incluso cuando el daño pueda perjudicar significativamente su capacidad de cuidar al niño (violencia indirecta)<sup>103</sup>.
- 5.º Carácter restrictivo: Al tratarse de una excepción a la regla general -devolución del menor- su aplicación será restrictiva. Con ello se pretende evitar que el CLH 1980 se convierta en “papel mojado”<sup>104</sup>.
- 6.º Carácter prospectivo: El carácter prospectivo del grave riesgo centra su atención en la situación del menor tras la restitución y en las circunstancias que lo expondrían a un grave riesgo. A la hora de evaluar el grave riesgo al que se vería expuesto el niño tras su restitución, se deberán tener en cuenta los comportamientos e incidentes de violencia doméstica o familiar relevantes acaecidos en el pasado, así como las circunstancias particulares del caso<sup>105</sup>. Pero más adelante la GBP reitera que tales circunstancias anteriores no son determinantes *per se* si en el Estado de la residencia habitual del menor están disponibles medidas de protección adecuadas y efectivas para resguardar al menor del grave riesgo<sup>106</sup>. El examen de la excepción de grave riesgo también debería comprender, si se estimare necesario y apropiado, la consideración de la disponibilidad de medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual.
- 7.º Sujeción del grave riesgo a medidas de protección: Según la GBP todas las alegaciones de grave riesgo serán evaluadas paso a paso sobre la base del mismo estándar o umbral<sup>107</sup>. Debido al limitado alcance de esta disposición, se recomienda que el tribunal se ciña a determinar la situación en la que se encontraría el menor si se restituyera al Estado de su residencia habitual, lo implica comprobar antes de decidir - incluso demostrado el daño físico o psíquico o una situación intolerable para el menor- si en el Estado de la residencia habitual del menor se encuentran disponibles medidas de protección o si es necesario implementarlas. En consecuencia, el análisis debe estar enfocado al efecto que produce la violencia de género en

<sup>102</sup> Puntos 29-34 de la GBP, pp. 26 y 27

<sup>103</sup> Véanse ejemplos utilizados en la GBP en las citas 70 y 71, p. 38. Sin embargo, según la GBP la violencia indirecta no resulta por sí sola suficiente para justificar la no devolución del menor. En la cita 73 la GBP utiliza como ejemplo a la sentencia de 13 de junio de 2013 de la United States Court of Appeals for the Second Circuit (Estados Unidos) [Referencia en INCA-DAT: HC/E/US 1240], en la que el tribunal consideró que las acusaciones de violencia de la madre sustractora por parte del padre privado del niño “solo eran relevantes en virtud del art. 13(1) b) si ponían al niño en un peligro grave”. Y añade que este precepto no busca averiguar si la repatriación pone el riesgo la seguridad del sustractor, sino si el niño quedaría sujeto a un grave riesgo de daño físico o psíquico. El tribunal concluyó que, aunque se demostró la violencia doméstica, “el niño no resultó dañado ni atacado en ningún momento”, y “las pruebas [...] no demuestran que el niño se enfrente a un grave riesgo de daño físico o psíquico en caso de ser restituido”.

<sup>104</sup> El Informe advierte sobre el peligro de invocar sistemáticamente las excepciones del Convenio, ya que “al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado”. Véase punto 34 del Informe Explicativo.

<sup>105</sup> Puntos 35-37.

<sup>106</sup> Véase cita 55 de la GBP, p. 28.

<sup>107</sup> Punto 36.

el niño tras su restitución y si dicho efecto alcanza “el alto umbral de la excepción de grave riesgo, según la naturaleza, frecuencia e intensidad de la violencia y de las circunstancias en que es probable que se manifiesten”. En este sentido la GBP insiste en que el tribunal no lleve a cabo una evaluación integral del menor en los procesos de restitución<sup>108</sup>. El primer paso a seguir por el tribunal requerido es considerar si las alegaciones tienen el suficiente nivel de detalle y contundencia para configurar dicha excepción. Las alegaciones poco especificadas o generales no serán consideradas suficientes en la mayoría de los casos, lo que llevará al tribunal a dictaminar, sin más, la devolución del menor<sup>109</sup>. Hay tribunales que decretan su devolución si comprueban que en el Estado requirente existen medidas de protección adecuadas y eficaces para proteger al menor del grave riesgo alegado, sin entrar a considerar si el grave riesgo tiene suficiente entidad. En tal caso, la evaluación del grave riesgo tendrá lugar solo si en el Estado requirente no existen medidas de protección. Y si se demuestra la presencia del grave riesgo, la autoridad requerida “no estará obligada a restituir al menor”, aunque “podrá” hacerlo (es discrecional). En algunas jurisdicciones, y en aras de garantizar la celeridad del proceso, estas medidas se plantean en una etapa temprana del mismo para que cada parte tenga la ocasión de ofrecer las pruebas oportunas vinculadas a la necesidad de adoptar medidas eficaces que puedan ejecutarse en el Estado hacia donde el menor va a ser retornado y si el tribunal está convencido de que hay medidas de protección adecuadas y eficaces que se encuentran disponibles o vigentes en el Estado de residencia habitual del niño para abordar el grave riesgo alegado, este podrá ordenar la restitución del niño, sin la necesidad de llevar a cabo una evaluación más exhaustiva de los hechos alegados<sup>110</sup>.

- 8.º Tipos de medidas: Entre las medidas de protección descritas en la Guía encontramos las ordenes de puerto seguro (*safe harbour order*)<sup>111</sup>, ordenes espejo (*mirror order*)<sup>112</sup>, medidas provisionales<sup>113</sup> y acuerdos amigables. La utilización de acuerdos amigables dependerá de las circunstancias concretas del caso y de cómo sea abordada esta cuestión en cada ordenamiento interno<sup>114</sup>. Entre Estados miembros del CLH 1996 se puede facilitar la restitución

<sup>108</sup> Punto 26.

<sup>109</sup> Sirvan de ejemplo dos sentencias invocadas en la GBP. La primera en Sentencia de 11 de junio de 2013 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) [INCADAT: HC/E/AR 1305], donde la Corte ordenó la devolución del menor al estimar que la mera mención de maltrato o violencia, sin ofrecer ningún tipo de prueba, era demasiado general para configurar un grave riesgo para el niño. La segunda, en la Sentencia de 23 de diciembre de 1988, la *Full Court of the Family Court of Australia at Melbourne* (Australia) [INCADAT: HC/E/AU 255], consideró que la prueba general y no especificada ofrecida por la madre sustractora acerca de episodios significativos de violencia, amenazas o maltrato del padre privado del niño contra su persona y contra el niño eran insuficientes para constituir un grave riesgo. Véase en la GBP el punto relativo a la consideración del grave riesgo, p. 31, especialmente la cita 56.

<sup>110</sup> Punto 45.

<sup>111</sup> Esta orden solo podrá ser adoptada por el Estado requirente y su objetivo es resguardar el bienestar del menor a su regreso, aunque las autoridades del Estado requerido podrían exigir su constitución como condición previa para dictaminar la restitución del menor.

<sup>112</sup> Las órdenes espejo son aquellas órdenes idénticas o similares en ambos Estados –requerido y requirente, facilitando que las mismas sean efectivas y ejecutivas en ambos Estados. Véase la definición en el glosario de la GBP, p.11.

<sup>113</sup> Según la Guía el término “medidas de protección” deberá entenderse en un sentido amplio y hace referencia al abanico de medidas adoptadas por el tribunal ante el que tramita el proceso de restitución (a veces en colaboración con el tribunal u otras autoridades del Estado requirente) para lograr que el retorno del menor (y/o del padre/madre sustractor/a) sea seguro y rápido. Por consiguiente, el término comprende compromisos, disposiciones, condiciones, órdenes espejo, órdenes de puerto seguro, como también la variedad de medidas de protección que pueden ejecutarse según lo dispuesto en el artículo 11 del CLH 1996.

<sup>114</sup> La GBP añade en el punto 83 que, la adopción y/o ejecución de las medidas de protección - judiciales o extrajudiciales- pueden enfrentarse a distintas vicisitudes, como puede ser, por ejemplo, que la autoridad requerida carezca de competencia interna para imponer tales medidas de protección como parte de una orden de restitución o, sencillamente, porque estas no sean necesarias para abordar el grave riesgo. Cuando esto ocurra, el tribunal podría considerar los compromisos voluntarios asumidos por el padre/madre no sustractor ante dicho tribunal. A través de la mediación o de cualquier otro mecanismo alternativo de resolución de controversias, las partes podrán llegar a acuerdos sobre cuestiones de fondo relativas a la reubicación del niño en el Estado requerido y/o respecto a la comunicación del menor con el padre/madre privado/a del menor. Esta posibilidad ha sido previamente considerada en la Guía de Buenas Prácticas de La Haya sobre Mediación de 2012 (GBP de Mediación), aunque es preciso destacar que ambos instrumentos alertan sobre la necesidad de tomar especial cautela y verificar en cada caso si el

inmediata de los niños cuando estas medidas se encuentren vigente en los Estados miembros involucrados en la sustracción transfronteriza, toda vez que dicho Convenio contiene un criterio de competencia específico que habilita al tribunal del Estado contratante en que se encuentre el niño - no el del Estado en que tiene su residencia habitual- para adoptar las medidas necesarias para su protección en caso de urgencia (art. 11.1). El CLH 1996 facilita igualmente la eficacia de pleno derecho esas medidas en los demás Estados contratantes (art. 23) y que sean declaradas ejecutorias siguiendo el procedimiento previsto por la ley del Estado en que se solicita la ejecución (art. 26)<sup>115</sup>. Tales medidas tendrán un efecto extra-territorial provisional hasta que las autoridades del Estado de residencia habitual del menor adopten otras medidas de protección exigidas por la situación (art. 11.2)<sup>116</sup>. Por lo demás, hay que tener presente que las medidas de urgencia no se encuentran tasadas en el Convenio y tampoco contempla una definición de lo que entiende por “urgencia”<sup>117</sup>. Por su parte, el art. 27.5 del RB II ter establece que el órgano jurisdiccional que ordena la restitución del menor podrá adoptar medidas provisionales y cautelares, de conformidad con lo previsto el art. 15, a fin de proteger al menor del grave riesgo del art. 13.1 b), siempre que el estudio y la adopción de dichas medidas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución. En cualquier caso, sea cual fuere la medida que se adopte lo importante es que estas puedan ser ejecutadas en el Estado requirente. De ahí la necesidad de verificar con carácter previo que la medida tenga eficacia en el ordenamiento del Estado de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita<sup>118</sup>.

- 9.º Incidencia de la celeridad del proceso en la prueba del grave riesgo y en la adopción de medidas de protección que aseguren el retorno del menor: El grave riesgo corresponde probarlo a quien lo alegue (padre/madre sustractor, institución u otro organismo)<sup>119</sup>. El juez es el responsable de resolver el proceso iniciado con la mayor celeridad posible y garantizar que se asegure la eficacia inmediata las órdenes que dicte. El principio de gestión efectiva de los casos implica asegurarse de que las cuestiones relevantes se identifiquen de forma temprana para que las partes puedan presentar las pruebas pertinentes. En aras de la celeridad del proceso se recomienda que la autoridad requerida fije plazos breves para la aportación de las pruebas que acrediten la existencia del grave riesgo<sup>120</sup>, ya que la dilación del proceso podría repercutir negativamente en el padre/madre no sustractor/a, sobre todo, en relación con los gastos que supone trasladarse a otro Estado a litigar, así como en su participación en la investigación. La obtención de las pruebas del grave riesgo puede diferir en los distintos ordenamientos, por lo que debe garantizarse que los procedimientos estatales contemplen

---

recurso a las vías alternativas de resolución de controversias disponibles en el Estado requerido es la solución más adecuada, por cuanto algunos Estados, como ocurre en el caso de España, prohíben expresamente estos acuerdos cuando las alegaciones de grave riesgo se sustentan en una situación de violencia de género o intrafamiliar. La GBP de Mediación se encuentra disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6561>

<sup>115</sup> Puntos 43-48.

<sup>116</sup> Las autoridades del Estado de residencia habitual del menor anterior al traslado podrán adoptar medidas para la protección de su persona o de sus bienes en virtud de la competencia general que por razón del territorio le ha sido atribuida *ex* artículo 5 del CLH 1996.

<sup>117</sup> G. MORENO CORDERO, “Las medidas de protección como garantía para un retorno segura del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor”, *op. cit.*, pp. 625-632.

<sup>118</sup> Un ejemplo de las dificultades a las que se enfrentan estas medidas en la práctica lo encontramos en la Sentencia de 20 de mayo de 2015 de la United States District Court for the District of Maryland, en Estados Unidos [Referencia en INCADAT: HC/E/USf 1383], donde el tribunal sujetó a dos condiciones específicas la orden de restitución de los menores. La primera, a que se revocara la orden de custodia temporal a favor del padre no sustractor para que en su lugar se fijara una orden de custodia temporal a favor de la madre sustractora. La segunda, que el padre privado de los niños retirara los cargos contra la madre sustractora o que hiciera lo posible para que se cerrara la investigación. No hay que perder de vista que es posible que las condiciones impuestas en este caso no puedan imponerse en ciertos Estados contratantes. Véanse puntos 43-48, especialmente, cita 60 de la GBP.

<sup>119</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado n.º 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, punto 4.3.6, pp. 35-37.

<sup>120</sup> Sobre las técnicas judiciales para optimizar la gestión de los casos véanse los puntos 100 y ss.

diligencias encaminadas a facilitar la obtención de pruebas antes de que se inicie el proceso<sup>121</sup> o mediante la utilización de la Red Internacional de Jueces de La Haya y de comunicaciones judiciales directas con otros jueces internos o de otros Estados participantes<sup>122</sup> y de las Autoridades Centrales<sup>123</sup>, mediante procedimientos de urgencia. También se puede limitar la investigación a aquellas cuestiones directamente relacionadas con la restitución, con exclusión de las cuestiones de fondo. Como parte de sus responsabilidades, las Autoridades Centrales están obligadas a colaborar entre sí y promover tal colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados a efectos de garantizar la restitución inmediata del niño y el resto de objetivos del Convenio (art. 7.1 del CLH 1980). En los casos en los que se invoca la excepción del art. 13. 1 b), dicha colaboración debe permitir a las Autoridades Centrales del Estado requirentes brindar una respuesta rápida a las solicitudes del tribunal requerido acerca de la disponibilidad de medidas de protección de conformidad con la legislación correspondiente, sobre la efectividad de las medidas de protección, así como en relación con la notificación de la llegada inminente del menor a las autoridades de asistencia social competentes. Por su parte, las Autoridades Centrales del Estado requerido deberán informar a la Autoridad Central del Estado requirente de forma periódica y cuando sea necesario acerca de las cuestiones relevantes sobre el progreso y los resultados del caso y de cualquier requerimiento del tribunal en relación con la orden de restitución, órdenes espejo u otras órdenes destinadas a proteger al menos del grave riesgo y facilitar que su restitución sea segura. Dichas autoridades deben actuar con agilidad y adoptar todas las medidas necesarias para respetar los plazos establecidos por el tribunal, evitando así retrasos innecesarios (art. 7.2 del CLH 1980)<sup>124</sup>. Sin embargo, hay que tener presente que el rol de las Autoridades Centrales con respecto a la excepción de grave riesgo es limitado, puesto que es el tribunal quien decide sobre la solicitud de restitución y examinar las cuestiones de hecho y de derecho en torno a las alegaciones vinculadas al art. 13.1 b)<sup>125</sup>. Por último, la GBP baraja varios criterios en torno a la prueba pericial, lo que resulta trascendental en las situaciones de violencia de género, si bien recaba que su uso sea limitado para ser coherente con la naturaleza y el alcance restringido de la excepción de grave riesgo<sup>126</sup>. Asimismo, la

<sup>121</sup> Téngase presente que la agilidad de este tipo de procedimientos es especialmente controvertida alcanzarla cuando se interesa la práctica de una prueba pericial.

<sup>122</sup> La GBP invita a los jueces a que consulten el documento “Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales”, publicado por la HCCH en 2013. Este documento comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya (disponible en, <https://assets.hcch.net/docs/3b5e76ee-b983-4bd6-89cd-680b678fcf37.pdf>). La redacción de dichos Principios comenzó después de la Quinta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del CLH 80 y la implementación práctica del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. En dicha reunión se recomienda que la Oficina Permanente explore el valor de redactar principios para las comunicaciones judiciales directas que podrían servir de modelo para el desarrollo de buenas prácticas con el asesoramiento de un grupo consultivo de expertos provenientes principalmente del poder judicial. Véase asimismo el Informe sobre las comunicaciones judiciales en el contexto de la protección internacional de menores elaborado por P. LORTIE, que constituyó el Documento preliminar No 8 de octubre de 2006 de la Quinta Reunión de la Comisión especial respecto del funcionamiento del CLH 80 (La Haya, 30 de octubre – 9 de noviembre de 2006). Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/3275b384-4c19-45f6-8700-12497b7f7c7f.pdf>

<sup>123</sup> Las Autoridades Centrales también pueden ayudar a facilitar las comunicaciones judiciales directa, siempre que las leyes y los procedimientos internos lo permita, por ejemplo, la información sobre la situación social del niño o cualquier otra consulta o investigación que no excedan de las funciones y facultades de las Autoridades Centrales. Véase al respecto la sección IV de la GBP.

<sup>124</sup> Punto 95.

<sup>125</sup> En el Documento Preliminar n.º 6 de julio 2017 de la Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del CLH 80 y en el Documento Preliminar n.º 38 sobre el CLH 96, la Comisión reitera que al momento de ejercer sus funciones relativas a la aceptación de solicitudes, las Autoridades Centrales deberían respetar el hecho de que, por lo general, la evaluación de cuestiones de hecho y de derecho, tales como, la residencia habitual, la existencia de derechos de custodia o las acusaciones sobre violencia doméstica corresponde al tribunal o a cualquier otra autoridad competente que decida respecto de la solicitud de restitución.

<sup>126</sup> Punto 90.

GBP reconoce que la existencia de estas medidas en el Estado requirente en ningún caso afectará el carácter potestativo de la autoridad requerida a la hora de decidir si el menor debe ser o no retornado<sup>127</sup>.

## B) Crítica a la GPB. Ausencia de diálogo entre fuentes

44. Un análisis detenido de los parámetros del grave riesgo desarrollados en la GBP nos lleva a adelantar que, al margen de lo saludable que pueden resultar gran parte de las propuestas que esta contiene, la misma sigue sin responder adecuadamente a las sustracciones motivadas por la violencia de género y los razones son diversas.

45. Para empezar, la GBP dispensa el mismo tratamiento a las situaciones de violencia de género que al resto de situaciones que engloba el concepto de grave riesgo, lo que pone de relieve la ausencia de diálogo entre el enfoque de esta excepción y lo establecido en los arts. 3 y 19.1 de la CDN, en las OG 13/2011 y 14/2013 de la Comisión de los Derechos del niño, en el Convenio de Estambul, así como en la CEDF y en la CDFUE. A ello se suma que la GBP reconoce explícitamente que en los procedimientos de sustracción transfronteriza no se debe realizar un “examen integral del interés superior del niño”<sup>128</sup>.

Tal afirmación resulta discutible no solo porque se enmarca en una advertencia dirigida al tribunal requerido de no entrar en cuestiones relativas a la custodia donde la intensidad de este principio no plantea dudas, sino porque al hacerlo parece omitir la naturaleza independiente del proceso de sustracción internacional de menores. Una cosa es que los tribunales o autoridades competentes para el procedimiento de restitución no intervengan en cuestiones de fondo que corresponde decidir a la autoridad del Estado de residencia habitual anterior al traslado o retención ilícita, y otra muy distinta es que no se realice una evaluación integral del interés superior del menor en un procedimiento de naturaleza diferente, esté o no fundado en una situación de violencia de género.

En todo procedimiento que afecte a menores la evaluación del interés superior debe ser plena, nunca parcial, ya que estamos ante un principio que se erige en un valor de referencia de toda la normativa que les involucra<sup>129</sup>. Cuestión distinta es que la autoridad requerida cuente con poco margen de tiempo para hacerlo en el marco de una sustracción heterogénea teniendo en cuenta la celeridad que en estos procedimientos se exige, pero sobre este punto volvemos más adelante.

En las sustracciones trasfronterizas, al igual que aquellos procedimientos en que se decide la custodia separada o compartida del menor y el derecho de visita del padre/ madre, o en cualquier otro, la autoridad que decide sobre la devolución o no del menor no solo tiene la obligación -que no la discrecionalidad- de resguardar el supremo interés de los menores, sino que además ha de imprimirle a este principio una “consideración primordial” frente al resto de derechos igualmente garantizados al menor<sup>130</sup>. Y solo tras ser evaluado este principio, la autoridad “podrá” -no estará obligada- a dictaminar el retorno o no del menor.

Supeditar la mayor o menor intensidad con que ha de valorarse el interés superior al tipo de procedimiento que se esté juzgando sin tener presente que estamos ante un principio monolítico y rector de toda la reglamentación en torno a los menores, introduce un elemento de distorsión que altera el espíritu del art. 3.1 del CDN, así como la interpretación que del mismo realiza la OG 14/2013 de la Comisión de los Derechos del niño en torno su consideración primordial “en todo proceso en el que este participe”. Tal planteamiento a su vez conduciría a que las autoridades responsables de su aplicación realicen una

<sup>127</sup> Punto 42.

<sup>128</sup> Punto 26.

<sup>129</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional privado*, op. cit., p. 390.

<sup>130</sup> S. QUICIOS MOLINA, “Filiación e interés superior del menor”, en M.C. GARCÍA GARNICA y N. MARCHAL ESCALONA (dirs.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters/ Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 44-48; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “El interés superior del menor: derecho fundamental y/o principio rector del Derecho internacional privado”, en J.M. VELASCO RETAMOSAS (dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 13-51, pp. 34-38.

incorrecta interpretación del mismo, viéndose obligadas a aplicar la excepción del grave riesgo con carácter restrictivo y según el alcance hermenéutico que acuña el Informe explicativo y la GBP, instrumento este último que, si bien no es vinculante, sí tiene la clara intención de acercar las distintas posturas observadas por el Estados partes del CLH 1980 en torno a esta excepción.

46. En segundo lugar, y lo que resulta aún más comprometido, la GBP reconoce explícitamente que debe tratarse de un riesgo real con cierto nivel de seriedad para ser caracterizado como “grave”, y añade, que el primer paso a seguir por el tribunal que conoce de una sustracción es considerar si las alegaciones que opone el sustractor cuentan con el suficiente nivel de detalle y contundencia para configurar la excepción del grave riesgo.

En situaciones demostradas de violencia de género, esta visión sobre grave riesgo pone en entredicho lo dispuesto en el art. 19.1 CDN, si atendemos a la interpretación que sobre esta disposición ofrece el Comité de los Derechos de niño en la OG 13/2011. Sobre este punto, recordemos, el Comité de los Derechos del niño ha sostenido en la mencionada observación una postura irreductible, al considerar que la expresión “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental” no deja margen ni “para graduar” ni para “legalizar” ningún tipo de violencia contra los menores “por leve que esta sea”. La frecuencia, la gravedad del daño o la intención de causarlo no son requisitos previos para calificar algunos tipos de violencia como legales o socialmente aceptables, básicamente porque tales definiciones “en ningún caso” pueden menoscabar el “derecho absoluto” del niño a la dignidad humana y a la integridad física y psicológica. Por tanto, la expresión “toda forma de violencia” convierte en inaceptable cualquier manifestación de violencia, sea física o mental (maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal, maltrato o descuido emocional, o exposición a la violencia doméstica)<sup>131</sup>, así como la gradación de su intensidad (leve o grave).

Parece claro que el sentido dado a las situaciones de violencia resguardadas en el art. 19.1 de la CDN y en las normas de extensión que lo desarrollan (OG 13/2011), contrasta con los objetivos del CLH 80 y con el tratamiento que la GBP imprime a la excepción del grave riesgo. El art. 19.1 de la CDN no autoriza ningún tipo de violencia sobre los menores, y la OG 14/2013 que lo desarrolla, imprime a la dignidad humana un carácter absoluto. Entretanto, el CLH 1980 regula el grave riesgo como una excepción de carácter restrictivo, carácter que se muestra aún más limitado en sustracciones intracomunitarias debido a que el margen de discrecionalidad de la autoridad que resuelve una sustracción queda sujeto a que en el Estado requirente existan medidas adecuadas para proteger al menor del grave riesgo o a su implementación, en caso de no existir (art. 27.3 RB II ter).

47. En tercer lugar, y en relación con las medidas de protección, conviene indicar que, aunque la GBP no resta relevancia probatoria a la incidencia que puedan tener comportamientos o incidentes pasados a la hora de evaluar el grave riesgo al que se vería expuesto el niño una vez restituido, seguidamente confirma que los comportamientos anteriores no son determinantes *per se* si el Estado de la residencia habitual del menor cuenta con medidas efectivas para proteger al menor del grave riesgo. Para reforzar esta idea la GBP describe las distintas posturas seguidas por las autoridades de los Estados participantes en relación con las medidas de protección, según vimos<sup>132</sup>. Tal diversidad de posturas frente a un mismo supuesto implica en algunos casos que no se entre valorar siquiera el grave riesgo o la situación intolerable en supuestos de violencia de género, si se pueden concretar medidas de protección en el Estado de la residencia habitual del menor que garanticen que su restitución sea segura, como así se puede constatar en algunos ejemplos barajados en la GBP.

El primero de ellos, viene referido a una sentencia alemana, 6 de julio de 2016 (*Oberlandesgericht München Senat für Familiensachen*)<sup>133</sup> en la que el Tribunal determinó que no se podía inferir un riesgo tras la restitución del menor en base a un comportamiento violento en el pasado, al encontrarse vigente en el Estado requirente medidas para que la madre sustractora pudiera buscar la protección adecuada. La segunda sentencia, fue adoptada en igual fecha que la anterior esta vez por la *Full Court of*

<sup>131</sup> Punto 21, inciso e).

<sup>132</sup> Punto 46.

<sup>133</sup> [Referencia en INCADAT: HC/E/DE 1405].

*the Family Court of Australia at Melbourne*<sup>134</sup>. En este caso el juez no entró a valorar el grave riesgo o situación intolerable a que quedaba expuesto el menor tras el retorno alegado por la madre sustractora, en base en un comportamiento violento e inapropiado del padre no sustractor en el pasado, estimando que este dato no era determinante dado que en el Estado requirente estaban disponibles medidas de protección contra dichos comportamientos.

Las medidas de protección que invoca la GBP como referentes extraídos de la práctica jurisprudencial comparada son realmente sorprendentes. En el contexto de una restitución basada en la violencia de género la GBP sostiene que resultará particularmente eficaz la toma en consideración de los antecedentes del padre privado del menor en relación con cumplimiento de resoluciones judiciales, procesos pendientes contra el padre no sustractor, antecedentes penales y ponderar la adopción de medidas de alejamiento, órdenes no agresión, prohibición de comunicación del agresor con el niño y con la madre o que estos contactos se realicen con vigilancia, y si fuera necesario, que se prohíba el contacto entre el padre maltratador y el menor mediante la adopción de medidas de alejamiento, o proporcionándoles un alojamiento seguro.

De los ejemplos analizados y de la filosofía general que transpira la GBP en torno a la excepción del art. 13.1 b) se desprende que el grave riesgo queda neutralizado cuando estas medidas existen o puedan implementarse, haciendo gravitar todo el peso del grave riesgo en dichas medidas (como también lo hace el art. 26.3 del RB II ter), postura que resulta muy comprometida en situaciones de violencia de género. Estas medidas, recordemos, no solo no cuentan con el mismo nivel de protección en todos los Estados participantes<sup>135</sup>, sino que tampoco son capaces por sí solas de imprimir una garantía absoluta a los menores víctimas directas o indirectas de cualquier forma de violencia, incluida la de género, poniendo de relieve que el concepto global de violencia de género sigue estando lejos de ser jurídicamente entendido y aceptado en este contexto. Además de por este motivo, nos cuesta asimilar que un proceso de sustracción internacional de menores culmine con una decisión en la que se ordene su devolución, si para garantizar su seguridad allí se precisa adoptar una medida de alejamiento, la incomunicación con el padre agresor o violador, la imposición visitas vigiladas o su traslado a un alojamiento seguro fuera del ámbito de operatividad del agresor.

La idea de que un tribunal devuelva al menor maltratado, por el hecho de estar disponibles de medidas “capaces” de abordar el grave riesgo en el Estado de residencia habitual del menor, sin entrar a valorar el grave riesgo al que lo expone, lo único que confirma es la prioridad que los objetivos del CLH 1980 tienen frente al interés superior del menor. Y esta confirmación se refuerza con otro de los designios de la GBP -que sigue los mismos pasos del Informe explicativo-, cuando retiene que tampoco es necesario realizar una evaluación integral del interés superior del menor en las sustracciones transfronterizas.

Tras estos fundamentos yacen dos motivos inamovibles en la hermenéutica del CLH 1980: la celeridad de estos procedimientos y garantizar que el interés superior del menor sea valorado únicamente por la autoridad que conoce del fondo<sup>136</sup>. De esta forma, la Comisión asume sin embragues el alto riesgo que entraña tanto para el menor como para la madre víctima de la violencia de género retornar al escenario de inseguridad del que escaparon por un motivo que en nuestra opinión están cubiertos y protegidos en el resto de instrumentos normativos analizados (CDN, observaciones generales de desarrollo, Convenio de Estambul, CDDH y CDFUE).

Los hechos hablan más que las palabras. Sirvan para ilustrar estos riesgos dos ejemplos de sustracción internacional de menores de los que la GBP no se hace eco y de los escuché hablar por vez primera en la intervención que hiciera la Fiscal de la Sala contra la violencia de la mujer Teresa Pera Matos Martín, en el Seminario DIPr. y género organizado por las profesoras Carmen Ruiz Sutil y Juliana Rodríguez Rodrigo en la Universidad Carlos III, y sobre los que posteriormente ahondé en el Boletín de los Jueces de la Conferencia de La Haya, en el que algunos jueces han mostrado su preocupación sobre esta problemática<sup>137</sup>.

<sup>134</sup> [Referencia en INCADAT: HC/E/AU 876].

<sup>135</sup> Véase cita 58.

<sup>136</sup> Punto 26.

<sup>137</sup> Ha llamado especialmente mi atención, las reflexiones de J. GILLEN juez del Tribunal Superior de Irlanda del Norte en su

El primer caso, fue resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Quebec en 2010. Dicho tribunal ordenó la restitución de dos menores a los Estados Unidos alegando que se trataba de un buen padre y que no se habían probado las situaciones de violencia alegadas por la madre. Tras la restitución, el padre incumplió los compromisos alcanzados, al retener a los menores durante la tramitación del divorcio y las medidas custodia y visita. Cuando la policía intentó detenerlo, el padre disparó a uno de sus hijos de 10 años de edad causándole la muerte y graves heridas a su hija de 12 años.

El segundo caso tuvo lugar en 2017 y se desarrolló ante la Corte de Familia Australia. La Corte, tras reconocer la violencia ejercida sobre la madre, decretó la devolución de los menores, entendiendo que en Inglaterra se podían adoptar medidas de protección. El tribunal australiano impuso algunos compromisos y condiciones a la devolución, entre ellas, una medida de alejamiento de la madre. El maltratador, quebrantó esta medida, lo que provocó la intervención judicial y la instalación de una alarma en el domicilio de la madre. Este hecho a su vez motivó que el padre maltratador fuera sancionado. Antes de ejecutarse esta decisión, la madre sustractora solicitó a la Corte que la ubicaran en una casa de acogida con sus hijos y que la policía la acompañara a un refugio de mujeres. Esta segunda protección solicitada que le fue denegada, y de camino al refugio, el padre le propinó varias puñaladas en presencia de sus hijos.

La verdad que encierran estos hechos reales deja poco margen para evaluar favorablemente el enfoque que la GBP proporciona a los operadores jurídicos a la hora de abordar esta compleja, delicada y sensible problemática.

Consideramos, por tanto, que la pregunta a la que debe responder la autoridad que conoce de una sustracción de esta naturaleza es si existe alguna medida “adecuada y eficaz” capaz de garantizar que el menor sea protegido de su maltratador tras su devolución. Los ejemplos que acabamos de invocar y muchos otros similares dentro y fuera de nuestro entorno, responden mejor que todas las razones anteriormente expuestas y ponen de relieve que no existe ninguna medida de protección inquebrantable, como tampoco es posible prever el comportamiento que en el maltratador pueda tener futuro. Lo que sí sabemos con certeza es que el quebrantamiento de estas medidas es frecuente y que en no pocos casos se ha cobrado la vida de menores y de sus madres, sobre todo en los casos de violencia vicaria<sup>138</sup>.

**48.** Esta constatación nos allana el camino para comprender y confirmar que sobre ninguna de las medidas existentes puede descansar una garantía absoluta orientada a resguardar el interés supremo de menores víctimas de este tipo maltrato ni su dignidad humana.

---

contribución, “La seguridad del niño a su retorno en el Convenio de la Haya y la violencia doméstica – ¿amigos o enemigos? – un punto de vista desde el *common law* respecto de las interpretaciones del artículo 13(1) b) del Convenio de la Haya en el contexto de la violencia doméstica, *op. cit.*, pp.19-22.

<sup>138</sup> Numerosos son casos que han acontecido en nuestro país con una importante repercusión mediática, siendo este uno de los motivos que ha movido a nuestro legislador a adoptar la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 05 de junio de 2021), que introdujo algunas modificaciones al Código Civil español con el objetivo de ofrecer mayor protección a los menores y combatir la violencia vicaria. En el preámbulo de esta ley el legislador español parte reconociendo que la lucha contra la violencia en la infancia constituye un imperativo de derechos humanos y el punto de partida esencial para promover los derechos de los menores reconocidos en la CDN a fin de asegurar y garantizar el respeto a su dignidad humana e integridad física y psicológica. Esta ley impide el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal vinculados a situaciones de violencia de género. La disposición final décima de la Ley 8/2021 modifica el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, para hacer constar que la violencia de género a que se refiere dicha ley también comprende la violencia ejercida con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres, incluidos los menores de edad. Esta ley toma como referentes normativos los protocolos facultativos de la CDN y los documentos de extensión de sus normas recogidos en las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño mencionadas, al ser estas normas las encargadas de enlazar este reconocimiento internacional con otras realidades que atañan a los menores. Dicha ley asume asimismo estándares internacionales trazados por el Consejo de Europa en el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote), en el Convenio de Estambul y en la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño (2016-2021) en la que tiene lugar un llamamiento a los Estados miembros para erradicar toda forma de castigo físico sobre la infancia. Este instrumento también acoge los compromisos y metas del Pacto de Estado contra la violencia de género, así como de la Agenda 2030 en varios ámbitos. De esta forma se integra la voluntad holística de nuestro legislador dando prioridad a la prevención que procuren la rápida detección a fin de ofrecer la asistencia necesaria y recuperación de la víctima y el restablecimiento de los derechos vulnerados y situaciones de revictimización.

Si diéramos por válido este presupuesto, esto es, si se asumiera que no existe ninguna medida “adecuada y eficaz” capaz de ofrecer protección a los menores en situaciones demostradas de violencia machista, la posibilidad de no devolver al menor podría entrar en el estrechado margen de discrecionalidad que el legislador comunitario ha dejado a la autoridad competente *ex art. 26.3 del RB II ter*. Y aunque ello no impedirá, en base al *art. 29.6 RB II ter*, que el menor maltratado sea retornado, si en el Estado de la residencia habitual se adopta una resolución sobre el fondo que implique su restitución (aun existiendo una resolución sobre la no devolución), en sede de ejecución queda todavía la posibilidad de denegar su ejecución cuando el riesgo grave tenga carácter duradero (*art. 56.6*).

Similar interpretación cabría sustentar asimismo en sustracciones extracomunitarias, con mayor holgura incluso, puesto que la discrecionalidad de la autoridad en estos casos presenta mayor cobertura en la versión primigenia del *art. 13.1 b)*, en la medida que no condiciona normativamente la devolución del menor a la existencia de medidas, amén de los reiterados “llamados” de la GBP en esta dirección.

Además de esta posibilidad, e incluso contando con que sea descartada, la no devolución del menor en estos casos también encontraría fundamento en el interés superior del menor en base a una interpretación armónica de los *arts. 3.1, 9, 19.1* de la CDN (y las observaciones generales que lo desarrollan), al *art. 8* de la CEDH y al *art. 7* de la CDUE<sup>139</sup>.

Ahora bien, al margen de que los problemas de interpretación que puedan encontrar respuestas en las distintas opciones analizadas, consideramos muy necesaria una modificación normativa del CLH 1980 y del RB II ter para incorporar toda la normativa que involucra a los menores en clave de género, incluidas las que afectan al sector de la competencia judicial internacional<sup>140</sup>, así como la doctrina del TEDH que a continuación trataremos.

#### **IV. La protección de los derechos de los menores en la jurisprudencia del TEDH. Evaluación de los límites al derecho a la vida familiar**

**49.** Hemos llegado a este punto sabiendo que los límites que impone el interés superior del menor al derecho a la vida familiar no toleran un ejercicio arbitrario por quienes detentan la responsabilidad parental e impiden que estos puedan ocasionarle al menor un daño físico o emocional o limitar su normal desarrollo. Esta importante premisa justifica una ponderación de las disposiciones contenidas en la CDN y sus normas de extensión, así como las establecidas en la CEDF y en el CDFUE, cuando son traspuestas al escenario de la sustracción transfronteriza.

**50.** Cuando se configura la excepción del grave riesgo u otra de las excepciones contempladas en el CLH 1980, hemos visto cómo los jueces requeridos cuentan con un margen de discrecionalidad

<sup>139</sup> Véase *infra* punto

<sup>140</sup> Sobre la manifestación de esta problemática en el sector de la competencia judicial internacional la profesora RUIZ SUTIL considera que las autoridades del Estado miembro de la residencia habitual de la o del menor anterior al desplazamiento ilícito pueden no ser las más idóneas para conocer del fondo cuando media la violencia de género. En esta dirección sostiene que, “... una de las posibles soluciones del Reglamento 2019/1111 podría haberse encaminado a que las autoridades de la residencia habitual de la o del menor pudieran declinar su competencia a favor de las del Estado donde se halle retenido ilícitamente, dada la vulnerabilidad de la progenitora víctima y de sus hijos e hijas para afrontar un regreso al país donde se encuentra el presunto agresor (*art. 12*). Asimismo, la autoridad donde se halle el menor retenido ilícitamente puede solicitar al juez de la residencia habitual del menor (*art. 13*) que le transfiera la competencia judicial internacional, siempre que beneficiara al interés superior del menor que vive en la violencia de género. Es cierto que el considerando 27 del Reglamento 2019/1111 limita tal posibilidad. No obstante, desde nuestro punto de vista, el texto ubicado en un considerando que enmarca un Reglamento europeo no tiene el carácter obligatorio que sí mantiene la parte dispositiva. A nuestro entender, los preceptos 12 y 13 pueden ser objeto de interpretación en clave de género para ser aplicados por las autoridades implicadas en estos asuntos asociados a la violencia de género/doméstica”. Más allá de las sustracciones motivadas por la violencia machista, esta doctrina propugna la incorporación de un foro de accesoria en divorcios, a efectos de que la víctima de la violencia de género no solo tenga ocasión de interponer la demanda de divorcio ante cualquiera de los tribunales designados el *art. 3 del RB II ter*, sino también ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro donde se hubiera presentado la denuncia por malos tratos que se estuviera conociendo del correspondiente procedimiento penal, con independencia del tiempo de residencia. C. RUIZ SUTIL, *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del Derecho internacional privado*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 85 y 86 y 122-123.

a la hora de decidir si el menor es o no devuelto al Estado de su residencia habitual anterior al traslado, que es más o menos amplia en atención a la normativa que resulte de aplicación. Sin embargo, tal discrecionalidad podrá ser controlada por el TEDH a la luz de los derechos humanos protegidos por la CEDH y teniendo siempre presente la consideración primordial de su interés superior en el proceso analizado<sup>141</sup>, y ello a fin de comprobar si resulta compatible con el derecho a la vida familiar consagrado en el art. 8 del CEDH<sup>142</sup>, habida cuenta que la separación del menor de la estructura familiar en la que se ha desarrollado no estaría justificada, a menos que existan razones que demuestren que tal vinculación haga peligrar su interés superior.

**51.** La postura del TEDH en torno a la consideración del interés superior del menor en situaciones de secuestro internacional ha sido, sin embargo, variable. Antes de las sentencias de 6 de julio de 2010 (*As. Neulinger y Shuruk vs. Suiza*)<sup>143</sup> y de 9 de septiembre de 2010 (*As. Raban vs. Rumania*)<sup>144</sup>, el TEDH ha defendido una postura contenida del art. 13.1 b) en relación con la intervención del interés superior del menor, asumiendo que la restitución del menor al Estado de la residencia habitual no vulnera el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH), si el padre secuestrador puede desplazarse a dicho Estado sin riesgo y litigar allí la custodia<sup>145</sup>.

**52.** Posteriormente, el Tribunal de Estrasburgo da un giro en la consideración del interés superior del menor al proclamar en la sentencia *Neulinger y Shuruk contra Suiza* que el derecho a la vida privada y familiar no puede ser ajeno al interés superior de los menores<sup>146</sup>. En este asunto el TEDH concluyó que la aplicación del CLH 1980 por parte de las autoridades suizas violaba el art. 8 del CEDH, al ordenar la devolución del menor a Israel, sin examinar a fondo las circunstancias que afectaban el interés superior de menor. El Alto Tribunal considera que obligar a la madre a regresar a Israel supone una injerencia desproporcionada en el derecho familiar que no ha tenido en cuenta las implicaciones penales que tendría tanto para ella como para el menor su regreso a dicho país, circunstancia a la que se suma la falta de capacidad económica del padre y su inestabilidad personal. A la hora de valorar el interés del menor el TEDH tiene además en cuenta las dificultades de integración del menor en el Estado de destino y los vínculos creados en Suiza.

Lo más relevante de esta decisión es que sitúa el interés superior por encima de cualquier consideración en torno a las exigencias del CLH de 1980, entendiendo que si la devolución no toma en consideración dicho principio se estaría vulnerando del derecho a la vida familiar del art. 8 del CEDH<sup>147</sup>, lo que resulta plenamente coherente con la idea que venimos sosteniendo en epígrafes anteriores en relación con la consideración primordial el interés superior del menor consagrado en el art. 3.1 del CDN y en la OG 13/2011 que lo desarrolla, así como con la necesidad de establecer un diálogo entre las distintas fuentes para la acogida de esta excepción. En esta misma línea de razonamiento se inscribe la sentencia dictada dos meses después por el propio Tribunal en el *As. Raban vs. Rumania*.

Este nuevo enfoque suscitó múltiples críticas en el sentido de que podría favorecer la posición de los secuestradores -que es precisamente lo que pretende contrarrestar el CLH 1980-, al tiempo que

<sup>141</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Comentario a la STEDH as. Neulinger and Shuruk vs. Switzerland”, *REDI*, 2010-2, pp. 232-235; M.M. CELIS AGUILAR, “El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos *Neulinger y Shuruk c. Suiza* y *X c. Letonia*”, *ACDI*, 2020, Vol. 13, pp. 209-249.

<sup>142</sup> M. HERRANZ BALLESTEROS, “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho Europeo*, n.º 44, octubre-diciembre, 2012, pp. 41-60, pp. 46-50.

<sup>143</sup> Demanda n.º 41615/07.

<sup>144</sup> Demanda n.º 25437/08.

<sup>145</sup> STEDH de 6 diciembre 2007, demanda n.º 39388/05 (*As. Maumousseau vs. Francia*).

<sup>146</sup> Un pronunciamiento que ya estaba contenido en el voto particular del juez Zupančič en el *As. Maumousseau vs. France*.

<sup>147</sup> M. HERRANZ BALLESTEROS, “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, p. 50; L. LÓPEZ GUERRA, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y *Leouvementnécessaire des choses*”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 39, 2017, pp. 163-188, p. 185.

reforzaba el rol de los tribunales requeridos para la devolución, acercando su postura a la asumible por los tribunales que conocen del fondo (autoridad de la residencia habitual anterior al traslado), que son en definitiva los competentes para decidir a quién corresponde la custodia del menor<sup>148</sup>.

**53.** Más tarde, en la sentencia de 12 de julio de 2011 (*As. Sneersone y Kampanella vs. Italy*)<sup>149</sup>, el Tribunal de Estrasburgo resolvió una sustracción intracomunitaria en un caso donde la madre trasladó ilícitamente al menor de Italia a Letonia alegando no contar con medios económicos ni recibir la pensión alimenticia del padre del menor. El padre instó la restitución ante las autoridades letonas y estas fallaron la no devolución del menor en virtud del art. 13.1 b) del CLH de 1980, invocando que las autoridades italianas no adoptaron las medidas de protección exigidas en el art. 11.4 del RB II bis. Las autoridades italianas recurrieron al mecanismo de la segunda instancia del RB II bis, lo que dio lugar a una orden de restitución con eficacia ejecutiva de conformidad con el art. 42 del RB II bis entonces vigente.

Al respecto el TEDH expresa que el hecho de que se acuerden medidas de protección en el Estado de la residencia habitual del menor no implica por sí solo la exclusión automática del art. 13.1 b) del CLH 1980, dado que la sujeción del grave riesgo a la adopción de medidas de protección para garantizar que su retorno sea seguro ha de asumir e incorporar los riesgos que dieron lugar a tal excepción. En consecuencia, la autoridad italiana debió evaluar si tales medidas eran capaces de neutralizar los motivos que llevaron a las autoridades letonas a la denegación del retorno. En este asunto, el TEDH estimó que la ejecución de la decisión adoptada como resultado del mecanismo de la segunda instancia vulneraba el art. 8 del CEDH, y para ello se sustentó no solo en el impacto que tendría sobre la madre y, consecuentemente, sobre el menor no disponer de recursos económicos a regreso a Italia (sin empleo y sin la ayuda del padre), sino en las consecuencias negativas que entrañaría para el menor el hecho de que la progenitora y cuidadora principal no le acompañase<sup>150</sup>.

La interpretación que sostiene el TEDH en este asunto es a todas luces saludable y continuista el *As. Neulinger y Shuruk vs. Switzerland*, incluso, la misma se desmarcó de lo que al respecto sostuvo el TJUE en la sentencia del 22 de diciembre de 2010 (*As.C-491/10 PPU*) orientada a reforzar el automatismo del mecanismo de la segunda instancia rubricado por el RB II bis - ahora modificado por el RB II ter-, donde la toma en consideración de los derechos fundamentales en juego quedó relegado a un segundo plano<sup>151</sup>.

**54.** La postura seguida en esta sentencia por el TEDH no fue en cambio la misma en la sentencia de 18 de junio de 2013 (*As. Povse vs. Austria*), pues a pesar de que en esta ocasión el TEDH concluyó que los arts. 11.8 y 42. 2 del RB II bis “no otorgaban margen alguno de discreción a los tribunales requeridos para ejecutar la decisión del tribunal de origen, dado que el sistema del RB II bis sólo permite de-

<sup>148</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”, *Recueil des cours*, Vol. 335, 2008, pp. 51-71, disponible en [http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096\\_pplrde\\_A9789004172906\\_01](http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrde_A9789004172906_01)>

<sup>149</sup> <https://aquiencia.net/2013/12/09/elena-rodriguez-pineau-sobre-el-caso-x-c-letonia-sustraccion-internacional-de-menores-a-la-luz-del-convenio-europeo-de-derechos-humanos/>

<sup>150</sup> En este asunto, el Juez PINTO DE ALBUQUERQUE alerta sobre la necesidad de hacer una evaluación individualizada este impacto sobre el menor, distinguiendo el rol de un secuestrador sin custodia respecto de un secuestrador con custodia, cuando este ostenta la condición de cuidador principal. En misma esta dirección P. McELEVAY aduce que las excepciones en el CLH 80 no deben estar mediatizadas por evaluaciones morales en torno a las acciones del secuestrador, buscando sancionarlas en el contexto de las excepciones. P. MAC ELEVAY, “The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?”, *Neth Int Law Rev*, nº 62, 2015, pp. 365-405, p. 374, cita 80.

<sup>151</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la U.E. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, nº 7578, de 28 de febrero de 2011; M. GUZMÁN ZAPATER, “Supresión del exequátur y tutela de Derechos fundamentales: articulación en el sistema español”, *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil, Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 142-160, pp. 151-160; N. BOUZA VIDAL, “La integración del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores en el sistema Europeo de Derechos Humanos”, en C. ESPLUGUES MOTA y G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 203-218, p. 213; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

terminar conforme a la legislación del Estado requerido el mejor modo de dar cumplimiento a la orden, pero no le faculta para decretar ninguna decisión que pueda impedirle o suspenderla...”, por otro lado, consideró que este mecanismo era respetuoso de los derechos fundamentales consagrados en el CEDF.

La postura vacilante del TEDH a la hora de evaluar la compatibilidad del art. 11 RB II bis con el art. 8 CEDH en relación con la ejecución de una resolución por la que se ordena el retorno de un menor sustraído ilícitamente, fue también muy criticada por no haber tomado en consideración el interés superior del menor, como sí lo hizo en decisiones anteriores<sup>152</sup>.

En cualquier caso, a favor de esta sentencia cabe propugnar el impacto que ha tenido en las nuevas regulaciones que acoge RB II ter en relación con la ejecución de resoluciones que afectan a este ámbito material, en la que, tal y como se ha visto *supra*, abre la posibilidad a la autoridad o juez competente de suspender el procedimiento en casos excepcionales, si la resolución de restitución expone al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales sobrevenidos, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias (art. 56.4), o denegar la ejecución de la resolución cuando el riesgo grave presente carácter duradero, dicha autoridad o juez competente podrá, además, , previa solicitud (art. 56.6).

**55.** Cinco meses después, en la sentencia de 26 de noviembre de 2013 (*As. X vs. Letonia*), el Tribunal de Estrasburgo parece retomar la línea jurisprudencial seguida antes de 2010. En esta sentencia, es cierto, se condena a Letonia al ordenar la restitución de la menor a Australia por el hecho de desatender los informes psicológicos que comprometían el interés de la menor sustraída, si bien, por otro lado, considera que puede llegarse a una interpretación armónica del CLH 1980 y la CEDH si se toman en consideración todos los factores que giran en torno a las excepciones establecidas en el CLH 1980, y ello con el propósito de que la decisión que se adopte se encuentre suficientemente motivada en las cuestiones examinadas y que estos sean evaluados a la luz del art. 8 del CEDH<sup>153</sup>. En consecuencia, la no vulneración del art. 8 del CEDH quedará supeditada a una probada fundamentación de la ausencia de necesidad de mantenimiento de estas relaciones con el menor por resultar perjudiciales a su interés superior.

Sobre esta sentencia la profesora Rodríguez Pineau, sostiene que la misma puede entenderse “como una revisión de los excesos de la jurisprudencia *Neulinger y Shuruk* y probablemente será valorada en sentido positivo por los Estados contratantes no europeos del CH1980, que habían percibido la citada jurisprudencia como un estándar de protección ‘eurocéntrico’ frente a solicitudes provenientes de estos Estados. Tal vez lo menos satisfactorio del caso es que *X c. Letonia* confirma una creciente tendencia a que la aplicación del CH1980 no sea suficiente y se recurra al TEDH como última instancia, prolongando los casos de restitución de menores”<sup>154</sup>.

**56.** De las distintas posturas seguidas por el TEDH en las sentencias analizadas asociadas al interés superior del menor en su interacción con el art. 8 de la CEDH, no es posible extraer patrones de referencia a seguir capaces de proporcionar una interpretación uniforme y coherente en torno a la garantía que sobre este principio rector asigna en el art. 3.1 CDN y de la OG 13/2011 cuando lo interpreta y desarrolla en el marco de sus límites. De todas formas, como hemos venido propugnando a lo largo de este trabajo, en el ámbito judicial, conviene retener que este principio no solo debe desarrollarse al margen del proceso que sanciona, sino que ha de estar presente en toda construcción y fundamentación de la decisión que se adopte a través de una valoración razonada y ponderada de todos los elementos en pugna.

De esta suerte, y en la medida que el interés del menor gobierna todo el sistema que les afecta, la cuestión decisiva radica en buscar un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos, los del menor

<sup>152</sup> L. CARPANETO, “L 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*, n° 50, 2014, pp. 931-958; S. BARTOLINI, “In name of the best interests of the child: the Principle of Mutual Trust in Child Abduction cases”, *Common Market Law Review*, n.º 56, 2019, pp. 91-119, p. 101

<sup>153</sup> Véase párrafo 106 (*As. X vs. Letonia*).

<sup>154</sup> Blog de DIPr., <https://aquiencia.net/2013/12/09/elena-rodruiguez-pineau-sobre-el-caso-x-c-letonia-sustraccion-internacional-de-menores-a-la-luz-del-convenio-europeo-de-derechos-humanos/>

y el de los padres, donde el interés superior del menor va tener siempre una “consideración primordial” frente al resto de intereses en presencia, entre los que pueden encontrarse el derecho a la vida familiar y, claro está, los objetivos del CLH 1980.

## V. Conclusiones

**57.** En la parte introductoria de este estudio comenzamos indicando que las estadísticas han revelado que la aplicación del art. 13.1 b) del CLH 1980, única excepción aplicable a las sustracciones motivadas por la violencia de género, es la menos acogida de todas las excepciones existentes. También allí referimos que este dato era por sí solo un indicador preocupante, ya que serían frecuentes los casos en que el menor víctima de este tipo de violencia fuera retornado al entorno donde ha sido maltratado, aunque ello no implique convivir con su maltratador.

Este indicador fue precisamente el que nos invitó a reflexionar, a través de distintas preguntas, acerca de si el problema radicaba en el diseño de esta excepción, en su inadecuada interpretación o aplicación, o en ambas inclusive. Y la respuesta a esta reflexión, desafortunadamente, es que, en este ámbito, se plantean problemas de todo tipo.

**58.** La devolución del menor es una solución necesaria en la mayoría de las sustracciones transfronterizas, pero a este resultado no debe llegarse cuando se configura alguna de las excepciones previstas en el CLH de 1980.

Las excepciones que incorpora el CHL 1980 tienen una finalidad legítima y se han habilitado para garantizar el interés superior de los menores, asumiendo el legislador convencional que la devolución no es en todos los casos lo más conveniente para el menor. Esto significa que tal finalidad no debe quedar mediatizada por los objetivos del CLH 1980, cuando su consecución comprometa la jerarquía o carácter hegemónico del interés superior del menor frente al resto de intereses en presencia, diga lo que diga el CLH 1980, las modulaciones que de la excepción del grave riesgo realiza el RB II ter, la interpretación que nos proporciona el Informe explicativo y la GBP, e incluso alguna de las posturas sostenidas por el TEDH.

**59.** Las excepciones, como de la propia acepción se desprende, presentan siempre carácter restrictivo; pero esto no significa que haya que priorizar los objetivos del CLH 1980 con interpretaciones que limiten aún más su acogida. Esto es precisamente lo que hace la GBP cuando reiteradamente recuerda la necesidad de centrarse en los objetivos del Convenio, al tiempo que intenta reducir su intervención sujetando el grave riesgo a medidas de protección ineficaces en sustracciones en las que media la violencia de género, una exigencia asimismo presente en el RB II bis y en la que reincide el RB II ter.

**60.** La postura de la Conferencia de la Haya materializada en la GBP de 2019 no parece avizorar un cambio de orientación en clave de género y buena muestra de ello ha sido optar por la elaboración de una guía que interpreta en exclusivo la excepción más controvertida del CHL 1980, el grave riesgo, en lugar de modificar este texto convencional para adaptarlo a las nuevas realidades que pautan a un cambio de perfil del sustractor y remueven la vulnerabilidad de los sujetos afectados por una violencia estructural en mujeres y menores, cada vez más frecuente y de acusada invisibilidad hasta hace poco tiempo.

**61.** La GBP, sin negar otros valores que contiene, no es un instrumento que proporcione pautas certeras ni convincentes capaces de garantizar la protección especial y adecuada que reclaman las víctimas de un flagelo social y cultural decimonónico. Su orientación, en estos casos, va dirigida en lo fundamental a consolidar los objetivos del CLH 1980. De hecho, uno de los problemas de partida detectados en la GBP es que equipara la violencia de género a otras situaciones de grave riesgo menos comprometidas que engloba esta excepción, desconociendo así la repercusión tan acusada de este motivo de excepción.

**62.** Tampoco la respuesta europea a esta cuestión es la más adecuada. La intervención del nuevo RB II ter en el ámbito de la sustracción intracomunitaria se ha centrado más en el sector del reconocimiento y ejecución, en gran medida para salvaguardar cuestiones sobrevenidas a la decisión de retorno en base al interés superior del menor, lo que resulta a todas luces saludable. En cambio, no ha ofrecido soluciones a la altura de la sensibilización que exige esta problemática *ex ante*.

Así, por ejemplo, en el sector de la competencia judicial internacional no existe ninguna regulación que incorpore el *gender mainstreaming*, toda vez que el tribunal de la residencia habitual del menor sigue conservando la competencia para resolver sobre el fondo en situaciones de violencia de género (art. 9), dando por sentado que tales autoridades son “en todo caso” las mejores situadas para atender al interés superior del menor. A ello se suma que el art. 27.3 del RB II ter mantiene la obligatoriedad de devolver al menor en supuestos de grave riesgo, haciendo descansar todo su peso en medidas de protección susceptibles de ser quebrantadas por el maltratador. Semejante solución no tiene en cuenta que en este tipo de situaciones siempre subyace el temor de ocasionar en el futuro daños físicos o psíquicos con resultados muy lamentables para las víctimas, llegando incluso a causar la muerte no solo al menor, sino a la madre sustractora que le acompaña.

Por su parte, el mecanismo de la segunda instancia, aunque mejorado, no se ha eliminado, lo que en la práctica posibilita que una resolución posterior sobre el fondo “modifique indirectamente” la decisión previa de no devolución, si tal decisión implica a la postre la devolución del menor.

**63.** Es bien sabido que cualquier medida de protección que se adopte puede ser quebrantada por el maltratador, y un claro reflejo de ello se advierte con más intensidad en la violencia que los maltratadores ejercen sobre los hijos con el objetivo de causar el mayor daño posible a sus parejas o exparejas (violencia vicaria). De ahí que las decisiones que se adopten en sustracciones transfronterizas de menores expuestos a la violencia de género deben estar presididas por la consideración primordial del interés superior del menor frente al resto de intereses en presencia. Y esta consideración implica, “en todo caso”, evaluar los límites que establece este principio rector al derecho a la vida familiar.

En este tipo de sustracciones la devolución del menor al Estado de su residencia habitual no se debe constituir en una garantía vinculada al derecho a la vida familiar, si existe una causa justificada que impide el mantenimiento de este derecho por no resultar conveniente para el menor. Las autoridades tampoco deben marginar en sus razonamientos y fundamentaciones que las situaciones violencia, en cualquiera de sus modalidades, implican, además, un ataque a la dignidad humana y a la integridad física y psíquica de los menores que, en los términos establecidos en la OG 13/2011, presenta carácter absoluto.

Las sustracciones de menores en situaciones demostradas de violencia de género son igual de peligrosas en el ámbito intraeuropeo que fuera de este. Por este motivo, no se justifica construir un trato desigual en atención al principio de confianza comunitaria ya que este parámetro no aporta ninguna garantía a la excepción del art. 13.1 b) en este tipo de sustracciones, sino, todo lo contrario, la convierte en más restrictiva si cabe.

Todo ello nos lleva a considerar que algunas de las soluciones que consagra el RB II ter se alejan de los estándares delineados por el Comité de Derechos del Niño (CDN y observaciones de desarrollo), en la medida siguen dando prioridad a los objetivos del CLH 1980 y al principio de confianza comunitaria frente a otros derechos que participan con brío en estos procedimientos.

**64.** Se debe abandonar la idea repetida como un mantra que confirma que la frecuente utilización de la excepción del art. 13.1 b) hace peligrar las bases del CLH 1980, convirtiéndolo en “papel mojado”. Las situaciones de violencia de género han de ser abordadas desde diversas perspectivas, al tratarse de un tema excesivamente sensible y comprometido debido a la gran complejidad que plantea su naturaleza multidimensional. Estos casos, es cierto, precisan un nivel de detalle que en su mayoría no está disponible en procesos tan breves como los de restitución. Pero esta limitación en modo alguno debe servir para omitir una evaluación de lo que resulta más conveniente al menor, sin comprometer el sentido y alcance del art. 3.1 del CDN y la OG 13/2011, de los arts. 8 y 7 de la CEDF y de la CDFUE, respectivamente.

**65.** Consideramos que la infravaloración del *gender mainstreaming* en este ámbito se puede contrarrestar, al menos, de tres maneras posibles: 1) excluyendo del ámbito de aplicación del CLH 1980 las sustracciones motivadas en la violencia de género; 2) introduciendo una excepción específicamente diseñada para abordar esta problemática; o 3) estableciendo un diálogo armónico entre el CLH 1980 y el RB II ter y el resto de instrumentos normativos de obligado cumplimiento en decisiones que afectan a los menores (CDN, observaciones generales de extensión, Convenio de Estambul, CEDH y CDFUE).

Somos, sin embargo, conscientes que las dos primeras propuestas son muy controvertidas y escasamente pacíficas en la doctrina. Como también asumimos que dejar a la suerte del intérprete la respuesta a esta problemática (tercera propuesta), solo conseguirá perpetuar un tratamiento desigual y una amenaza permanente que pesa, cual espada de Damocles, en los menores víctima de la violencia machista y en sus madres, sobre todo, a la vista de los resultados estadísticos existentes en torno a esta excepción y del enfoque de la GBP sobre cómo debe ser interpretado el art. 13.1 b), al que se suman con fuerza las restricciones que sigue manteniendo el RB II ter.

**66.** El mensaje que en nuestra opinión debe quedar claro en relación con esta problemática, es que, por encima de los objetivos del CLH 1980 y de otros derechos en pugna se sitúa “siempre” el interés superior del menor, al tratarse de un valor irreductible que gobierna todo el sistema de protección consagrado en la CDN, diseñado exclusivamente para garantizar que los menores reciban la protección debida con respecto a los derechos allí registrados, entre ellos, el de no ser objeto de “ningún tipo de violencia”.