

# PROTECCIÓN DE MENORES Y DISCAPACITADOS

## Dirección

Mónica Herranz Ballesteros  
Nayiber Febles Pozo

## Coordinación

Silvia Pereira Puigvert



Proyecto PID2020-114611RB-I00 Financiado por el MCIN/AEI «Protección del menor en las crisis familiares internacionales. (Análisis del Derecho Internacional Privado español y de la Unión Europea)» concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.



# PROTECCIÓN DE MENORES Y DISCAPACITADOS

## **Dirección**

Mónica Herranz Ballesteros  
Nayiber Febles Pozo

## **Coordinación**

Sílvia Pereira Puigvert

COLEX 2023

# SUMARIO

## PRÓLOGO

*Antonio del Moral García*

Prólogo .....	13
---------------	----

## LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN LA ENCRUCIJADA

*Luis Francisco Carrillo Pozo*

I. La respuesta de la UE al problema del secuestro de menores. Del CLH 1980 al RBII ter: haciendo equilibrios .....	23
II. La posición del TEDH: de Neulinger a la bendición de las dilaciones .....	28
III. (Sigue): cuadrando el círculo .....	31
IV. Más sobre la desaparición de la automaticidad: los tribunales constitucionales se pronuncian. Ejemplos de la práctica española y alemana ..	32
V. El sistema revisitado. La imposibilidad de encajar las piezas de los diversos instrumentos internacionales: la sustracción internacional de menores, problema sin solución .....	35
V.1. Dificultad de encajar el respeto a los derechos fundamentales en un procedimiento teóricamente expeditivo de retorno .....	37
V.2. Las dilaciones, la inevitable consecuencia .....	39
V.3. El interés del menor, mucho más que el restablecimiento del <i>statu quo ante</i> . La prevalencia de la estabilidad. Cuando el menor pierde sus vinculaciones con un progenitor .....	44
V.4. (Sigue): Secuestro de menores y alegación de violencia doméstica por parte del sustractor .....	46
VI. Final: de según como se mire, todo depende .....	50
VII. Bibliografía .....	50

## PROYECTOS MIGRATORIOS INCOMPLETOS. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN SUPUESTOS DE HOGARES TRANSNACIONALES

*Mónica Herranz Ballesteros*

I. Introducción. Referencia al contexto .....	55
II. Instrumentos jurídicos aplicables .....	57
II.1. Elección del texto jurídico aplicable: el criterio del lugar de la residencia habitual del menor .....	59

## SUMARIO

II.2. Elección del texto jurídico aplicable: cambio de instrumento mismo lugar de residencia habitual del menor . . . . .	61
III. Supuestos prácticos a examen . . . . .	63
III.1. Medidas de protección sobre menores en supuestos de petición de divorcio: foro por conexidad procesal . . . . .	64
III.2. Petición de medidas de protección sobre menores en supuestos distintos al <i>forum divortii</i> . . . . .	67
IV. Conclusiones . . . . .	72
V. Bibliografía . . . . .	74

### **EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: UN AUTÉNTICO PRINCIPIO EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**

*Nayiber Febles Pozo*

I. Introducción . . . . .	77
II. El interés superior del menor en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño . . . . .	79
II.1. El interés superior del menor. Ideas generales . . . . .	79
II.2. Una visión tridimensional del concepto del interés superior del menor en la interpretación del Comité de los Derechos del Niño. . . . .	80
II.3. El interés superior del menor como consideración primordial . . . . .	82
III. Interés superior del menor y Derecho internacional privado. Breve apunte. . . . .	83
IV. El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea . . . . .	86
IV.1. Prevalencia del interés superior del menor. . . . .	87
IV.2. El interés superior del menor: función integradora o correctora de la norma . . . . .	89
IV.3. Interpretación extensiva del interés superior del menor . . . . .	91
V. A modo de conclusión . . . . .	93
VI. Bibliografía . . . . .	93

### **¿LAS NACIONALIZACIONES MASIVAS SON UNA BUENA MEDIDA DE PROTECCIÓN DE MENORES?**

*Lidia Moreno Blesa*

I. Consideraciones previas . . . . .	99
II. La Instrucción de 25 de octubre de 2022 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública . . . . .	103
III. La ciudadanía de la Unión . . . . .	105
IV. La determinación de la nacionalidad efectiva en los casos de nacionalidad múltiple . . . . .	107
IV.1. ¿Qué dice la jurisprudencia del TJUE en materia de nacionalidad? . . . . .	109
IV.2. ¿Cómo se resuelven los conflictos de plurinacionalidad en el Derecho internacional privado? . . . . .	111

## SUMARIO

V. Los derechos fundamentales como límites a las competencias sobre nacionalidad de los estados miembros . . . . .	112
VI. Reflexiones finales . . . . .	114
VII. Referencias bibliográficas . . . . .	115

### **EL MATRIMONIO FORZADO DE MENORES: UNA MIRADA AUSENTE A LOS CONCEPTOS MÁS POLÉMICOS**

*Encarnación Abad Arenas*

I. Introducción . . . . .	117
II. Matrimonios forzados o matrimonios infantiles . . . . .	120
III. Inexistencia de los elementos esenciales del matrimonio . . . . .	121
IV. El matrimonio forzado y su doble tipificación en el Código Penal español . . . . .	124
V. Conclusiones . . . . .	131
VI. Referencias bibliográficas . . . . .	132

### **ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES Y PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE PERSONAS MENORES DE EDAD. APUNTES PARA ESPAÑA A COLACIÓN DEL ASUNTO BAZ V. BBA DE LA HIGH COURT OF SINGAPUR**

*Diego Agulló Agulló*

I. Introducción . . . . .	135
II. La cláusula de orden público en el control jurisdiccional del laudo arbitral en España . . . . .	136
II.1. Una aproximación conceptual a la cláusula de orden público en el arbitraje comercial . . . . .	136
II.2. Una aproximación al orden público y su aplicación en el arbitraje comercial por parte de los tribunales españoles . . . . .	139
II.3. Orden público, normas imperativas y protección del patrimonio de personas menores de edad . . . . .	143
III. Reflexiones finales . . . . .	145
IV. Referencias . . . . .	146

### **PROTECCIÓN DEL MENOR INFRACTOR: GARANTÍAS Y DERECHOS INHERENTES A LA JUSTICIA JUVENIL**

*Elisabet Cueto Santa Eugenia*

I. Características específicas del menor infractor . . . . .	149
II. Instrumentos internacionales de justicia juvenil . . . . .	151
II.1. Convención sobre los Derechos del Niño . . . . .	151
II.2. Reglas de Beijing . . . . .	151
II.3. Directrices de Riad . . . . .	152
II.4. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño . . . . .	153

## SUMARIO

III. Garantías y derechos recogidos por la legislación española . . . . .	154
III.1. Medidas de corte educativo . . . . .	154
III.2. Especialización de los profesionales . . . . .	156
III.3. Desviación por medio del principio de oportunidad . . . . .	157
IV. Conclusión . . . . .	160
V. Bibliografía . . . . .	160
VI. Normativa utilizada . . . . .	162

### **LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE ADULTOS VULNERABLES: SOLUCIONES DEL CONVENIO DE LA HAYA 2000 Y ARGUMENTOS SOBRE LA (NECESARIA) ADHESIÓN DE ESPAÑA**

*Marina Vargas Gómez-Urrutia*

I. Introducción . . . . .	164
II. Finalidad y ámbitos de aplicación del CH 2000 . . . . .	169
II.1. Finalidad . . . . .	169
II.2. Ámbito de aplicación del Convenio: personal, temporal, espacial y material. . . . .	170
III. Reglas para la determinación de la autoridad competente . . . . .	174
III.1. Consideraciones en torno al criterio general de atribución de competencia: la residencia habitual del adulto . . . . .	174
III.2. Atribución de competencia a las autoridades del Estado de la nacionalidad del adulto: su carácter concurrente y subsidiario . . . . .	175
III.3. Traslado de la competencia a un foro apropiado (arts. 8 y 9) . . . . .	176
III.4. Foro en casos de urgencia (art. 10) . . . . .	177
IV. Criterios de conexión para la determinación de la ley aplicable . . . . .	177
IV.1. Ley aplicable a las medidas de protección (arts. 13-14) . . . . .	178
IV.2. Ley aplicable a los poderes de representación conferidos por un adulto en caso de incapacidad (arts. 15-17) . . . . .	178
IV.3. Previsiones generales sobre los problemas de aplicación del ordenamiento jurídico designado por la norma de conflicto . . . . .	180
V. Reconocimiento y ejecución de medidas protectoras. Certificado internacional . . . . .	181
V.1. Reconocimiento . . . . .	181
V.2. Declaración de ejecutoriedad o registro y ejecución . . . . .	182
V.3. Circulación de certificados . . . . .	183
VI. Cooperación de autoridades . . . . .	183
VI.1. Funciones generales de las Autoridades Centrales . . . . .	184
VI.2. Funciones referidas a un adulto concreto . . . . .	185
VII. Valoraciones conclusivas . . . . .	186
VIII. Referencias bibliográficas . . . . .	188

**LAS MANIFESTACIONES DE VIOLENCIA HACIA LA PERSONA ADULTA  
MAYOR EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD EN CUBA. UNA MIRADA  
A SUS FACTORES DE RIESGO DESDE EL LENTE CRIMINOLÓGICO**

*Iracema Gálvez Puebla*

*Joanna Pereira Pérez*

*Dariana Lázara Martínez Hernández*

I. Consideraciones generales sobre la violencia. Aproximación conceptual al maltrato del anciano en situación de discapacidad . . . . .	192
II. Fundamentos de la ocurrencia del maltrato hacia los ancianos en situación de discapacidad. Factores criminológicos y victimológicos . . . . .	196
II.1. Características del adulto mayor como víctima de la violencia. Apuntes sobre la discapacidad, dependencia y vulnerabilidad en la persona adulta mayor . . . . .	196
II.2. Factores criminológicos individuales del victimario . . . . .	200
II.3. De los factores criminológicos propios del medio en que se produce . . . . .	202
II.3.1. Medio social o estructural . . . . .	202
II.3.2. Medio comunitario . . . . .	203
II.3.3. Medio familiar . . . . .	204
III. A modo de conclusiones . . . . .	205
IV. Referencias bibliográficas . . . . .	206

# LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN LA ENCRUCIJADA <sup>1</sup>

**Luis Francisco Carrillo Pozo**

*Profesor de Derecho internacional privado*

*Universidad de Almería*

luiscarr@ual.es

SUMARIO: I. La respuesta de la UE al problema del secuestro de menores. Del CLH 1980 al RBII ter: haciendo equilibrios. II. La posición del TEDH: de Neulinger a la bendición de las dilaciones. III. (Sigue): cuadrando el círculo. IV. Más sobre la desaparición de la automaticidad: los tribunales constitucionales se pronuncian. Ejemplos de la práctica española y alemana. V. El sistema revisitado. La imposibilidad de encajar las piezas de los diversos instrumentos internacionales: la sustracción internacional de menores, problema sin solución. V.1. Dificultad de encajar el respeto a los derechos fundamentales en un procedimiento teóricamente expeditivo de retorno. V.2. Las dilaciones, la inevitable consecuencia. V.3. El interés del menor, mucho más que el restablecimiento del *statu quo ante*. La prevalencia de la estabilidad. Cuando el menor pierde sus vinculaciones con un progenitor. V.4. (Sigue): Secuestro de menores y alegación de violencia doméstica por parte del sustractor. VI. Final: de según como se mire, todo depende. VII. Bibliografía

---

1 El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, «Protección del menor en las crisis familiares internacionales. (Análisis del Derecho Internacional Privado español y de la Unión Europea)» concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Constituye la reelaboración de la ponencia de idéntico título presentada en las III Jornadas Internacionales Sistemas Jurídicos de Europa e Iberoamérica: Tendencias actuales, organizadas por la UNED, UAL y UdG y celebradas en forma telemática los días 15 y 16 de diciembre de 2022. La bibliografía sobre este tema es inabarcable. Confío en la benevolencia del lector, que sabrá disculpar las inevitables carencias. Muchas veces las referencias con el resultado de un juicio absolutamente subjetivo, y no aspiro a que guste a todos lo que a mí me parece bueno. De la misma manera, con frecuencia, trabajos de calidad incontestable se quedan en el fondo de la memoria, sin ser citados. A los anónimos, pues, mis disculpas y mi agradecimiento. Todas las páginas web referidas han sido consultadas por última vez el día 20 de marzo de 2023.

Parece como si todos los problemas del mundo se arreglaran emanando normas. Todos quieren dejar su impronta, hacer como si hicieran, algo definitivo y útil. Y, si no se logran estos objetivos, que al menos sea llamativo. El tema de la protección de los menores constituye un buen ejemplo. Desde las declaraciones de derechos —bastante genéricas— hasta la disciplina internacional privatista de los aspectos más complicados, tenemos normas para todos los gustos (no necesariamente contradictorias, o sea, reiterativas sin más), que, en la medida en que quedan subordinadas a la realización del principio básico del interés del menor, conceden tanto margen al intérprete que abocamos a un sistema de soluciones imprevisibles, el triunfo de la tópic. Que algunas de esas normas se solapen en cuanto al ámbito material no es un detalle despreciable, mas no extremadamente grave, porque, si bien es cierto que, cuando surja algún problema, la primera —ardua— tarea debería ser dilucidar cuál es el régimen aplicable, quedarse con uno y excluir todos los demás, no es menos cierto que en la vida real, allí donde se sobrevive al margen de escrúpulos técnicos, la duda se resuelve mediante el procedimiento de la acumulación, es decir, que a fuer de repetitivos los instrumentos pueden operar conjuntamente (y de ahí esas demandas, contestaciones y resoluciones judiciales donde se amontonan normas de forma aluvional)<sup>2</sup>. A propósito de esas reglas/principios interesan sobremanera las orientaciones jurisprudenciales, que adquieren transcendental importancia porque pueden llegar a corregir su operatividad. Los principios generales son útiles para amoldar las fórmulas legales a las transformaciones sociales y a las circunstancias del caso sin necesidad de cambiar la ley, pero en ellos anida el germen de la incertidumbre: cuando uno afronta un tema de menores, a veces da la impresión de estar introduciéndose en algo más complejo que un laberinto, porque un laberinto es previsible por ser lineal; aquí, sin embargo, todo es dudoso.

Si lo dicho hasta aquí vale con carácter general, en el tema del secuestro de menores que me propongo tratar, por no estar claro no lo está ni siquiera

---

Por lo demás, siguiendo las recomendaciones de los evaluadores de la Aneca, transcribiré el texto de las normas y de las sentencias, aunque sean conocidas y/o estén disponibles con facilidad, y optaré por la palabra más larga, las fórmulas lingüísticas más extensas: ya que les gustan los artículos con muchas páginas y odian la concisión, ya que levitan del gusto ante lo superfluo, haré lo posible por contribuir a su orgásmico placer. Confío en que el avisado lector seguirá disculpándome, y en que ellos me agradecerán el dispendio de espacio.

- 2 Cfr. BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: «El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña», 25 de noviembre de 1993, p. 52, explicando la compatibilidad entre los convenios de La Haya y Luxemburgo de 1980, en la medida en que cada uno se dedica a un aspecto concreto (restablecimiento inmediato de la situación de hecho/eficacia extraterritorial de resoluciones). De todas formas, nuestro país tuvo que ser advertido de las deficiencias detectadas en la aplicación del sistema diseñado en el CLH 1980, utilizado como instrumento idóneo para solicitar el *exequatur* de las decisiones extranjeras.

el objetivo al que debe tender el operador jurídico<sup>3</sup>: hablar del interés del menor es decir todo y nada a la vez, y deja paso a la confrontación de principios contrapuestos (estabilidad o retorno inmediato; bienestar individual o disuasión general). Es cierto que todo en esta materia aparece presidido por la referencia a tal interés, que inspira la elaboración de las normas y, con decisiva intensidad, su interpretación; no en vano, como tal aparece en el frontispicio de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre derechos del niño (art. 3.1)<sup>4</sup>, que viene a ser el norte compartido por prácticamente todas las jurisdicciones<sup>5</sup>. Pero resulta más fácil hablar de él que concretar en qué consiste. En un entorno de conflicto (léase crisis conyugal o de pareja) su identificación no es tarea sencilla, por más que el punto de partida esté bien establecido: cuando hay una ruptura se rompe con la pareja, no con los hijos, que, en consecuencia, deben mantener los contactos con ambos progenitores. Es lo que viene a subrayar el art. 9 de la misma Convención (también en la CDFUE): no se puede separar a aquellos de los padres, los Estados Partes deben respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, *salvo* si ello es contrario a ese interés superior, y —el punto central para lo que aquí interesa— «(...) adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero», incentivando la conclusión de convenios a tal fin (art. 11)<sup>6</sup>. «Luchar contra»

- 
- 3 Es más, la misma ubicación sistemática, su inclusión en el bloque temático protección de menores es discutible, cuando hay regulaciones que prevalentemente protegen es la imperatividad de las soluciones legales, es decir, un interés general superior al interés particular.
- 4 «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».
- 5 El art. 24 CDFUE en el mismo sentido dice que «1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Pueden expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. 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». Como recuerda A. FERNÁNDEZ PÉREZ —recogiendo el *General comment n.º 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, a cargo del *Committee on the Rights of the Child*—, la idea de interés del menor abarca tres dimensiones, la sustantiva (que sus intereses sean tenidos en cuenta), la interpretativa (como elemento informador de la interpretación de las normas) y la procedimental (derecho a ser informado y oído): «Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 151, 2018, pp. 10 ss. en particular.
- 6 Los arts. 10 y 35 abundan en la misma idea: derecho a mantener contactos y relaciones personales con los padres que viven en Estados distintos. En la jurisprudencia española estas ideas han sido aludidas con frecuencia para llegar a la solución considerada más adecuada. Al respecto véase la recopilación de MAGRO SERVET, V.: «Suspensión del régimen de visitas entre padre e hija por interés superior del menor en casos de violencia», en *Revista de Derecho de*

es prevenir y reprimir, y ahí es claro que las soluciones unilaterales no funcionan, porque no bastan. En un entorno verdaderamente internacional, donde la custodia compartida es inviable, el primer paso es garantizar el contacto mediante el ejercicio de los derechos de visita, pacífico para ambos padres, sin obstáculos a su efectividad y minimizando el riesgo de desplazamientos o retenciones ilícitas que saquen al menor de su ambiente usual: es la única estrategia *win-win*<sup>7</sup>. Tal sería el sentido de las reglas del art. 21 del convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y 35 CLH 1996. Un sistema equilibrado de contactos reduce el riesgo de litigios, pero no evita que el progenitor insatisfecho adopte comportamientos al margen de las previsiones legales, y cuando su reacción sea un desplazamiento ilícito habrá que buscar remedios expeditivos, porque las dilaciones son aliadas del infractor<sup>8</sup>. El tema es bien conocido y no hace falta dedicarle demasiado espacio: comparecen en este punto el CLH 1980, cuyo éxito ha oscurecido al de Luxemburgo de 1980 relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia<sup>9</sup>; sobre él se proyectan el RBII bis

---

*familia*, 2023 (versión *online*). Como la sala de lo civil del TS no se puede pronunciar en materia de secuestro, sus pronunciamientos eventualmente relevantes en este tema se encuentran en sentencias sobre atribución de guarda y custodia o uso de la vivienda familiar. Es paradójicamente la sala de lo penal la que ha dictado resoluciones con hondo calado en asuntos de Derecho internacional privado; la sentencia de 23 de abril de 2021 realiza una extraordinaria exposición de precedentes y objetivos, y una exégesis de los distintos instrumentos.

Por otra parte, España ha firmado el Convenio europeo sobre relaciones personales con menores, de 15 de mayo de 2003, que viene a sentar los mismos objetivos: mantenimiento de relaciones (art. 4), audiencia al menor (art. 6), obligación de reconocer y ejecutar las resoluciones extranjeras (art. 14). Destacable la previsión de cautelas específicas en el art. 10 encaminadas a la prevención de traslados ilícitos. Afortunadamente no ha sido ratificado, porque su art. 19 desplaza diversas normas del 11 del CLH 1980, complicando aun más si cabe el panorama jurídico.

- 7 Cfr. BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: «La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989», en ALDECOA LIZÁRRAGA, F. y FORNER DELAYGUA, J. J.: *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, 2010, p. 23.
- 8 Esto ya fue puesto de relieve en uno de los primeros estudios sobre el tema: SHAPIRA, A.: «Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases», en *Recueil des cours*, vol. 214, 1989, pp. 149 ss. el tiempo es la esencial del procedimiento, escribe gráficamente M. C. BARUFFI en «A child-friendly area of freedom, security and justice: work in progress in international child abduction cases», en *Journal of Private International Law*, 2018, pp. 385 ss.
- 9 El CLH 1980 vale en la medida en que los Estados (sus autoridades) cooperen. *Comity* y reciprocidad son la clave. Si no tienen voluntad de darle cumplimiento, no funciona. Basta dejar pasar el tiempo para que las situaciones ilegales se consoliden. Buena prueba de ello es la preocupación expresada por el Parlamento europeo en su resolución 8 de julio de 2020, sobre la sustracción internacional y nacional de menores de la Unión por sus progenitores en Japón (2020/2621(RSP)), que califica de alarmante el número de casos sin resolver que implican a progenitores nacionales de la UE y japoneses.

—aun eficaz— y el *ter*, más incisivos aun en la implementación de esa política de restablecimiento semiautomático del *status quo ante*<sup>10</sup>. Todos tienen en común la equiparación de interés del menor y retorno, que lógicamente pasa por —*rectius*, depende de— un procedimiento rápido<sup>11</sup>. La vida en el sistema diseñado por el CLH 1980 es muy cómoda: las fórmulas automáticas tienen esa ventaja, evitan ponderaciones. Pero cuando irrumpe el TEDH exigiendo la atención individualizada de cada caso, y cuando algunos Tribunales constitucionales abundan en esa misma orientación, la placidez de lo automático se ve alterada hasta el extremo de que es legítimo preguntarse si ese esquema sigue valiendo. ¿Es realmente posible un procedimiento sumario? ¿Acaso la inevitable pérdida o debilitamiento de la celeridad no debería incidir en la respuesta final?

Intentaré poner de relieve que el sistema convencional tal y como fue diseñado ha muerto. No es que se pueda modificar la norma y se logre la vuelta a la placidez, sino que la placidez es imposible. A tal efecto me detendré por un momento en el vigente RBII *ter*, para pasar después a exponer algunas experiencias jurisprudenciales paradigmáticas.

## I. La respuesta de la UE al problema del secuestro de menores. Del CLH 1980 al RBII *ter*: haciendo equilibrios

Es sabido que cuando se trabajaba en el RBII *bis* se barajaron diversas opciones en punto a sustracción de menores: elaborar un modelo distinto al de la Conferencia de La Haya, seguir con él sin más (al fin y al cabo, prácticamente todos los países de la UE ya lo habían ratificado cuando se inicia este siglo) o tomarlo como punto de partida pero reforzando la cooperación, asumiendo que la supresión del *exequatur* comportaría una mayor efectividad del CLH 1980<sup>12</sup>. Esta última fue el camino seguido, y el reglamento 2019/1111 no ha hecho más que intentar conti-

10 La misma idea de rapidez aparece en todos los textos internacionales, pero siempre dependiente de lo que dispongan los ordenamientos nacionales y lo que hagan los jueces. El art. 7 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, de 25 de enero de 1996, bajo el título «Obligación de actuar con prontitud» es elocuente al disponer que «En los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial deberá actuar con prontitud para evitar toda demora inútil y deberán existir procedimientos encaminados a asegurar una rápida ejecución de las decisiones. En los casos urgentes, la autoridad judicial estará facultada, cuando proceda, para tomar decisiones que sean inmediatamente ejecutivas».

11 Por lo demás, la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores parte de principios idénticos y recoge métodos muy similares.

12 La respuesta que se da desde la Conferencia de La Haya a los problemas detectados fue elaborar una Guía de buenas prácticas. El tema está expuesto en RODRÍGUEZ PINEAU, E.: «La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya», en *REEI*, 2018, p. 9.

nuar el modelo<sup>13</sup>. Al final lo que tenemos son textos esencialmente alineados que comparten objetivos, filosofía y —con el matiz que referiré *infra*— método (por supuesto, el Convenio de La Haya de 1996 va en la misma línea cuando regula la competencia judicial internacional en la materia), no desmentido por el hecho de que se hayan incorporado modificaciones que afectan a la audiencia de las partes y del menor y acentúan la cooperación entre autoridades<sup>14</sup>.

La filosofía del texto, como decía, es la misma del CLH 1980, que sigue siendo el instrumento capital que plasma la subyacente a todas las declaraciones internacionales. El interés del menor como principio es una constante. Ya hemos visto *supra* que el recurso a conceptos generales tiene la ventaja de permitir respuestas ajustadas (materialmente justas) en cada caso, realizar en cada momento y circunstancia histórica los objetivos perseguidos por el ordenamiento, amoldándolo sin necesidad de descender a negociar, redactar y actualizar prolijas regulaciones. Si a eso le unimos un sistema de reconocimiento que opere sin trabas, se garantiza la estabilidad en la disciplina de las situaciones jurídicas. Viene ello a colación porque, si bien la expresión «interés del menor» no aparece en ningún punto del CLH 1980, no es menos cierto que ha quedado incorporado en el informe oficial anexo, pero de una forma peculiar, porque viene encapsulado, lo que no es indiferente, ya que se ha perdido la flexibilidad al reducir las facultades de integración (léase ductilidad/adaptación a las peculiaridades del caso concreto) inherentes a su carácter genérico, cristalizándolo en el tan mencionado restablecimiento del estado anterior<sup>15</sup>. De esta manera, el sistema identifica en abstracto cuál es el interés del menor, y encomienda al juez del Estado de la residencia habitual su verificación en el caso particular en estudio, sin posibilidad de alteración de ese reparto de competencia<sup>16</sup>.

13 Al respecto *vid.* MCELEAVY, P.: «The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?», en *Journal of Private International Law*, 2005, pp. 8 ss.

14 Aunque no todo es CLH 1980. La transcendencia del RBII ter no es baladí: no se pierda de vista que más de la mitad de las solicitudes de retorno son intracomunitarias (las estadísticas más recientes disponibles en la página web de la Conferencia corresponden a 2015: pueden verse en el documento The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention-October 2017).

15 Es evidente que, puestos a concretar el contenido del concepto, resulta menos absurdo equiparar interés del menor con retorno que con no retorno: CUARTERO RUBIO, V.: «La sustracción internacional de menores ante el juez: a vueltas con la racionalidad del Convenio de La Haya de 1980 y la ponderación», en CUARTERO RUBIO, V./VELASCO RETAMOS, J. M. (dirs.): *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, 2021, p. 326.

16 *Cfr.* MARI, L.: «L'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)», en *Studi Urbinati, A — Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, 2013, p 113.

En una primera aproximación estaremos de acuerdo en que casi cualquier consideración palidece frente a la única finalidad perseguida, esto es, tal regreso y permanencia en el Estado de la residencia habitual legal<sup>17/18</sup>. Siendo tan claro el objetivo, todo lo que enturbie ese resultado debería ser excepcional, y eso vale para las causas de denegación de las solicitudes de retorno de los arts. 12, 13 y 20. Por supuesto que la lectura positiva de lo anterior es la eficiencia: las presunciones (y si son *iuris et de iure* más aún) aligeran la tarea argumentativa y facilitan el logro de una respuesta inmediata (la limitación temporal del procedimiento de restitución no casa con un examen de fondo). En definitiva, se diseña un entramado de normas que deberían posibilitar el remedio de los casos de secuestro de menores en un plazo tan breve que ese incidente vendría a ser un paréntesis no traumático que abre la puerta sin interferencias a ulteriores debates sobre cuál es en el caso concreto el interés del menor (porque con el regreso no acaba el conflicto, es claro). De algún modo, se aplaza la discusión, conscientes de que la respuesta que se ofrece no es una verdadera solución.

El matiz prealudido se refiere a que en la UE se añaden dos principios básicos de construcción, el criterio de proximidad en el diseño de la competencia judicial (recuérdese que el CLH 1980 no incorpora ningún foro, que sí existe en el de 1996<sup>19</sup>) y la idea de confianza recíproca en cuanto a eficacia extraterritorial. Como resultado de todo lo anterior, se desemboca en la atribución a los tribunales de la residencia habitual de los menores previa al secuestro del control casi absoluto de lo que les concierne, y una recepción prácticamente incondicionada de los productos jurídicos extranjeros: competencia judicial internacional y eficacia extraterritorial de resoluciones quedan seriamente afectadas. Veamos alguna de las implicaciones de ambas cosas:

- Desde el momento en que se ha asumido que los tribunales de la residencia habitual del menor son los que están en las mejores condiciones de realizar los objetivos inherentes a la tutela de sus intereses, se convierten en el eje del sistema de competencia judicial internacional. La consecuencia deseada, positiva, de esa disciplina (exclusiva) es que se desincentivan

---

17 El informe oficial anexo al convenio, obra de E. PÉREZ VERA, pone de relieve el peligro inherente en la utilización de ese concepto, que ha servido a veces para dar cobertura a interpretaciones particularistas. Por eso se evitan referencias explícitas sin excluir «el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan» y se limita a plasmar el objetivo del retorno (apartado 23), que responde a una concepción determinada del interés superior del menor (apartado 25).

18 El convenio de Luxemburgo de 1980 sigue una estela similar, equiparando interés del menor con reconocimiento y ejecución de decisiones.

19 En este sentido, el CLH 1980 funciona como un no-proceso, un instrumento para la protección cautelar del foro de competencia principal en cuanto al fondo, o sea, el de la residencia habitual del menor: *cf.* CUARTERO RUBIO, V.: «La sustracción internacional de menores...», *op. cit.*, p. 331.

las maniobras oportunistas de los secuestradores, que no deben encontrar amparo en el Estado al que se han trasladado; no obstante, no se elimina el riesgo de discusiones en torno a la residencia habitual del menor, con posible conflicto positivo (teniendo en cuenta de que el art. 9 RBII ter permite retenerla en tanto en cuanto no se haya adquirido una en el Estado al que haya sido transferido, momento cuya precisión no es fácil<sup>20</sup>) o negativo de competencia<sup>21</sup>, y el consiguiente riesgo de quiebra del derecho a la tutela judicial. De todas formas, la derivada más problemática y específica de la materia en consideración es que con frecuencia el secuestrador no tendrá oportunidad de intervenir en el proceso sobre responsabilidad parental que se ventile ante los tribunales de la residencia habitual *legal* del menor, más que nada porque puede enfrentarse a una pena de cárcel tan pronto pise el territorio de ese Estado (por ejemplo, los casos citados más abajo ventilados por el Constitucional alemán, o el asunto *Neulinger*)<sup>22</sup>. En esta tesitura, la emanación del certificado para resoluciones privilegiadas del art. 47 RBII ter (sobre este tema volveré de inmediato) se torna problemática, en la medida en que depende de que se haya dado a todas las partes afectadas la oportunidad de ser oídas, y eso depende a su vez de la implementación de técnicas de comunicación a distancia. La afirmación de la imposibilidad de esas audiencias lleva a discusiones sobre la validez del certificado, como las que referiré en seguida, y que suponen la negación de la confianza recíproca y por ello de los objetivos.

20 Hay cosas que son inevitables, y perder la competencia sobre cuestiones de responsabilidad parental es una de ellas. Con envidiable pragmatismo la SAP de Pontevedra de 17 de abril de 2018 evidencia que «...una inicial sustracción ilícita, mantenida en el tiempo genera, cuando crea una situación de estabilidad, un estado también protegible por el ordenamiento, especialmente cuando trasluce una defensa del interés del menor, que no está viciado por aquella inicial sustracción ilícita».

21 Un ejemplo reciente es el litigio que desemboca en la STEDH de 14 de febrero de 2023 (*Byčenko v. Lithuania*, asunto n.º 10477/21): niño que se traslada desde Lituania a Holanda junto con su madre; el padre, residente aun en Lituania, solicita a los tribunales propios que emanen una orden fijando la residencia del menor junto con el actor. Se rechaza la demanda alegando que la competencia corresponde a los órganos judiciales holandeses. Mas cuando se acciona ante estos últimos, se afirma que, dada la ilicitud del traslado, siguen siendo competentes, *ex art. 9 RBII bis*, los jueces lituanos.

Por supuesto, como evidencia este caso, tampoco queda excluido el riesgo de discusiones en torno a la concurrencia o no de los elementos de hecho en los que se funda el juicio de legalidad o ilegalidad de un traslado (en ese caso era controvertida la anuencia del padre).

22 Y esto tiene poco remedio: en España, recuérdese, el delito de sustracción de menores del art. 225 bis CP es perseguible de oficio y no hay forma legal de archivar las actuaciones (el proceso de mediación no es causa para ello). En nuestro país serían impensables los *undertakings* conocidos en el sistema inglés que pueden suponer, entre otras cosas, el compromiso de no iniciar, mantener o continuar con ninguna acción penal contra el secuestrador. El único «alivio» es que debe ser entendido en relación con los convenios de los que España es parte, de forma que no debería aplicarse a los niños de más de 16 años (*cf. DE LA ROSA CORTINA, J. M.: Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales, Valencia, 2010, p. 371*).

• La consagración del predominio de los tribunales de la residencia habitual legal del menor se traduce asimismo en la configuración del mecanismo de prevalencia, o sea, la atribución de la última palabra en punto a responsabilidad parental a sus jueces. Es el mismo modelo del RBII bis, desconocido sin embargo en los demás instrumentos de cooperación<sup>23</sup>. Como se recordará, el art. 29 RBII ter prevé que en caso de emanación de una resolución que rechace la restitución del menor por alguno de los motivos recogidos en el art. 13.1.b (peligro físico o psíquico o exposición a una situación intolerable)<sup>24</sup> o 13.2 (negativa del menor con suficiente juicio) CLH 1980, prevalece la dictada en cuanto al fondo del asunto por el tribunal con competencia exclusiva en la materia y que comporte la restitución del niño (alteración del régimen de responsabilidad parental con atribución de la guarda y custodia al progenitor frustrado, por ejemplo, como se hace en el ordenamiento inglés a modo de sanción del secuestro)<sup>25</sup>. Dicho de otra forma, se traza una línea continua entre sistema de competencia judicial internacional y régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones, prefiriéndose la resolución sobre el fondo de los tribunales con competencia exclusiva (los de la residencia habitual) a la resolución sobre no retorno del menor, basada en alguno de los motivos del art. 13 CLH 1980, que bajo ningún concepto ha podido pronunciarse sobre respon-

23 Ya en la sentencia del TJ de 11 de julio de 2008 (Rinau) se subrayaba en relación con el art. 11.6 RBII bis (equivalente al actual 29.3 RBI ter) que la obligación del órgano judicial que deniegue la restitución de un menor de remitir toda la documentación al tribunal competente en cuanto al fondo «tienen por objeto no sólo garantizar la restitución inmediata del menor al Estado miembro en el que tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, sino también *permitir al órgano jurisdiccional de origen evaluar las razones y las pruebas sobre las que se fundamenta la resolución de no restitución*» (la cursiva es propia): queda claro que el control corresponde a este último juez, así como el carácter central de la residencia habitual del niño.

24 Téngase en cuenta que la utilización de esta causa viene restringida por el art. 27.3 RBII ter, a tenor del cual se prohíbe denegar la restitución del menor únicamente sobre tal base si la parte que solicita la restitución demuestra al órgano jurisdiccional, o si consta de otro modo al órgano jurisdiccional, que se ha dispuesto lo necesario para garantizar la protección del menor tras su restitución. No es sino la exaltación (otra más) del papel central del lugar de residencia habitual legal del niño. Ciertamente, la implementación de la norma es tan difícil que no parece que vaya a poder ser utilizada con profusión, porque el único compromiso del juez que esté llamado a decidir sobre la devolución es dar audiencia al solicitante, y procurar (ninguna obligación en el apartado 4 del art. 27) comunicarse con el órgano judicial de residencia habitual antes de su traslado. Que ese solicitante conozca que se han adoptado medidas de protección es imposible si no es porque ha requerido la adopción de medidas cautelares, cuyo ajuste a las circunstancias del caso concreto (o sea, si las medidas son o no suficientes) no se puede dar por descontado si el nivel de conocimiento disponible no es pleno. En segundo lugar, no podemos dejar de lado las dilaciones que comporta este procedimiento.

25 Con lo cual se priva de sentido al sistema de recursos establecido en su caso en el país a donde ha sido trasladado el menor. Su único efecto es dilatorio. En Bélgica, por ejemplo, no se permite recurrir una resolución denegatoria dictada al amparo del art. 13 CLH 1980 (art. 1322.6 Código judicial).

sabilidad parental<sup>26</sup>. Lo malo es que de esta forma se realiza una enmienda a la totalidad al equilibrio alcanzado, al romper la relativa estabilidad lograda en el CLH a la hora de repartir competencias (retorno/fondo) entre los distintos tribunales<sup>27</sup>. En segundo lugar, ya he apuntado que se diseña un sistema privilegiado de reconocimiento y ejecución de resoluciones —continuación del RBII bis— en el que prácticamente desaparecen las posibilidades de denegación (art. 50 RBII ter), limitadas a la inconciliabilidad de decisiones, e inviable si se trata de hacerles frente en base a motivos de fondo. Una vez que un juez decide rellenar el formulario VI se pone en marcha un procedimiento restitutorio imparabile, basado exclusivamente en las parcas afirmaciones de un juez (competente, en efecto) cuya veracidad es difícilmente controlable. Por ejemplo, y por referirme a cuestiones estructurales, no hay manera de verificar si se ha dado la oportunidad de ser oídas a todas las partes, si el menor es capaz o no de formarse un juicio, si se le ha concedido audiencia o no; no es que no se deba controlar, es que no se puede en base al formulario en cuestión. Evidentemente, la confianza ciega no se impone por caprichoso voluntarismo, y llega un momento en que salta por los aires, como veremos de inmediato.

- Una lectura somera permite pensar que el diseño reglamentario es delicado, incluso frágil. Baste a este respecto apuntar la cuestión controvertida —o, al menos, problemática—, del plazo de tiempo concedido para resolver (art. 24, seis semanas), completamente irreal y sistemáticamente violado. Sobre este extremo volveré en su debido momento.

A modo de conclusión parcial: lo anterior traza un esquema que aspira a la máxima celeridad y automaticidad, pero que encierra en su propio seno fermentos de implosión que permiten dudar sobre las posibilidades reales de llevarlo a la práctica. Vamos a ver cómo se añaden componentes externos que terminan por cuestionarlo.

## II. La posición del TEDH: de Neulinger a la bendición de las dilaciones

No fue hasta 2010 que se cuestionó el ajuste del CLH 1980 a la Convención de Roma, y se hizo por una vía un tanto oblicua. El TEDH no coloca en el centro de su razonamiento los derechos de los niños como tales, sino que entra en el tema por la vía indirecta de la protección de la vida familiar (art. 8 CEDH).

---

26 Por eso se puede afirmar que el art. 22 RBII ter («Los artículos 23 a 29 y el capítulo VI del presente Reglamento serán de aplicación y complementarán el Convenio de la Haya de 1980...») no dice toda la verdad, porque la disciplina reglamentaria no complementa al CLH 1980, sino que simple y llanamente tiene vocación de modificarlo, hasta el punto de que bajo la cubierta del Convenio conviven dos sistemas diferentes, con dos velocidades.

27 CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: «Le règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du ter(rain)», en *Revue critique de droit international privé*, 2020 p. 220.

El derecho al contacto entre padres e hijos antes aludido es abordado por el Tribunal poniendo de relieve que tener la compañía de los otros miembros de la familia es un elemento fundamental de la vida familiar, y cualquier obstáculo es caracterizado como interferencia al respeto debido a esa vida, violación por tanto del art. 8 CEDH, salvo que se satisfagan varios requisitos, a saber: que se haga de acuerdo con la ley; que la ley sea clara, accesible y previsible; que persiga objetivos legítimos y necesarios en una sociedad democrática; que sea proporcionada a esos objetivos; que existan razones relevantes y suficientes para la interferencia<sup>28</sup>. Trasladando estas ideas a un evento como el secuestro internacional resulta imperativo el restablecimiento del contacto entre padres e hijos, y además mediante un procedimiento rápido<sup>29</sup>. La primera sacudida al mecanismo diseñado en 1980 es la sentencia Neulinger c. Suiza<sup>30</sup>, un punto de inflexión en la aplicación del Convenio, de la que se deducen tres grandes principios: se trata de un texto procedimental y no sobre derechos fundamentales; es un texto que no puede ignorar los principios inspiradores de este sector del ordenamiento y que por tanto no puede operar mecánicamente<sup>31</sup>; el interés superior del menor exige el estudio individual de cada caso<sup>32</sup>.

Aunque la exigencia de análisis profundo es matizada posteriormente en la sentencia X c. Letonia (Gran sala, 26 de noviembre de 2013), la orientación

- 
- 28 Vid. sentencias de 10 de febrero de 2015, *Penchevi v. Bulgaria*, asunto 77818/12; 23 de febrero de 2016, *Nasr and Ghali v. Italy*, asunto 44883/09; 10 de septiembre de 2019, *Strand Lobben and Others v. Norway*, asunto 37283/13; 10 de noviembre de 2022, *N. V. and C. C. v. Malta*, asunto 4952/21.
- 29 La doctrina clásica viene recogida en las sentencias de 25 de enero de 2000, *Ignaccolo-Zenide c Rumanía*; de 22 de septiembre de 2009, *Stochlak c Polonia*; de 1 de diciembre de 2009, *Eberhard y M c Eslovenia*; de 22 de diciembre de 2009, *Tapia Gasca y D. c España*; de 26 de julio de 2011, *Shaw c Hungría*; de 27 de octubre de 2011, *Bergmann contra Chequia*; de 24 de mayo de 2011, *Saleck Bardi contra España*; de 21 de septiembre de 2010, *Mijušković c Montenegro*; de 17 de enero de 2012, *Kopf y Liberda c Austria*.
- 30 *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, asunto n.º 41615/07, sentencia de 6 de julio de 2010.
- 31 Apartado 138: «*It follows from Article 8 that a child's return cannot be ordered automatically or mechanically when the Hague Convention is applicable. The child's best interests, from a personal development perspective, will depend on a variety of individual circumstances*». En la de 12 de julio de 2011 (*Sneerson and Campanella v. Italy*, asunto n.º 14737/09) subraya que «*the Court must ascertain whether the domestic courts conducted an in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors, in particular of a factual, emotional, psychological, material and medical nature, and made a balanced and reasonable assessment of the respective interests of each person, with constant concern for determining what the best solution would be for the abducted child in the context of an application for his return to his country of origin*» (apartado 85, donde resume los principios generales en la materia).
- 32 La orientación inaugurada por Neulinger y las sentencias sucesivas puede seguirse en MARÍN PEDREÑO, C.: *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Málaga, 2016. Asimismo, BEAUMONT, P. y WALKER, L.: «Post Neulinger case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention» en *Permanent Bureau (eds.), A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, 2013, pp. 17 ss.; BEAUMONT, P., TRIMMINGS, K., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: «Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights», en *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, pp. 39-63.

sigue intacta hasta hoy, en el sentido de que es incompatible un retorno o una denegación de retorno si no son el resultado de un examen detallado del caso<sup>33</sup>.

Viene a colación la sentencia del TEDH de 8 de noviembre de 2022<sup>34</sup>. Tiene el doble mérito de que, al ser tan reciente, sintetiza la doctrina vigente, y el no menor de implicar precisamente a España. Es algo farragoso, pero conviene prestar atención a las fechas que van jalonando el proceso.

Una pareja de ciudadanos húngaros tiene una hija en 2006. En 2010 empieza a deteriorarse su relación, y alcanzan un acuerdo de ruptura en el que se atribuía la custodia a la mujer. La eficacia del acuerdo estaba subordinada a la efectiva ruptura, y esta no se produjo hasta cinco años más tarde. En julio de 2015 la madre abandona el hogar común junto con la niña y solicita que se le reconozca la custodia, pero mientras se estaba tramitando este procedimiento, seis meses más tarde, se marcha a Palma de Mallorca, por supuesto sin dar noticia al padre. A partir de aquí se inician dos series de procedimientos, uno sobre guarda y custodia y otro sobre eficacia extraterritorial de resoluciones:

1 En abril de 2016 un tribunal de Budapest adopta tres medidas provisionales: la obligación de regresar en un plazo de ocho días a Hungría, la fijación de residencia de la niña junto con su madre, y la escolarización dentro del mismo periodo.

2 Lo primero que hace la madre al llegar a España es presentar una denuncia por violencia doméstica y amenazas. A una primera orden de alejamiento (enero de 2016) sigue el alzamiento de la medida por falta de pruebas de los hechos alegados (justo un año más tarde).

3 La fase crucial llega el 1 de julio de 2016, cuando se solicita por el padre de la niña el reconocimiento y ejecución de las medidas provisionales adoptadas por el órgano judicial húngaro. Tras diversas vicisitudes derivadas de la reclamación de documentos adicionales, inexplicablemente<sup>35</sup> se declina la jurisdicción en favor del tribunal de violencia doméstica, que en primera instancia rechaza la solicitud por falta de audiencia al menor. No obstante, en julio de 2017 la AP estima el recurso sucesivo y declara que la decisión es

---

33 Es muy útil el amplio resumen que contiene la «*Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme; Droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance*», puesta al día a fecha 31 de agosto de 2022, disponible en la web del Tribunal.

34 *Veres v. Spain*, asunto 57906/18. En el momento de redactar estas líneas el último pronunciamiento del TEDH en esta materia es el ya referido *Byčenko v. Lithuania*, al que se volverá a aludir más abajo.

35 En España el reconocimiento y ejecución de decisiones de Derecho civil y mercantil compete a los tribunales de primera instancia, sea cual sea la materia tratada en ellas (art. 85 LOPJ). No alcanzo a intuir una razón para que se haya transferido la jurisdicción.

ejecutable, entendiendo que las excepciones al reconocimiento y ejecución previstas en el RBII bis debían ser interpretadas estrictamente y que, atendida la edad de la menor, se justificaba la falta de audiencia. En julio de 2018 el TS desestima el recurso interpuesto contra esa decisión. En octubre de 2018 el juzgado de violencia doméstica acepta la solicitud de ejecución de la resolución húngara de 2016, en noviembre madre e hija vuelan hacia su país natal, y días más tarde se declara concluido el procedimiento.

4 Pero en marzo de 2018 el tribunal de primera instancia de Buda atribuye a la madre (la sustractora) la custodia de la hija, resolución impugnada que desembocó en la emanación de unas medidas provisionales en julio, confirmando esa solución en atención a que la niña vivía en España junto con su madre<sup>36</sup>. En apelación se atribuye la custodia a la madre, insistiendo en que tras los años de convivencia la relación materno filial era más estrecha que la que existía entre padre e hija. A las mismas conclusiones llega el Tribunal supremo húngaro, que se limita a modificar algunas previsiones sobre régimen de visitas (fijación de fechas y de contribución a los gastos de desplazamiento). Y con esto hemos llegado a octubre de 2019. Más de cuatro años, un traslado ilícito y un premio al infractor...

### **III. (Sigue): cuadrando el círculo**

Al final, como era previsible, el TEDH declara que ha existido violación del art. 8 de la Convención: La sentencia tiene la virtud de recordar la jurisprudencia consolidada en punto a una de las facetas de un secuestro internacional de menores, a saber, la necesidad de rapidez. Los principios son los siguientes: a) la longitud del procedimiento tiene un claro impacto en la vida de la familia, así que los Estados tienen que poner en práctica un remedio preventivo y compensatorio, en tanto que el respeto a la vida familiar se convierte en ilusorio si sólo se dispone del segundo tipo; b) el Estado debe probar que existen procedimientos expeditivos viables y efectivos, siendo dudoso en el caso que la ejecución provisional fuera realmente un remedio preventivo; c) un padre tiene derecho a la adopción de medidas que le permitan reunirse con su hijo, y las autoridades la obligación de tomarlas; d) el Tribunal considera que los jueces nacionales no han adoptado medidas rápidas y adecuadas para ejecutar la decisión húngara ordenando a su ex mujer el retorno junto con la hija; e) la duración no se justificaba, teniendo en cuenta que se trataba sólo de examinar las causas de denegación previstas en el art. 23 RBII bis; f) el resultado de esa duración excesiva del procedimiento ha sido que la relación entre solicitante e hija ha quedado afectada —interrumpida durante dos años—, siendo además el motivo que subyace a la decisión de

---

36 Este es un dato que aparece inopinadamente en la sentencia, que echa por tierra todo lo anterior.

los tribunales húngaros de atribuir la custodia a la madre, dada la endeblez de la vinculación padre-hija. Esta es la clave: por la fuerza de las relaciones humanas, el paso del tiempo premia al secuestrador. Paradójicamente, el interés del menor no tolera el castigo a quien se comporta de forma ilícita.

Es en este sentido que hablaba de la cuadratura del círculo: evitar dilaciones al mismo tiempo que se analizan a fondo los asuntos es difícil de cohonestar, y por ello en el momento de ponderar principios en presencia, la normativa procesal debe ceder la primacía al interés del menor, sea cual sea en cada caso. Se rechaza, pues, la ecuación antes mencionada. En definitiva, el retorno no tiene carácter de principio absoluto, y habrá que atender al paso del tiempo y las vinculaciones creadas y las extinguidas, aunque ello comporte socavar los objetivos<sup>37</sup>.

#### **IV. Más sobre la desaparición de la automaticidad: los tribunales constitucionales se pronuncian. Ejemplos de la práctica española y alemana**

La doctrina del TC español va en la misma línea, exigiendo razonamientos individualizados, o sea, sastrería a medida. La STC 16/2016 de 1 de febrero se basa en unos hechos bastante standard: demanda de restitución cursada por el padre, residente en Suiza, de una niña que había sido trasladada a España. Se rechaza en primera instancia la solicitud apreciando que hay riesgo para la menor, en los términos del art. 13.1.b CLH 1980, sobre la base de los indicios de malos tratos hacia la madre. La Audiencia provincial, por el contrario, estima el recurso del padre, entendiéndolo que no se ha probado la realidad de ese alegado riesgo psíquico o físico, después de un exhaustivo análisis de la trayectoria de la pareja. Es contra el auto resolutorio y la providencia que rechaza decretar la nulidad de actuaciones frente a lo que se dirige el recurso de amparo.

El TC asegura que no pretende sustituir la función del juez ordinario, pero lo cierto es que se zambulle en la valoración de las pruebas, lo razonable de la argumentación y fundamentalmente formula un reproche por no haber considerado lo que a su juicio era determinante, a saber, el paso del tiempo: «... desde los hechos acaecidos en agosto de 2013 hasta la finalización del pro-

---

37 En el precitado asunto resuelto el 14 de febrero de 2023 el Tribunal subraya que, si bien es cierto que el hecho de que se hubiera producido un secuestro del menor es algo a considerar a la hora de decidir en cuanto al fondo de un litigio (custodia y visitas), no es el elemento decisivo: hay que considerar todos los factores del caso, asumiendo que sobre la presunción en favor del regreso prevalece siempre el interés del menor. Y al final lo que resulta es que la integración en un país es uno de esos elementos, y como no hay razones para cuestionar que un niño esté integrado en un país si así lo ha afirmado un tribunal (el órgano holandés a donde ha sido trasladado tras el secuestro), la conclusión es que no se viola derecho alguno cuando se consolida la situación de hecho (*Byčenko v. Lithuania*, §§ 124 ss.).

cedimiento han transcurrido casi veinte meses. En este prolongado periodo de tiempo, y sin olvidar la corta edad con que cuenta la menor (seis años en la actualidad), resulta patente que ha podido producirse una plena integración de la niña en su nuevo medio, lo que es necesario, en todo caso, valorar, a fin de hacer efectivo el principio de superior interés de la menor (...) [L]a lamentable dilación del procedimiento tendente a la restitución..., *cualesquiera que fuesen las causas y los responsables de dicha demora*, no puede menoscabar el interés superior de la menor impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio. Resulta obligada, por tanto, que esta valoración sea decisiva (...) [L]a situación de integración de la menor, por exigencia del principio de interés superior de la misma, imponía una valoración, omitida en la resolución impugnada, que ponderase el conjunto de circunstancias». Es ello lo que genera insuficiencia de motivación y por consiguiente vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

Existen a mi juicio dos planos relevantes en la sentencia. De una parte, el olvido del TC acerca de su verdadera función. Nadie como un tribunal ordinario está en condiciones de conocer un caso y valorar las circunstancias en presencia. El gran problema de esta consolidada doctrina del TC que tolera supervisar la razonabilidad y suficiencia de la motivación es que puede desbordarse, hasta el punto de terminar por decirles a los jueces qué elementos de prueba deben privilegiar en la reconstrucción del interés del menor, destruyendo la regla de la libre valoración. En el caso concreto el órgano judicial ha ofrecido su reconstrucción del concepto (mejor o peor: no existe el derecho fundamental al acierto judicial), ha aplicado la ley, seleccionando racionalmente la norma a su juicio relevante en el caso, y nada debería serle reprochado. Y sin embargo se les está diciendo que la aplicación del art. 13 CLH 1980 no es correcta a pesar del exhaustivo examen de antecedentes, y que el aplicable es el art. 12. Siendo razonable la exigencia de un estudio individualizado de cada asunto (STC 178/2020), no lo es la supresión del margen de discrecionalidad concedido por una norma indubitadamente legítima. Cuando la subsunción no es disparatada no cabe sustituirla por la propia. Pero lo peor es ese segundo plano al que aludía, corolario de lo anterior: al exigir a los tribunales que valoren prevalentemente el paso del tiempo y el arraigo adquirido por el menor (extremo éste dependiente de su edad), está privilegiando al secuestrador, sin entrar demasiado en juicios de imputación de la responsabilidad de tal dilación. Teniendo en cuenta la vinculación a las decisiones del TC (art. 5 LOPJ), lo que importa de cara al futuro del sistema de restitución de menores es que existe una causa fuerte de denegación (el arraigo, el paso del tiempo, los efectos inexorables de las dilaciones) y se descarta la filosofía de base del sistema<sup>38</sup>. Dicho de otra forma: bastará generar dilaciones (es indiferente la causa de estas, lo dice abiertamente) para burlar el modelo.

---

38 Las extralimitadas indicaciones sobre valoración de la prueba no pueden confundirse con algo mucho más sensato que el TC viene repitiendo desde hace tiempo, y es que el prin-

En segundo lugar, el caso alemán y la muerte de Aguirre Zarraga. El TJ en su sentencia de 22 de diciembre de 2010 vino a poner en primerísimo plano la confianza recíproca entre jurisdicciones europeas: lo que se haya hecho es inatacable, e incluso lo que se asegura que se ha hecho aunque haya razones para dudar de su veracidad<sup>39</sup>. Pues bien, todo ello es desplazado por la Corte constitucional alemana en los autos de medidas cautelares de 1 de agosto y 1 de septiembre de 2022, haciendo prevalecer el derecho al cuidado y crianza de los hijos (parágrafo 6 de la Ley fundamental de Bonn), sobre la automaticidad del mecanismo diseñado en Bruselas II bis y en particular sobre aquella confianza recíproca. Los hechos que dan lugar a esta decisión son bastante usuales: pareja de español y alemana, ruptura, en 2014 ella se marcha a su país junto con el hijo común y al cabo de los años se trata de ejecutar la orden de retorno dictada por el órgano judicial español. Entre medias se han sucedido interesantes vicisitudes tratando de que algún tribunal se declarara competente (el eterno problema de identificar una residencia habitual y la ausencia de un *forum necessitatis*). La duración de los procedimientos contribuye a la consolidación de la relación entre secuestradora e hija y a la correlativa extinción de los vínculos entre esta y su padre, con el que ni siquiera puede hablar, porque no comparten un idioma. El caso es que, tras una primera negativa a ordenar la restitución del menor, en base al art. 12.2 CLH 1980 y tras el rechazo de los tribunales alemanes de adoptar medidas provisionales con idéntico contenido, el tribunal español emite un certificado de los del art. 42 RBII bis (el equivalente al precitado art. 47 RBII ter), ante lo cual el juez alemán no puede hacer otra cosa más que darle cumplimiento.

---

cipio de promoción de interés del menor debe tener un peso propio en la construcción de las decisiones, debiendo ponderarse en la fundamentación (SSTC 138/2014, de 8 de septiembre; 16/2016 de 1 de febrero) hasta el punto de ser legal y constitucionalmente inviable una motivación y fundamentación en Derecho ajena a este criterio (STC 127/2013, de 3 de junio), debiendo constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (STC 176/2008, de 22 de diciembre). Ello ha llevado a censurar sentencias con argumentación considerada demasiado genérica (138/2014: «existe una absoluta falta de ponderación del principio del interés superior del menor en este ámbito decisonal, que torna a la resolución dictada en infundada, desde el canon constitucional exigido por el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE en relación con el art. 39 CE), por lo que debe estimarse la demanda de amparo»). Hay que explicitar cómo pesa ese principio en la resolución (una vez más, STC 178/2020, de 14 de diciembre).

- 39 «...en aras de la rápida restitución del menor, las cuestiones relativas a la legalidad de la resolución que ordena la restitución en cuanto tal, en particular la cuestión de si se cumplen los requisitos exigidos para permitir al órgano jurisdiccional competente dictar esta resolución, deben suscitarse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen, conforme a las normas de su ordenamiento jurídico (...) [C]uando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro expide el certificado a que se refiere el artículo 42, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución está obligado a ejecutar la resolución certificada, sin poder oponerse al reconocimiento ni a la fuerza ejecutiva de ésta».

Se sigue una solicitud de rectificación del certificado (art. 43<sup>40</sup>) y una inusual comunicación del OLG con los padres, con él para que no insistiera en la devolución del niño, y con ella para que aceptara la situación legal. Es en este ínterin cuando la madre acude a la Corte constitucional reclamando la suspensión de la orden de restitución. Y el BVerfG realiza unas consideraciones que suponen un torpedo en las afirmaciones del TJ reproducidas más arriba<sup>41</sup>: su argumento se resume en que, dado que el tribunal español no podía válidamente emitir el mencionado certificado del art. 42 RBII bis, porque no se había dado audiencia al hijo, no se puede seguir el régimen privilegiado previsto en él; además, la doctrina sentada en Aguirre no se refiere a cuestiones de fondo, de forma que la prohibición de los controles sustantivos propia del sistema no es aplicable en este supuesto. Así las cosas, en esa tesitura, cuadra la suspensión de la orden de devolución, porque ejecutarla encierra un riesgo injustificable de padecimiento de los derechos de madre e hijo. Que es razonable la respuesta, nadie lo duda. Que el tiempo transcurrido ha ayudado a la secuestradora, que ahora saca partido de las dilaciones, tampoco. Pero que esa solución quepa en el RBII bis/ter o en el CLH 1980 es más que dudoso.

## V. El sistema revisitado. La imposibilidad de encajar las piezas de los diversos instrumentos internacionales: la sustracción internacional de menores, problema sin solución

¿Asistimos a la revisión total (sin alterar ni una sola de sus normas) del CLH 1980? ¿Está en crisis? No lo descartemos de entrada. Que el modelo tiene problemas queda puesto de manifiesto por el sorprendente —tan sorprendente como comprensible— volumen de denegaciones de retorno. Retengamos dos condicionamientos sobrevenidos:

a. El entramado real sobre el que se funda ha cambiado en estos casi cuarenta años de vigencia. Paradójicamente, su éxito llega a ser un problema, porque se han ido incorporando países con culturas diferenciadas, con respuestas imprevisibles para el operador patrio<sup>42</sup>. En esta coyuntura, utilizar

40 A la vista del considerando 24 del Reglamento, que limita el alcance del art. 43 a la rectificación de errores materiales, no parece que tenga mucho fundamento sostener que da cobertura también a la subsanación de defectos como el que aquí se denunciaba: MAGNUS, U.: «Comentario al art. 43», en MAGNUS, U./MANKOWSKI, P. (eds.): *European Commentaries on Private International Law, IV, Brussels II bis Regulation*, Colonia, 2017, p. 403.

41 No es baladí que el OLG rechazara la idea de acudir en demanda de interpretación prejudicial al TJ, entendiendo que era innecesario por estar muy clara la doctrina relevante en el caso (o sea, Aguirre).

42 La influencia de las concepciones religiosas viene muy bien expuesta en el documento

como argumento decisorio el hecho de que el otro sistema judicial implicado en un litigio sobre responsabilidad parental haya ratificado el CLH 1980 no deja de ser un ejercicio de confianza infundada que roza el desaforado optimismo antropológico<sup>43</sup>: con demasiada frecuencia se autorizan viajes o se organiza un régimen de visitas dando por sentado que no existe ningún riesgo de secuestro o retención ilícita porque uno y otra se van a desarrollar en este u otro país, donde el Convenio está en vigor. Pero cuando se asiste al progresivo desmantelamiento de la automaticidad, el ejercicio de confianza es casi un salto en la incertidumbre.

b. En segundo lugar, adviértase que el Convenio nace en un momento en el que se tenía en mente una madre custodia y un padre al que se había reconocido, generalmente en un contexto de pulsión nacionalista, un limitado derecho de visita, que aprovechaba para fugarse con los menores; ahora una buena proporción de casos son de mujeres que huyen con sus hijos, tratando de escapar de situaciones de violencia doméstica: cuando no se pondera cada uno de los intereses en presencia, cuando los tribunales civiles actúan desconociendo los antecedentes penales, descoordinados de la jurisdicción penal, cuando ni siquiera existen jueces especializados en asuntos de familia, la respuesta es operar al margen del Derecho. El GREVIO<sup>44</sup> evidencia las carencias de las prácticas nacionales respecto a las situaciones de violencia, capaces de generar en las víctimas la impresión de que la única forma de proteger a sus hijos frente a la violencia es no respetar las decisiones adoptadas en materia de guarda, custodia y visitas<sup>45</sup>.

Así las cosas, a día de hoy, las exigencias de cara al examen de una solicitud de retorno pasan por controles que, si bien podría decirse que —formalmente

---

*Brief Summary of the International Seminar «Islamic Legal perspectives on Cross-border Family Disputes involving Children» held on 7 April 2014 including Keynote Presentations*, disponible en la página web de la Conferencia de La Haya.

Por supuesto que cabe filtrar las adhesiones (art. 38), pero no me consta ningún rechazo al respecto.

43 Por poner un ejemplo entre un millón, la SAP Barcelona de 20 de marzo de 2019 autoriza los viajes a Chile por ser Chile parte del CLH.

44 Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence, Tercer informe general de 14 de junio de 2022.

45 <https://rm.coe.int/prems-055022-gbr-2574-rapportmultiannuelgrevio-texte-web-16x24/1680a6e183>, pp. 36 ss. Por citar un par de ejemplos: en Italia y Malta los tribunales no consultan con los penales sobre antecedentes, ni siquiera si existen procedimientos en curso o en el pasado se tomaron decisiones sobre violencia doméstica; en Dinamarca no existen tribunales especializados, y los conflictos sobre custodia y visitas no se resuelven en un procedimiento contradictorio sino mediante un sistema de reuniones entre los padres y un mediador de la Administración del Estado.

La especialización de los tribunales en estas materias (de alguna manera ya se ha hecho) no es a mi juicio tan necesario como centralizar la competencia, que es la única forma de generar precedentes.

al menos— tienen cabida en las causas de no restitución del CLH, inevitablemente desbordan sus límites temporales y el objeto con el que fue diseñado. Aquella afirmación de la estupenda Circular 6/15 de la Fiscalía General del Estado alusiva al «limitado objeto de este proceso»<sup>46</sup> lleva camino de quedar desdibujada. Estamos necesariamente instalados en un sistema distinto al que se pergeñó. Visto lo visto, en las siguientes páginas trataré de realizar algunos apuntes sobre estas cuestiones problemáticas.

## V.1. Dificultad de encajar el respeto a los derechos fundamentales en un procedimiento teóricamente expeditivo de retorno

No hablo de incompatibilidad de planteamientos básicos. El TEDH jamás ha reprochado nada al procedimiento instaurado en el RBII bis o en el ter, asumiendo como principio los controles realizados por los tribunales, que se presumen correctos<sup>47</sup>. Pero el diseño del sistema *per se*, en tanto que mero procedimiento de restitución, no viola nada, persiguiendo como persigue un objetivo legítimo<sup>48</sup>. Si hubiera alguna vulneración de derechos no residiría en el modelo como tal, sino que debería ser individualizada en su implementación concreta, el mayor o menor ajuste con el interés del menor en cada caso; no en su contemplación autónoma sino en la medida en que pueda violar el derecho a la vida familiar del art. 8 del CEDH; eventuales lesiones al procedimiento no pueden ser denunciadas al amparo de esta norma, que no comporta ninguna obligación procedimental, más allá del respeto de la igualdad de armas<sup>49</sup>.

Dicho lo anterior, estaremos de acuerdo en que automaticidad y examen de fondo de la situación familiar no necesariamente conducen a resultados idénticos, y parece que ambos instrumentos —uno con perspectiva esencialmente procedimental y otro moviéndose en un plano sustantivo— ponen

---

46 *Vid.* en p. 74. Va de suyo que limitado objeto no es lo mismo que fácil.

47 GASCÓN INCHAUSTI, F.: «El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos Povse c. Austria y Avotiņš c. Letonia», en *CDT*, 2014, pp. 101-102.

48 Recuérdese que en Povse c. Austria el TEDH respaldó la automaticidad, admitiendo que cuando un Estado se limita a cumplir con sus obligaciones internacionales asumidas no viola derecho alguno.

49 Por ejemplo, *vid.* la sentencia de 19 de enero de 2016, *G. B. v. Lithuania*, n.º 36137/13, § 105. Por eso en la de 13 de enero de 2015 (*Hoholm c. Eslovaquia*) se descarta la violación del art. 8 y se acepta que hubo lesión al art. 6.

el acento en valores que a veces no son coincidentes<sup>50</sup>; corolario del tan mencionado encapsulamiento del principio de base, el CLH 1980 (tampoco el RBII ter), al contrario de lo que deriva de la jurisprudencia del TEDH, no contiene disposición alguna que obligue al órgano resolutorio a desplegar un análisis detallado de las circunstancias del caso, debiendo limitarse a verificar si concurren o no las causas de no restitución alegadas por quien se oponga a ella. Si retenemos que se trata de causas de interpretación restrictiva (el grave riesgo de peligro físico o psíquico — que como concepto es muy similar al interés del menor<sup>51</sup> — no puede convertirse en una cláusula general de escape y corrección del sistema) y que existe una presunción favorable a la restitución, cabe pensar que la verificación de tal concurrencia ha de ser expeditiva, y que será inevitable rechazar *a limine* alegaciones desprovistas de sólido sustento probatorio. Por ello, cuando se da el paso de exigir el estudio de las circunstancias personales y familiares antes de tomar la decisión, se están desbordando aquellos límites temporales y objetivos, límites cuya viabilidad depende del carácter somero del análisis: o celeridad o examen de fondo. Y como lo procesal es ancilar, el resultado final es la generalizada desaceleración de los procedimientos. Se ha alterado la forma en la que (aparentemente) se pretendía que fuera aplicado el CLH 1980, convirtiendo lo que deberían ser procesos sumarios y urgentes en litigios contaminados por cuestiones de fondo, en quiebra de las expresas prohibiciones de sus arts. 16 y 19<sup>52</sup> (sin perjuicio de que el mismo Convenio contiene en su seno normas que minan la celeridad<sup>53</sup>) y subvirtiendo las normas de competencia judicial internacional, en la medida en que se desemboca en la atribución a un tribunal distinto al de la residencia habitual *legal* del menor de la tarea de decidir sobre cuestiones de responsabilidad parental (puede decirse de una forma u otra, pero lo que se está haciendo al final es privar de la custodia al progenitor frustrado)<sup>54</sup>.

50 Por eso se ha llegado a escribir que son Convenios prácticamente antitéticos: KELLER, H. y HERI, C.: «Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights», en *Nordic Journal of International Law*, 2015, p. 274.

51 Cfr. RIPLEY, P.: «A Defense of the Established Approach to the Grave Risk Exception in the Hague Child Abduction Convention», en *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 443 ss.

52 FORCADA-MIRANDA, F. J.: «El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)», en *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 3 (enero-junio 2016), p. 10.

53 Por ejemplo, la toma en consideración de la ley de la residencia habitual del menor (art. 14), la exigencia de acreditación de la ilicitud del traslado (art. 15), la defensa de los derechos de visita (art. 21) o las traducciones (art. 24). Otra cosa es si los redactores del CLH 1980 asumieron que la automatización no era sino un trampantojo.

54 Cfr. STHOEGER, E.: «International Child Abduction and Children's Rights: Two Means to the Same End», en *Michigan Journal of International Law*, 2011, p. 546.

## V.2. Las dilaciones, la inevitable consecuencia

Lo anterior nos lleva a las consecuencias (jurídicas) de las dilaciones. La práctica de pruebas<sup>55</sup> (imprescindible para seguir el mandato de razonable exhaustividad del TEDH y para examinar la veracidad e incidencia de los hechos nuevos<sup>56</sup>) y la interposición de recursos (con efectos suspensivos: si no los tuvieran, carecerían de sentido) significa que el tiempo va pasando, y se va consolidando una situación que a la postre termina por forzar su necesaria plasmación formal (o sea, el reconocimiento de consecuencias jurídicas)<sup>57</sup>. Y es lógico, porque el Derecho no puede empecinarse en el choque continuado con la realidad, de modo que, igual que el sistema de competencia judicial internacional toma nota del paso del tiempo y da carta de naturaleza a las vías de hecho<sup>58</sup>, el régimen de responsabilidad parental debe hacer lo propio,

55 Permítaseme un excurso sobre prueba en apelación: el art. 778.11 *quinquies* LEC contempla la posibilidad de aportar prueba en segunda instancia. Realmente es frecuente en los procesos que impliquen a menores (exploraciones, periciales), porque el paso del tiempo deja obsoletas las practicadas en primera instancia, de manera que se suelen dar las condiciones del art. 460 en relación con el 270 LEC para su aportación o realización tardía. Ahora bien: a) al ser un tema tan delicado, las Audiencias se acogen a la idea de inmediatez, les basta lo decidido por el juez de primera instancia y dan por buena la prueba practicada en ese proceso (por ejemplo, la SAP de Madrid de 27 de abril de 2018, que termina ordenando la restitución a Gran Bretaña contra la opinión de los niños, e invitando a las partes a litigar allí en cuanto al fondo); b) la brevedad de los plazos que se manejan en aquella norma hace poco probable que se hayan alterado las circunstancias, quedando constancia visual y documental de la situación fáctica (Al respecto, FORCADA-MIRANDA, F. J.: «El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II), en *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 3 (enero-junio 2016), p. 14.), de forma que tal vicisitud se dará normalmente cuando la AP haya de subsanar la inactividad del juez *a quo*, ex art. 752 LEC, y en ese caso los tres días previstos en la norma son ilusorios.

56 La SAP de Asturias de 15 de enero de 2008 descarta la aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur* por ser de aplicación la excepción que, en procedimientos como este, en que se ven involucrados intereses de personas menores de edad o incapacitadas, establece el artículo 752.1 LEC.

57 O incluso vicisitudes del todo ajenas al niño: en la sentencia de 19 de marzo de 2021 (asunto G v G) la Corte suprema inglesa se encuentra con una madre sustractora que huye de Sudáfrica con el menor, y pide asilo alegando que es lesbiana. El órgano judicial inglés se encuentra en la tesitura de optar entre el imprescindible examen en profundidad u obligar a devolver al niño, consciente de que lo primero provoca «un efecto devastador» en el CLH 1980. Al final se prefiere el efecto devastador. Una solución opuesta en la sentencia del TFS de 23 de mayo de 2018, que pone de relieve que el riesgo debe ser calificable como insoportable para el niño, no para el progenitor, y en todo caso imputa a la madre sustractora su responsabilidad, por negarse a volver a Grecia con el menor. Una detallada exposición de ambos asuntos en PERSANO, F.: «Diritto d'asilo e sottrazione internazionale di minori nei casi di violenza domestica», en *Papers di diritto europeo*, 2022, p. 46.

58 De nuevo, SAP de Pontevedra de 17 de abril de 2018.

es decir, tomar nota de la modificación de las vinculaciones afectivas<sup>59</sup>. Lo chocante del caso es que no se anudan consecuencias desfavorables a la responsabilidad de las dilaciones. Repárese en lo siguiente: a) Ser responsable de tales dilaciones no tiene *per se* consecuencias jurídicas adversas<sup>60</sup>; b) Ser el sustractor no merece inexorablemente reproche, y en un eventual litigio sobre guarda y custodia puede resultar vencedor<sup>61</sup>; c) Conviene no agitar las aguas, todo puede ser perjudicial: un solicitante de retorno debe ser cuidadoso y consciente de que él también puede provocar dilaciones y/o alteración de las circunstancias que obligue a nuevas actuaciones en el Estado al que el menor ha sido desplazado, con la consiguiente acumulación de retrasos<sup>62</sup>; d) No hay plazo ni en la LEC ni en el RBII ter ni en el CLH 1980 para ejecutar una orden de retorno<sup>63</sup>, sino que sólo se reconoce el «derecho a pedir a la autoridad competente para la ejecución una exposición de los motivos del retraso». Hasta tal punto no hay plazo que la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico de los convenios de La Haya de 1980 y 1996 tuvo que recordar de forma algo inusitada «la obligación de los Estados de prever mecanismos, procedimientos escritos o protocolos para que la ejecución de

---

59 No deja de ser sorprendente la facilidad con la que se asumen las consecuencias ineludiblemente anudadas al paso del tiempo. En otro ámbito (pero sí relacionado con menores), el TEDH en sentencia de 12 de enero de 2023 (*Kilic v. Austria*, asunto 2700/15) bendice sin demasiados escrúpulos la ruptura de una familia y la desaparición de las vinculaciones culturales y religiosas de unos menores acogidos, sin que el Estado hubiera cumplido durante ese lapso de tiempo con sus obligaciones positivas. Una afirmación del tipo «*when a considerable period of time has passed since the child was originally taken into public care, the interest of a child in not having his or her de facto family situation changed again may override the interests of the parents in having their family reunited*» ampara cualquier estrategia dilatoria, convirtiendo en ilusoria la idea de retorno.

60 Recuérdese la STC 16/2016.

61 De hecho, de la doctrina del TEDH cabría deducir que ecuaciones del estilo de las inglesas más arriba mencionadas (las *chasings orders* atribuyen automáticamente la custodia del menor al progenitor frustrado, y sin especial consideración de otras circunstancias como el nivel de relación de ese progenitor con el niño), al no ajustarse a las peculiaridades del caso, no satisfacen el interés del menor y violan el art. 8 de la Convención. Sobre este instrumento, JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, 2008.

62 Piénsese en el asunto resuelto con la sentencia del TEDH de 24 de abril de 2003 (*Silvester v Austria*): la presentación de una demanda de divorcio en EEUU y la adopción de medidas provisionales por sus jueces obliga a los tribunales austriacos a revisar la orden de retorno. El Tribunal acepta que «un cambio en los hechos pertinentes puede excepcionalmente justificar el incumplimiento de una orden firme de devolución».

63 Cfr. JIMÉNEZ BLANCO, P.: «La ejecución forzosa de las resoluciones de retorno en las sustracciones internacionales de menores», en ALDECOA LIZÁRRAGA, F. y FORNER DELAYGUA, J. J.: *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, 2010, p. 345. La unificación de los procedimientos por la que aboga BARUFFI (*op. cit.*) parece inviable e incapaz de aliviar los retrasos.

las órdenes de restitución sea llevada a cabo de manera rápida y eficaz»<sup>64</sup>. En esta fase de ejecución entran en juego las posibilidades de suspensión, y se abre la opción de formular oposición por las causas previstas en la LEC, a lo que se añade la previsión del art. 56.4 RBII ter, cuyo impacto está por calcular aun, pero potencialmente enorme: «En casos excepcionales, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán suspender, a instancia de la persona contra la que se inste la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado o de cualquier parte interesada que actúe atendiendo al interés superior del menor, el procedimiento de ejecución en caso de que la ejecución exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias. La ejecución se reanuda tan pronto como deje de existir el riesgo grave de daño físico o psíquico»<sup>65</sup>. Más bien parece que sólo la ejecución de oficio de la sentencia de retorno podría diluir algo estos riesgos de dilaciones; e) El plazo de las seis semanas se cuenta desde el inicio del procedimiento (arts. 11 CLH 1980 y 24 RBII ter), lo que no necesariamente significa desde la presentación de la solicitud (el art. 17 RBII ter está en un capítulo diferente al dedicado a la sustracción de menores; compárese con la forma en que se relacionan los arts. 21 y 26: cuando se pretende extender al secuestro de menores una solución dictada para otro ámbito, se dice expresamente)<sup>66</sup>. En realidad, la calificación de preferente del procedimiento no comporta mayor rapidez (un proceso sencillo y sin posibilidades de recurso), sino sólo suspensión de los litigios en cuanto al fondo —que no se tramitarán sino cuando se desestime la demanda de retorno— y exclusión de la regla sobre prejudicialidad penal; f) Aunque pueda darse que un juez disponga de información relativa a las circunstancias familiares (*v. gr.*, si está tramitando el divorcio de los progenitores cuando se verifica el secuestro), desde luego no es lo más frecuente,

64 Séptima reunión de la Comisión especial, celebrada del 10 al 17 de octubre de 2017; conclusiones y recomendaciones (p. 3). Su texto puede ser consultado en la página web de la Conferencia de La Haya.

65 GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: «La sustracción de menores en el nuevo reglamento 2019/1111», en VVAA, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho: Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Madrid, 2020, p. 398.

66 La audiencia al menor no es en sí factor determinante de dilaciones, teniendo en cuenta la discrecionalidad de la que disponen las autoridades para decidir en torno a ella. No lleva razón el *Directorate-General for Internal Policies* cuando asevera que incluso en los casos con una respuesta más clara (casos «brutales») se impone la audiencia; el propio estudio refiere casos en los que se ha dado por buena otra solución (*Cross-border parental child abduction in the European Union*, estudio encargado por el European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, 2015, p. 80; disponible en file:///C:/luis/filiaci%C3%B3n/sustracci%C3%B3n/libro%20UE%202015.pdf). Distinto es que la forma en a que se ha de desarrollar comporte trámites (nombramiento de personal especializado que pueda asistirle, traductor) y por consiguiente los inevitables retrasos.

porque las sustracciones ocurren como preludio o como consecuencia de las crisis (conyugales en su caso) y fundamentalmente porque no es el mismo el juez que decide sobre un retorno. Lo normal es que haya que ordenar la práctica de la prueba; por mucho que la Circular de la FGE 6/2015 exprese su preocupación por evitar que tal actividad comporte retrasos en la tramitación del procedimiento, no es capaz de ofrecer una fórmula para evitarlo, seguramente porque no existe<sup>67</sup>; g) El legislador no ha podido ignorar que en la disciplina de la sustracción de menores hay más de propaganda o buenas intenciones que de realidades<sup>68</sup>. Abundando en la imposible coordinación efectiva entre las normas, adviértase que la previsión de los apartados 3 y 4 del art. 27 RBII ter (probabilidad de denegación de la restitución en base a las causas del art. 13.1.b CLH 1980 y contactos entre órganos judiciales) no encaja con el art. 778.9 *quinquies* LEC, porque mientras que no se celebre la vista un juez no puede empezar a formarse un juicio sobre las causas de no restitución, y es a partir de entonces cuando habrá de ponerse en contacto con el tribunal competente para el fondo, para verificar si se han adoptado (no debería descartarse que valga también el compromiso de adoptarlas) medidas de protección: más allá de que la creencia en que todo esto se vaya a desarrollar en tres días no pase de ser una feliz esperanza, lo evidente es que se ha diseñado un mecanismo cooperativo con innegables efectos dilatorios<sup>69</sup>; h) En lo puramente fáctico, la localización del niño encierra dificultades, porque la autoridad central es un órgano administrativo que no puede dar instrucciones a la policía, y sin demanda no hay juez que la ordene<sup>70/71</sup>; i) la apuesta por la mediación (art. 25 RBII ter) es fuente de dilaciones, siendo el

67 «En algunos supuestos será necesario acudir al dictamen de especialistas para poder llegar a conocer realmente la verdadera voluntad del menor (...), teniendo en cuenta la necesidad de respetar el principio de celeridad» (p. 41): el problema es cómo cohesionar ambas cosas, y sobre esto nada se dice.

68 Baste un dato: en la propuesta de 2016 reforma del reglamento 2201/2003 se preveía que hubiera un número limitado de órganos judiciales competentes en esta materia (art. 22), que las decisiones fueran provisionalmente ejecutivas y se limitara a uno los recursos disponibles (art. 25): no queda ni rastro de nada de eso.

69 Sin descuidar que las medidas provisionales adoptada por el tribunal de la residencia habitual del menor pueden convertirse en papel mojado tan pronto regrese el niño: *cfr.* FORCADA MIRANDA, F. J.: *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*, Madrid, 2020, p. 244.

Trasládense por lo demás las observaciones apuntadas en el texto a las medidas provisionales del art. 27.5 RBII ter; sólo la generalización de su adopción *inaudita altera parte* puede augurar cierta rapidez.

70 Interpol actúa como mero colaborador. Informaciones prácticas muy útiles, desde dentro de la autoridad central española, en GARCÍA REVUELTA, C.: «Aplicación práctica del convenio de La Haya y el reglamento 2201/2003. El papel de la autoridad central», publicado en [http://www5.poderjudicial.es/cvsm/ponencia\\_6\\_es.pdf](http://www5.poderjudicial.es/cvsm/ponencia_6_es.pdf)

71 Informaciones prácticas muy útiles, desde dentro de la autoridad central española, en C. GARCÍA REVUELTA, C.: «Aplicación práctica...», *op. cit.*».

único límite que ello sea contrario al interés superior del menor, no sea adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento: todo queda a la decisión discrecional del juez, por tanto.

Si se quiere hacer las cosas bien no hay alternativa. El TEDH en su sentencia de 14 de mayo de 2020 así lo reconoce<sup>72</sup>. Mas el precipitado de todo lo anterior aflora en los datos ofrecidos por las estadísticas, a saber, que un procedimiento normal tarda en España medio año como media, con francas posibilidades de durar más<sup>73</sup>. No hace falta decir cuáles son las consecuencias del trascurso del tiempo. Volvemos a lo mismo: la pragmática consolidación de las situaciones es inevitable.

Moraleja: secuestradores del mundo, recurran, impugnen todo lo que puedan, que a lo sumo todo se saldará con una condena al Estado<sup>74</sup>.

72 La claridad del pronunciamiento justifica a mi juicio la longitud de la cita de *Rinau v. Lithuania*, asunto n.º 10926/09: «§194: *The Court points out that the Court of Appeal reached that decision five months after the first applicant's request for his daughter's return (...), thus exceeding the six-week time-limit provided for in Article 11 paragraph 2 of the Hague Convention (...)* the Court accepts that the Klaipėda Regional Court and the Court of Appeal had to reconcile their two obligations under Article 8 of the Convention. On the one hand, given the urgency of the situation caused by the child being held in Lithuania unlawfully, they had a positive obligation towards the applicants to act expeditiously (...). On the other hand, they had a procedural obligation towards I. R. to effectively examine plausible allegations that returning the second applicant to Germany would expose her to psychological harm, particularly in the light of I. R.'s claim that she could not follow the second applicant to Germany for fear of prosecution, as well as the need to procure and examine the evidence from the child care authority concerning the impact of the child's separation from her mother. The Court is therefore ready to accept that those questions required detailed and to an extent time-consuming examination by the Klaipėda Regional Court and the Court of Appeal, which was necessary in order to reach a decision achieving the requisite balance between the competing interests at stake, the best interests of the child being the primary consideration».

73 Los datos aparecen en The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention – October 2017. El relativo a duración del procedimiento en España, p. 118. La media de los Estados contratantes estaba en ese momento en 164 días. Desde luego, nada comparable a los 291 días de Gran Bretaña, los 280 de EEUU o los 617 que declara Alemania en algún supuesto (*vid.* en <https://assets.hcch.net/docs/6ca61ff3-5ca6-4f6e-a79a-cb6e7485f4b0.pdf>, p. 65). Va de suyo que lo mejor es hacer como este país, que asegura no disponer de datos. Las cifras globales se recogen en el anexo 11 del Global Report (<https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>). No se pierda de vista que los datos disponibles se refieren a las solicitudes cursadas con intervención de las autoridades centrales, no las realizadas directamente por el padre abandonado.

74 La sugerencia de que el arraigo sea apreciado a la fecha de la solicitud de retorno va justamente en contra del interés del menor (GARCÍA REVUELTA, C.: *op. cit.*, p. 17), porque ignora las vicisitudes que se van sucediendo. La filosofía de las normas sobre eficacia transfronteriza de resoluciones, por ejemplo, no es estar al dato más antiguo. Que el litigio beneficia al sustractor es evidente, y el TEDH lo admite.

### **V.3. El interés del menor, mucho más que el restablecimiento del *statu quo ante*. La prevalencia de la estabilidad. Cuando el menor pierde sus vinculaciones con un progenitor**

Ya sabemos que el CLH 1980 no se refiere explícitamente a ese principio, pero lo asume y consagra. También que no cabe duda de que el TEDH lo comparte (por eso coloca en el frontispicio de sus pronunciamientos el art. 3 del Convenio sobre derechos del niño). Sin embargo, no puede no reconocer que, aunque todo esté orientado al restablecimiento de las situaciones previas y a desincentivar los secuestros, el interés del menor es también gozar de estabilidad, permanecer con el progenitor con el que puede comunicarse, con el que ha vivido en los últimos tiempos, aquel con el que existe relación afectiva. En negativo: no pueden romperse los vínculos con el cuidador y el entorno de relaciones en el que ha desenvuelto su vida para volver con un sujeto a quien no conoce porque no lo ha visto a lo largo de los últimos años, con el que tal vez ni siquiera comparte idioma<sup>75</sup>. En otro plano se desenvuelve, es claro, la eventual responsabilidad exigible al culpable de esa situación<sup>76</sup>, aun con el límite de que el derecho a relacionarse con los hijos no es absoluto, cede a ese interés supremo, principio rector de cualquier ponderación. El paso del tiempo —asumido como inevitable, normal, elemento fisiológico del sistema—, supone debilitamiento de las vinculaciones y por ello disminución de las expectativas de restablecimiento de la situación anterior. Por descontado que se puede minimizar su impacto mediante la instauración de un régimen provisional de visitas durante el tiempo que dure el desplazamiento ilícito (art. 21 CLH 1980, art. 27.2 RBII ter), pero reconozcamos que ni es expeditivo el procedimiento para adoptarlas ni fácil su desarrollo

75 Asevera con razón la circular 6/15 de la FGE que en el caso de los niños pequeños que han vivido siempre con su sustractor, el daño a los efectos del art. 13 CLH 1980 no es regresar, sino hacerlo sin el secuestrador, en caso de que no quiera acompañarle (p. 37). El problema no es que no quiera regresar al país de origen, sino que no es infrecuente que el sustractor no pueda hacerlo, por causa de responsabilidad penal. Recuérdese que en España no es válido un compromiso de no imputación, porque es un delito perseguible de oficio.

76 En este sentido, la STS de 30 de junio de 2009 concede una indemnización por daños morales en un caso de secuestro internacional, por impedir el normal ejercicio del derecho a la guarda y custodia del hijo. Véase un comentario en GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MÍCHEL, M., «Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)», en *Revista jurídica de Cataluña*, 2010, pp. 805 ss.

en un entorno de conflicto<sup>77</sup>. De otro lado, adviértase que la subsunción de las circunstancias aquí aludidas en alguna causa del CLH no está exenta de elementos de incertidumbre, porque el art. 12 habla de menor integrado en el nuevo ambiente, y aquí de lo que se está tratando es de una conexión personal<sup>78</sup>, lo que obligaría a forzar la norma para intentar canalizar la situación por la vía del estricto art. 13.1.b<sup>79</sup>. Y todo ello sin olvidar los inconvenientes de implementación en el seno de los Estados en los que se aplica el RBII ter (*supra*).

Con todo lo anterior quiero poner de relieve que el punto de partida de los instrumentos convencionales y de la doctrina jurisprudencial no siempre vale: las fórmulas matemáticas no cuadran con la protección de los menores. El interés del niño no estriba siempre en ser devuelto a su país de primitiva residencia habitual. La estabilidad no exige en todo caso volver a la casilla de salida; entran en juego valoraciones sustantivas que prevalecen sobre ese objetivo. Es necesario permitir al juez requerido que desenvuelva un análisis casuístico que subordine la automaticidad al bienestar del niño, porque de otro modo se termina matando moscas a cañonazos, o sea, colocando la discusión en el nivel constitucional en lugar del propio de las cuestiones ordinarias<sup>80</sup>. Por eso hay que retomar la sugerencia de identificar factores que integren el concepto de interés del menor para, a partir de ahí, construir grupos de casos en los que se puede empezar a presumir (pero sólo presu-

---

77 Más aun, la Comisión especial sobre el funcionamiento del convenio evidenciaba en sus conclusiones de la sesión de 2017 las considerables diferencias al respecto entre los Estados contratantes, con lo que no se están logrando los fines propuestos.

78 Un neonato, por ejemplo, no se integra en ambiente alguno; la práctica nos ha mostrado ejemplos de secuestros «clandestinos», en los que el niño no se relaciona con su entorno. Aquí sólo cabe ampararse en las nocivas consecuencias de la eventual pérdida del referente del cuidador, que en tanto que eventual no sirve en todos los casos. Recuerda F. J. FORCADA-MIRANDA que los tribunales no suelen apreciar integración cuando los menores se han mantenido ocultos, aunque pasen años: «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 II)», en *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 3 (enero-junio 2016), p. 13.

79 Un buen repaso de la interpretación judicial de la norma en CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M.: «Grave riesgo de daño físico, psíquico o situación intolerable en los casos de sustracción internacional de menores», en CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Cizur Menor, 2022, pp. 166 ss.

80 REICHLING, N.: *Les principes directeurs du procès civil dans l'espace judiciaire européen. Étude à partir du procès civil transfrontalier*, Aix-en-Provence, 2020, p. 90 en particular. Como pone de relieve, la automaticidad de los procedimientos de ejecución abre la puerta a reclamaciones ante el TEDH, exigiendo responsabilidad al Estado de origen por las resoluciones que aparentemente violen el contradictorio (*op. cit.*, p. 96). Precisamente porque la responsabilidad del Estado puede verse afectada es por lo que la abogacía del Estado interviene siempre en los procesos de restitución, como demandante, titular de interés directo e inmediato.

mir<sup>81</sup>) que el retorno no es lo que más cuadra<sup>82</sup>. El de la vinculación personal única con el secuestrador (y, por extensión, con los otros hermanos) sería uno de ellos<sup>83</sup>.

#### V.4. (Sigue): Secuestro de menores y alegación de violencia doméstica por parte del sustractor

Por supuesto no hablo de situaciones en las que el propio menor es objeto de violencia o abusos, sino de aquellas en las que vive y/o es testigo de episodios de ese tipo, siendo la víctima inmediata normalmente uno de sus progenitores.

- 
- 81 Se rechazan rigideces: adviértase que las causas de denegación del regreso no son de aplicación obligatoria sino discrecional. Más aun: la delegación suiza en la Conferencia de La Haya sugirió una enmienda del convenio en el sentido de que se debería denegar el retorno del menor cuando el cuidador primario lo haya sustraído y no pueda razonablemente pedírsele que vuelva al país de la residencia habitual previa, y se reputa contrario al interés del menor colocarlo al cuidado del otro progenitor o de una familia de acogida. *Vid.* Report on the Fifth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Practical Implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, 2007, p. 164. Disponible en [http://www.hcch.net/upload/wop/abd\\_2006\\_rpt-e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf). Recuérdese que el TEDH en sentencia de 30 de marzo de 2021 (*Thompson v. Rusia*) rechaza igualmente las respuestas automáticas en caso de menores de corta edad.
- 82 *Cfr.* GRAMMATICAKI-ALEXIOU, A.: «Best Interests of the Child in Private International Law», en *Recueil des Cours*, vol. 412, pp. 347 y 357-358. De todas formas, no parece que se pueda incluir en ese catálogo, como pretende, elementos que incentivan la huida hacia países con prestaciones sociales elevadas: la pérdida de ayudas o el hecho de que el niño esté escolarizado en tal o cual colegio no debe ser un dato que obstaculice el retorno, si en lo que se está pensando es en preservar la vida familiar. Además, hay que plantearse —tal y como hace BENDAHAN, M. L.: «Contribution to the Safe Return of the Child in Cases of Wronful Removal», en *The Judges' Newsletter*, 2019, p. 22— si forma parte del paquete de elementos a considerar las opciones del secuestrador de tener disponibilidad financiera en caso de regreso al país de origen. Así se argumentó en la sentencia de la *Court of Appeal* de Nueva Zelanda de 3 de junio de 2020, en relación con un niño de dos años y medio cuyo referente era la madre sustractora, que en consecuencia no fue obligada a volver a Australia.
- 83 La Corte suprema de Israel decide en sentencia de 3 de junio de 2009 un asunto realmente ilustrativo: Pareja de ciudadano francés e israelita, residentes en Francia con su hijo de seis años. Ella está embarazada y de común acuerdo se decide que vaya a Israel a dar a luz, llevando consigo al mayor. Tras el alumbramiento decide no volver, por lo que el padre activa el mecanismo del CLH 1980. Los órganos judiciales israelíes ordenan el regreso del mayor, pero no del neonato, a quien no aplican el mecanismo convencional porque nunca he residido en Francia. Si tal separación de los miembros de la familia se alinea con el interés del menor a medio plazo... El texto está disponible en <https://elyon1.court.gov.il/files/09/380/023/hl2/09023380.hl2.pdf>; extraigo la información de STHOEGER. E.: «International Child Abduction...», *op. cit.*, p. 533.

Secuestrar a un niño puede ser una forma de sano ejercicio de responsabilidad parental, la única forma de preservar su estabilidad emocional y huir de contactos indeseables. Retomemos el sustrato sociológico prealudido: no todas las sustracciones son cualitativamente iguales, no pueden ser tratadas por igual, no tienen por qué tener el regreso como norte<sup>84</sup>.

El art 31 del Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica exige a los Estados parte que tomen las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio, y para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños. Este segundo inciso de la norma es nuestro punto de referencia, desde el momento en que habilita para denegar el restablecimiento del *statu quo ante* cuando se hayan registrado situaciones de violencia, si se trata de proteger al menor, aislarlo de un entorno de conflictividad que pueda afectarle. A primera vista, encajaría como un guante la situación descrita con el art. 13.1.b CLH<sup>85</sup>, de forma que en ese hipotético catálogo de supuestos en los que la respuesta a la solicitud de retorno deba ser automáticamente negativa, a la vista de un principio de prueba, este sería uno de ellos<sup>86</sup>. Ahora bien:

a. No hay nada automático: la Guía de buenas prácticas de la Conferencia de La Haya descarta que toda situación de violencia encaje inexorablemente en la causa del grave riesgo<sup>87</sup>, y también los tribunales parecen actuar con cautela (hasta el momento al menos), exigiendo un nivel elevado de prueba, de modo que ni se estima que la violencia doméstica dañe inexorablemente el bienestar físico o psíquico del menor ni —menos aun— debe condicionar automáticamente el sentido de una decisión. Así, por ejemplo, la SAP de Murcia de 24 de mayo de 2018 pone de relieve que la mera existencia de conflicto entre los padres, la existencia de denuncias y acusaciones de violencia no desembocan necesariamente en la causa de no restitución del art. 13 CLH 1980, porque se debe demostrar su repercusión en el menor. Mucho más estricta aun la SAP de Las Palmas de 25 de julio de 2016, que en presencia

84 En parecidos términos, GRAMMATICAKI-ALEXIOU, A.: «Best Interests...», *op. cit.*, p. 341.

85 Difícilmente encajaría esta hipótesis en el art. 20 (la SAP de Barcelona de 12 de junio de 2020 recuerda que no se debe recurrir por elevación a esta norma cuando sólo se trata de preservar la estabilidad del menor), lo que en el espacio UE tiene transcendencia en el tratamiento procesal (huida del art. 13, evitar consultas previas) y en la activación del sistema de prevalencia.

86 *Cfr. Cross-border parental child abduction in the European Union...op. cit.*, p. 89.

87 Bureau Permanent de La Conférence de La Haye de droit international privé: Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Partie VI. Article 13(1)(b), 2020, pp. 38-39. Disponible en la web de la Conferencia.

de datos no concluyentes<sup>88</sup> excluye que se vaya a convertir en órgano penal y que la integridad psíquica del hijo común se vaya a ver afectada<sup>89</sup>. También podría darse que la violencia como tal no suponga grave peligro para un concreto menor, pero que las circunstancias que rodean un regreso sí que lo suponga (v. gr., patologías mentales en el progenitor que se vería obligado a regresar con el niño)<sup>90</sup>.

No obstante, existe un elemento perturbador, a saber, la filosofía que late en el art. 66 de la ley orgánica 1/2004 en la redacción dada por la ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, en la medida en que anuda a la mera inculpación por violencia «la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación (...) respecto de los menores que dependan de él», si bien se deja cierto margen para hacer otra cosa si lo aconseja el interés superior del menor. La norma da un paso adelante respecto a lo ya regulado (si se cambia se supone que es para algo), pudiendo llegar a alterar completamente la forma de actuar de los tribunales: la respuesta fácil a la presión social es no distinguir, y qué duda cabe de que los jueces pueden sentir a tentación de hacerlo<sup>91</sup>. El tiempo y el TC lo dirán.

---

88 El hecho de que el Ministerio fiscal no actuara de oficio, las dudas sobre la autoría de las lesiones efectivamente sufridas por la madre.

89 La SAP de Murcia de 14 de julio de 2016 acuerda el retorno de unos menores a Holanda, diferenciando el conflicto entre los padres del riesgo de exposición a un peligro físico o psíquico; la SAP de Asturias de 15 de marzo de 2017 repasa exhaustivamente los acontecimientos, según los datos aportados por la autoridad central requirente (EEUU en el caso), constatando que no existían datos incontrovertibles de los que deducir una situación de violencia («no existe el más mínimo atisbo de maltrato o desatención previo a la crisis»); la SAP de Málaga de 30 de abril de 2015 acuerda la restitución del menor porque «consta que el Estado requirente ya ha adoptado medidas de protección»; la misma AP en sentencia de 11 de septiembre de 2007) deniega el retorno del menor por la falta de prueba de que se hayan adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección psíquica de la menor tras su restitución.

No es una orientación aislada: en el mismo sentido *United States District Court, W.D. Kentucky, Paducah Division en Pliego v. Hayes*, sentencia de 21 de enero de 2015 o la del *Rechtbank de Gravenhage* de 22 de febrero de 2018, que asevera que la violencia doméstica no equivale a riesgo para el menor. Pero en sentido contrario, *Walsh v Walsh*, de la *US Court of Appeals for the Fifth Circuit*, sentencia de 25 de julio de 2000 (la violencia, aun no sufrida por el niño, equivale a grave riesgo del art. 13).

90 Cuando a consecuencia de los abusos se detecta el riesgo en unos hermanos y no en otros, el peligro aludido en el art. 13 CLH deriva de una eventual separación entre ellos: MOL C. y KRUGER, T.: «International child abduction and the best interests of the child: an analysis of judicial reasoning in two jurisdictions», en *Journal of Private International Law*, 2018, p. 446.

91 La LO 8/21 ya introdujo una medida cautelar del mismo tenor en el art. 554 ter LECrim (semejante al art. 158 CC, y similar también a la modificación operada por la ley 8/21 en el art. 94 CC, cuando haya un proceso penal ya iniciado) pero dependiendo de la previa adopción de una orden de protección. Se supone que la nueva ley busca la absoluta automaticidad.

b. Los fiscales tiene instrucciones precisas para no instar el regreso de los menores cuando existan antecedentes de malos tratos (se supone que en base al material probatorio disponible, pericial y testifical en particular; el historial judicial no debe ser determinante)<sup>92</sup>.

c. No se trata de enjuiciar un ordenamiento, no caben apriorismos. La SAP de Barcelona de 12 de junio de 2020, auténtica pieza de referencia, rastrea los precedentes para llegar a la conclusión de que no existe un problema estructural con el Derecho de Singapur, aunque no tenga previsiones especiales sobre protección doméstica y de género, ni sobre madres solteras<sup>93</sup>.

d. En el entorno europeo, del art. 27.3 RBII ter se deduce un mandato claro de atender a (y confiar más en) las medidas protectoras que en la situación de riesgo<sup>94</sup>. En ese sentido, la coordinación con el reglamento 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil es absoluta, en el bien entendido que: i) no equivale adopción de una medida de protección y denegación del retorno; ii) es discutible que, en casos de violencia, una orden de alejamiento emanada por el Estado en el que ha buscado refugio el secuestrador haya de ser usada como justificación para una negativa en el Estado de origen a cursar una solicitud de retorno (sería anticipar un juicio sobre la legalidad de éste); iii) no es descartable que pueda funcionar como indicio (uno más) para denegar una restitución.

e. No hay secuestro cuando el traslado del menor a otro país es un acto exigido por las normas administrativas (sentencia del TJ de 2 de agosto de 2021)<sup>95</sup>.

92 Circular 6/2015, p. 37. Es muy interesante la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno, de Montevideo, 6 de febrero de 2015, que deniega el retorno de un niño a España desechando el argumento de la inexistencia de denuncias por parte de la mujer presuntamente maltratada. Y es interesante porque evidencia que a veces no hay forma de denunciar nada, cuando una persona carece de medios económicos y de una red familiar de apoyo en el país de su residencia: «debe distinguirse entre los medios de protección que objetivamente se ofrecen en casi todas las comunidades, de lo que significa el acceso real y efectivo a los medios de protección adecuados. En el presente caso, la madre del niño cuya restitución se solicita, no tuvo acceso efectivo».

93 Otro ejemplo muy claro: para un caso de regreso de unos niños desde Canadá a EAU: a falta de prueba de ese peligro, no se presume nada a partir de un texto legal que, en sí mismo, pone en el centro el interés del menor y que no puede ser objeto de juicio: Sentencia de 2 de diciembre de 2022 de la Corte suprema de Canadá, *F. v. N.*, 2022 SCC 51 (CanLII). Su texto en <https://canlii.ca/t/jt977>.

94 Ejemplar a este respecto la sentencia de la *Supreme Court* del Reino Unido en *In re E (A Child)*, caso de 2012. Extraigo la referencia de MCDONALD, J: «Article 13 Exceptions. Return Interests of the Child in the Jurisdiction of England and Wales», en *The Judges' Newsletter*, 2018, pp. 21-22. Ni que decir tiene que esa confianza recíproca no opera en un entorno más amplio: en *Jacquety v Baptista* el Tribunal de primera instancia otorga más peso al riesgo derivado de los abusos constatados en informes médicos que a los compromisos asumidos por el padre en Marruecos. La referencia en <https://www.incatad.com/fr/case/1513>.

95 Asunto C 262/21 PPU. En concreto, como se recordará, se trataba de huir de la violencia doméstica y solicitar asilo y medidas de protección, para lo cual se debe respetar la distribución de competencias establecida en el sistema Dublín III.

## VI. Final: de según como se mire, todo depende<sup>96</sup>

Vuelvo a lo que preguntaba al principio: ¿Vale el CLH 1980 tal cual fue diseñado? ¿Contribuye el sistema del RBII ter a satisfacer las exigencias ius-fundamentales? ¿es tolerable afirmar que el bienestar del menor equivale a que sobre responsabilidad parental decidan unos determinados jueces y no otros<sup>97</sup>? Fossilizar el interés del menor en un texto pétreo pudo tener un sentido en un momento en el que la experiencia era escasa y había que ensayar un mecanismo expeditivo por encima de todo, cuando el caso típico permitía identificar en un sustractor a un infractor de la norma. Pero la sensibilidad jurídica y el entramado social han cambiado. Ni el TEDH ni los Tribunales constitucionales toleran una aproximación exclusivamente procedimental al fenómeno secuestro de menores, y como consecuencia los tribunales ordinarios abandonan el *modus operandi* propio de una gestoría administrativa. Se impone, pues, la búsqueda del interés del menor en el caso concreto, y a tal fin es inevitable que el Derecho tome nota de la realidad, de las vinculaciones afectivas creadas y de las extinguidas a lo largo de los años, del paso del tiempo en fin. No en vano, el TC español pone en primer plano la integración de un niño en un determinado ambiente, elemento clave en el proceso de toma de decisiones. El modelo ahora es otro. Sin haber cambiado una sola palabra del texto convencional, el de 1980 ha saltado por los aires, e incluso el propio de la UE corre el riesgo de quedar distorsionado si la confianza recíproca deja de inspirar la actuación de los jueces. Otra cosa es que desemboquemos en un sistema que genera incentivos perversos cuando alguien quiera asegurarse la guarda y custodia del menor: basta dejar que el tiempo pase. Se impone, pues, renunciar a fórmulas matemáticas y asumir una buena dosis de flexibilidad.

## VII. Bibliografía

**BARUFFI, M. C.:** «A child-friendly area of freedom, security and justice: work in progress in international child abduction cases», en *Journal of Private International Law*, 2018.

**BEAUMONT, P. y WALKER, L.:** «Post Neulinger case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention» en *Permanent Bureau (eds.), A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, 2013.

---

96 Mi tributo a Pau Donés: Que el blanco sea blanco/Que el negro sea negro/Que uno y uno sean dos/Como exactos son los números/Depende.

97 «La giustizia è solo una «questione di competenza»? Parrebbe di sì, quando il ius dicere è ridotto a pura amministrazione»: MARI, L.: «L'interesse superiore del minore...», *op. cit.*, p. 117.

- BEAUMONT, P., TRIMMINGS, K., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.:** «Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights» en *International and Comparative Law Quarterly*, 2015.
- BENDAHAN, M. L.:** «Contribution to the Safe Return of the Child in Cases of Wronful Removal», en *The Judges' Newsletter*, 2019.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A.:** «El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña», 25 de noviembre de 1993.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A.:** «La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989», en ALDECOA LIZÁRRAGA, F. y FORNER DELAYGUA, J. J.: *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, 2010.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M.:** «Grave riesgo de daño físico, psíquico o situación intolerable en los casos de sustracción internacional de menores», en CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (eds.): *El derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Cizur Menor, 2022.
- CORNELOUP, S. y KRUGER, T.:** «Le règlement 2019/1111, Bruxelles II : la protection des enfants gagne du ter(rain)», en *Revue critique de droit international privé*, 2020.
- CUARTERO RUBIO, V.:** «La sustracción internacional de menores ante el juez: a vueltas con la racionalidad del Convenio de La Haya de 1980 y la ponderación», en CUARTERO RUBIO, V./VELASCO RETAMOS, J. M. (dirs.): *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, 2021.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M.:** *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A.:** «Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 151, 2018.
- FORCADA MIRANDA, F. J.:** *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*, Madrid, 2020.
- FORCADA-MIRANDA, F. J.:** «El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Partes I y II)», en *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 3 (enero-junio 2016).

- GARCÍA REVUELTA, C.:** «Aplicación práctica del convenio de La Haya y el reglamento 2201/2003. El papel de la autoridad central», publicado en [http://www5.poderjudicial.es/cvsm/ponencia\\_6\\_es.pdf](http://www5.poderjudicial.es/cvsm/ponencia_6_es.pdf)
- GASCÓN INCHAUSTI, F.:** «El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos Povse c. Austria y Avotiņš c. Letonia», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MÍCHEL, M.:** «Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)», en *Revista jurídica de Cataluña*, 2010.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C.:** «La sustracción de menores en el nuevo reglamento 2019/1111», en VVAA, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho: Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Madrid, 2020.
- GRAMMATICAKI-ALEXIOU, A.:** «Best Interests of the Child in Private International Law», en *Recueil des Cours*, vol. 412.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.:** «La ejecución forzosa de las resoluciones de retorno en las sustracciones internacionales de menores», en ALDECOA LIZÁRRAGA, F. y FORNER DELAYGUA, J. J.: *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, 2010.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.:** *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, 2008.
- KELLER, H. y HERI, C.:** «Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights», en *Nordic Journal of International Law*, 2015.
- MAGNUS, U.:** «Comentario al art. 43», en MAGNUS, U./MANKOWSKI, P. (eds.): *European Commentaries on Private International Law, IV, Brussels II bis Regulation*, Colonia, 2017.
- MAGRO SERVET, V.:** «Suspensión del régimen de visitas entre padre e hija por interés superior del menor en casos de violencia», en *Revista de Derecho de familia*, 2023.
- MARI, L.:** «L'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)», en *Studi Urbinati, A — Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, 2013.

- MARÍN PEDREÑO, C.:** *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Málaga, 2016.
- MCDONALD, J.:** «Article 13 Exceptions. Return Interests of the Child in the Jurisdiction of England and Wales», en *The Judges' Newsletter*, 2018.
- MCELEAVY, P.:** «The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?», en *Journal of Private International Law*, 2005.
- REICHLING, N.:** *Les principes directeurs du procès civil dans l'espace judiciaire européen. Étude à partir du procès civil transfrontalier*, Aix-en-Provence, 2020.
- MOL C. y KRUGER, T.:** «International child abduction and the best interests of the child: an analysis of judicial reasoning in two jurisdictions», en *Journal of Private International Law*, 2018.
- PERSANO, F.:** «Diritto d'asilo e sottrazione internazionale di minori nei casi di violenza domestica», en *Papers di diritto europeo*, 2022.
- RIPLEY, P.:** «A Defense of the Established Approach to the Grave Risk Exception in the Hague Child Abduction Convention», en *Journal of Private International Law*, 2008.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E.:** «La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018.
- SHAPIRA, A.:** «Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases», en *Recueil des cours*, 1989, vol. 214.
- STHOEGER, E.:** «International Child Abduction and Children's Rights: Two Means to the Same End», en *Michigan Journal of International Law*, 2011.