



Universidad  
de Alcalá

# “SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ÉNFASIS EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA”

MÁSTER DE ACCESO A LA PROFESION DE ABOGADO

**Presentado por:**

**D<sup>a</sup> Gema Pérez Guerrero**

**Dirigido por:**

**D<sup>a</sup> Ana Fernández Pérez**

**Alcalá de Henares, a 21 de marzo de 2022**

## INDICE

<b>I. SOLICITUD DE DICTAMEN</b> .....	3
<b>1. Planteamiento de supuesto</b> .....	3
<b>2. Antecedentes de hecho</b> .....	4
<b>II. RESTITUCIÓN DE MENORES EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO</b> ....	7
<b>1. Normativa</b> .....	7
1.1 <i>La Convención de los Derechos del Niño</i> .....	8
1.2 <i>Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos</i> .....	8
1.3 <i>Convenio de Estambul, de 11 de mayo de 2011, sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.</i> .....	9
1.4 <i>Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en la Haya, el 25 de octubre de 1980.</i> .....	10
1.5 <i>Circular 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores.</i> .....	11
1.6 <i>Reglamento del Consejo de Europa 2201/2003</i> .....	12
1.7 <i>Convenio de la Haya de 1996</i> .....	17
1.8 <i>Reglamento de la Unión Europea 2019/1111</i> .....	18
1.9 <i>Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo 1980</i> .....	22
<b>2. Menores expuestos a la Violencia doméstica</b> .....	24
<b>3. El retorno seguro y la violencia</b> .....	26
3.1 <i>Restitución segura ante la Violencia doméstica: “Orden Europea de Protección para un retorno seguro de las víctimas y de los menores”</i> .....	27
3.2 <i>Causas de excepción y oposición al retorno</i> .....	29
<b>5. Posibilidad de acudir a la Mediación en los casos de sustracción internacional</b> .....	33
<b>6. Consecuencias penales del secuestro de menor</b> .....	36
<b>II. EL DIVORCIO Y LA RESPONSABILIDAD PARENTAL</b> .....	38
<b>1. Divorcio</b> .....	38
<i>Se acude al Reglamento 2201/2003 del consejo, de 27 de noviembre de 2003 (Reglamento de Bruselas II bis)</i> .....	38
<b>2. Responsabilidad parental</b> .....	40
<b>III. CONCLUSIONES</b> .....	44
<b>IV. BIBLIOGRAFIA</b> .....	45

## **I. SOLICITUD DE DICTAMEN**

### **1. Planteamiento de supuesto**

Juan de 33 años y Julia de 30, ambos nacionales españoles, se casaron el 1 de mayo de 2015 en Madrid, y tuvieron una hija, el 25 de abril de 2016 fruto del matrimonio, a la que llamaron Esmeralda. Un año después, el 30 de septiembre de 2017, la familia se mudó a Múnich, debido a un ascenso que recibió Juan en su trabajo y que le obligaba a establecer su residencia en la ciudad alemana.

Durante los siguientes años, el matrimonio había tenido fuertes desavenencias que habían desembocado en discusiones por temas cotidianos de la convivencia marital, pero que en los últimos meses habían generado malestar e incomodidad entre los cónyuges. El verano de 2019, Juan había salido al cumpleaños de uno de sus amigos, y al volver a casa, estando ya la niña durmiendo, tuvo una fuerte discusión con Julia, pues ésta le reclamaba haber llegado de madrugada y con indicios claros de embriaguez, tras diversos insultos y gritos, Juan empujó a Julia tirándola al suelo, y le propinó una patada en el abdomen, hasta que a consecuencia de los gritos, la hija menor de ambos se desveló y fue al salón, momento en el que Juan se dio cuenta de lo sucedido y ayudó a Julia a levantarse, pidiéndole perdón insistentemente. A pesar de lo sucedido, Julia decidió no denunciar los hechos pues había sido la primera vez que su marido utilizaba la fuerza física, y suponía que iba a ser un hecho aislado, por lo que pensó en la unidad de su familia, sobre todo en el bienestar de su hija y continuó con su vida normal como de costumbre.

Tiempo después, sin que sucediera ningún hecho grave como el relatado anteriormente, el matrimonio acudió a una boda familiar y tras la misma, al llegar al hotel, Juan sobrepasado por el alcohol que había ingerido y siendo víctima de un ataque de celos, empezó a discutir nuevamente con Julia, pero esta vez con Esmeralda presente, pues la menor todavía no se había dormido, quien sufrió la ira de su padre, pues no solo se abalanzó sobre Julia, sino que como esta llevaba en brazos a la niña, Juan decidió cogerla y lanzarla hacia la cama con brusquedad, para poder agarrar a Julia del cuello, intentándole dejar sin respiración. Sin embargo, no ocurrió nada que tuvieran que lamentar, ya que, ante los gritos y lloros de esmeralda, el personal del hotel subió a la habitación para ver que ocurría, por lo que Juan cesó en su empeño de agredir no solo física, sino psicológicamente a su mujer y madre de su hija.

Atendiendo a los últimos hechos relatados y temiendo por su vida y por la de su hija, Julia decidió denunciar los malos tratos inferidos por su marido Juan, sobre ambas, optando inmediata y desesperadamente por trasladarse a España con su familia buscando ayuda y protección, llevándose con ella a su hija de 4 años Esmeralda, el 30 de abril de 2020, aprovechando que Juan estaba en el trabajo, pues si este llegaba a su casa y ellas estaban allí, no hubieran podido escapar nunca, pues este no les hubiera dejado, y cuando se enterara de que Julia había interpuesto una denuncia contra él, no puede imaginar que sería de ella y de Esmeralda, pues desconocía como podría ser su reacción después de los hechos violentos sufridos.

Julia toma la decisión de irse a España con Esmeralda, ya que, ella en Múnich no tiene a nadie, solo a un par de amigas que ha conseguido hacer durante su estancia allí, pues su familia está en España, su país de origen, debido a que se trasladaron a Alemania por un ascenso de Juan, al que Julia accedió y animó a que lo aceptara, pues era una buena oportunidad de trabajo, y por el bien de la familia, decidió acompañarle junto con la hija de ambos, a pesar de, no dominar el idioma y no tener trabajo allí.

Juan al llegar a casa y ver que Julia se había llevado a su hija sin su consentimiento a España, intentó previamente y en numerosas ocasiones, ponerse en contacto con la que hasta ese entonces era su mujer, y requerirla que volviese a Múnich con la hija de ambos, Esmeralda, pero sin éxito en ninguno de los intentos, por lo que, ante la negativa de Julia de volver con la niña por supuestos malos tratos de él hacía ella, alegando, además que tenía miedo de que pudiera maltratar a la niña, Juan decidió solicitar ante los Tribunales el retorno de Esmeralda el 30 de junio de 2020, así como la posterior demanda de divorcio contra Julia y la correspondiente petición de custodia exclusiva de Esmeralda.

## **2. Antecedentes de hecho**

Una vez expuesto el caso, y antes de proceder con la resolución del mismo, resulta pertinente explicar los diferentes conceptos que se van a abordar a lo largo del dictamen jurídico en cuestión, permitiendo obtener una visión más profunda y centrada de la sustracción internacional de menores, llegando a conseguir la mejor resolución para la situación explicada.

Según la Real Academia de la Lengua Española<sup>1</sup>, se entiende por sustracción internacional de menores, a aquella “*retención o traslado ilícito de un menor por uno de sus progenitores en contra del estatuto de responsabilidad parental establecido por la ley o por las autoridades*”. Esta retención o traslado se considera ilícito, porque el progenitor sustractor lo realiza sin contar con el consentimiento del otro progenitor y sin ninguna autorización judicial previa, llevando al menor a un país distinto de su residencia habitual, generando en él una distorsión de su vida cotidiana pudiéndole llegar a producir futuros e importantes trastornos o perjuicios en su desarrollo personal y social, de ahí que todos los textos legales que abordan este tema prioricen el interés del menor, pues se redactaron para proporcionar una mayor seguridad jurídica a los sujetos afectados por la sustracción en cuestión y garantizar el retorno seguro del menor. Es más, el Convenio de la Haya de 1980, en su artículo 3 considera que este traslado o retención supone una vulneración del derecho de custodia o del derecho de visitas, de los cuales el progenitor afectado es titular bien por derecho propio, por ser atribuidos por parte de una decisión judicial o mediante un acuerdo vigente en el Derecho del Estado en cuestión.

*“Artículo 3<sup>2</sup>: El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:*

- a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y*
- b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.”*

El derecho de custodia y el derecho de visitas referidos en este convenio, hacen referencia a la potestad que tiene el titular del mismo, en este caso el progenitor, a elegir la residencia habitual de menor en cuestión, decidir sobre su cuidado, y tener la posibilidad de fijar otro lugar de residencia al habitual durante un plazo temporal

---

<sup>1</sup> Real Academia de la Lengua Española: “*Diccionario Panhispánico del español jurídico*”, año 2020, <https://dpej.rae.es/lema/sustracci%C3%B3n-internacional-de-menores> (última visita 20 de noviembre de 2021)

<sup>2</sup> Boletín Oficial del Estado: “*Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980*”, núm. 202, 24 de agosto de 1987, páginas 26.099 a 26.105

especifico y determinado. Además, también le es privado el derecho que tiene a ejercer libremente la patria potestad respecto al menor sustraído, así como las funciones relativas a su responsabilidad parental.

La atmósfera de la sustracción de menores ha empeorado en los últimos años, pues, aunque dicho problema ha existido durante todas las etapas de la historia, es cierto, que de un tiempo a esta parte, con los textos legales existentes y con los medios de comunicación actuales, se ha viralizado, siendo denunciado por un mayor número de afectados, confiando en los sistemas y cuerpos de seguridad, en los eficientes Tribunales que abordan estos procedimientos tanto en el ámbito civil como en el penal, y en los protocolos diseñados para conseguir una efectiva restitución del menor trasladado o retenido de manera ilegal. La nueva realidad actual contribuye a crear escenarios perfectos de sustracción internacional, pues hay una mayor diversidad de grupos familiares, nuevas oportunidades de empleo en distintos lugares del mundo, numerosas y crecientes crisis tanto de matrimonios como de parejas de hecho que desembocan en separaciones, divorcios y rupturas de los núcleos familiares, utilizando en la mayoría de los casos, a los hijos menores, en el supuesto de que existan, como medios para provocar en el otro progenitor un daño mayor, convirtiendo, por tanto, a dichos menores en las principales víctimas de los caso de sustracción, y de ahí que los textos legales suscritos busquen siempre el interés y bienestar del menor.

Como ya se ha mencionado anteriormente, y atendiendo a lo recogido por diversos estudios estadísticos, la mayoría de supuesto de sustracción internacional ocurren en el núcleo familiar, y como consecuencia de problemas en la convivencia y vida marital o de pareja. En los últimos años se ha acrecentado por las amplias posibilidades de viajar, la mayor tolerancia existente a nivel cultural, étnico y religioso, así como la constante movilidad en el ámbito laboral. Es importante aclarar que, la sustracción internacional de menores, no solo existe en el ámbito familiar, sino también fuera de él sobre todo en relación con los menores tutelados por la administración, en casos de adopción internacional, entre otros. Sin embargo, a lo largo de este dictamen se va a abordar la sustracción desde el ámbito familiar, pues el supuesto de hecho planteado.

Desde el punto de vista judicial, ha existido una atención especial por parte de los Jueces y magistrados en la resolución de lo casos de secuestro de menores, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, pretendiendo evitar que sigan aumentando los supuestos de sustracción. Todo ello, llevó a la reforma de la Ley Orgánica 9/2002 por la

que se procedió a la modificación del Código Penal, añadiendo entre sus delitos y faltas tipificados, la sustracción de menores, de tal manera que, el legislador ha incluido en el Capítulo III del Título XII del Libro II una nueva sección encabezada con el nuevo artículo 225 bis, el cual aporta una mayor protección jurídica al menor respecto a las conductas infractoras de sus progenitores. En el ámbito civil, también se han regulado dichas situaciones, sobre todo respecto a las crisis familiares que dan lugar a ese traslado o retención ilícita del menor, así como también los acontecimientos que con ello desembocan, concretamente, el artículo 103 del Código Civil en consonancia con el artículo 158, busca principalmente el interés del menor, así como en los otros textos legales que se van a mencionar a lo largo de este dictamen, incluso se recogen medidas preventivas en caso de existir riesgo de sustracción por parte de uno de los progenitores, siendo estas la prohibición de salida del territorio nacional sin autorización judicial, así como la expedición del pasaporte del menor, o si fuera necesario la retirada por la autoridad del pasaporte del menor e incluso si alguno de los progenitores quisiera realizar un cambio de domicilio, tendría que comunicarlo a la autoridad judicial solicitando su aprobación.

En definitiva, los legisladores han elaborado numerosos textos legales para abordar la sustracciones de menores, intentando buscar la adopción previa de medidas para evitar el traslado o retención ilícito tales como las anunciadas por el artículo 158 del CC, intentando reducir la probabilidad de que uno de los progenitores ponga en peligro al menor y velando en todo momento por la seguridad, estabilidad e interés del menor en cuestión.

## **II. RESTITUCIÓN DE MENORES EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

### **1. Normativa**

Para conseguir la **restitución del menor**, en el caso de la sustracción internacional del menores que tienen como partes contratantes a España y Alemania (Estados parte de los Convenios y Reglamentos que se van a citar a continuación), se utiliza:

## 1.1 *La Convención de los Derechos del Niño*<sup>3</sup>

El artículo 9.3 de la Convención de los Derecho del niño (CDN) expone la idea que de todos los niños tienen un derecho inherente a su persona, como es el hecho de mantener una buena relación personal y directa con sus progenitores, no pudiéndole ser arrebatado por los supuestos de sustracción que sufren por parte de uno de sus padres, salvo en el caso de que sea el deseo propio del menor.

Por ello a la hora de abordar un tema relacionado con la sustracción internacional de menores, se debe tener en cuenta lo recogido en este texto legal, pues el mismo, aboga entre sus preceptos, el interés superior del menor, así como su derecho a tener una familia, la posibilidad de que en el desarrollo de los procedimientos en los que se vea afectado, su opinión sea tenida en cuenta por la autoridades tanto judiciales como policiales, por ser un Derecho reconocido por la CDN.

Cuando se inicia un proceso de sustracción internacional de menores, no solo se debe acudir a los convenios referidos en este Dictamen, sino que también se debe buscar el amparo de la Convención de los Derechos del niño para evitar cualquier vulneración y protegiendo en todo momento el interés del menor. Concretamente, del artículo 11 al 35 de este texto se procede a abordar el secuestro de menores, en conexión específica con el artículo 10.2, en el que se expone que: *“El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres, [...] los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país”*

## 1.2 *Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos*<sup>4</sup>

Otro de los textos legales que influye en el desarrollo de los procedimientos de sustracción de menores, al velar por el interés superior del menor y de la familia en sí misma, es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en torno al cual, se acoge y resuelve el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) conocido también como

---

<sup>3</sup> *Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos del niño* adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, Boletín Oficial del Estado, núm. 313, pp. 38897- 38904.

<sup>4</sup> *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, Boletín Oficial del Estado, núm.243*



Tribunal de Estrasburgo, limitándose a resolver las diversas violaciones de derechos y libertades fundamentales reconocidos por este Convenio. Concretamente, el artículo 8 recoge el Derecho al respeto a la vida privada y familiar, y es el precepto abogado en numerosas Sentencias dictadas por el TEDH relativos a cuestiones de sustracción internacional de menores en conexión principal con el Convenio de la Haya de 1980.

### *1.3 Convenio de Estambul<sup>5</sup>, de 11 de mayo de 2011, sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.*

Este texto incluye una visión y regulación amplia de la violencia de género, intentando explicar la diferencia existente entre la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, pues en la mayoría de los estados participantes en este convenio, no existe un marco conceptual que regule y defina tales situaciones o conceptos. Por lo tanto, a través del mismo, se pretende aportar una mayor protección jurídica a los menores que son objeto de sustracción internacional por parte de sus progenitores, y, sobre todo, valorar aquellos casos en los que existe violencia hacía la mujer, así como intentar protegerlas por su condición de víctimas de violencia de género o doméstica.

El artículo 1 en conexión con los artículos 62, 63 y 64 del presente convenio, intentan plantear un sistema de cooperación transnacional entre los Estados partícipes para prevenir, asistir y proteger a las víctimas, así como fomentar la investigación de los delitos y la aplicación correcta de las sentencias y órdenes de protección solicitadas por las mujeres a tenor de los episodios de violencia sufridos, aprovechando la verdadera ausencia de un marco jurídico-normativo estable en la mayoría de los Estados firmantes.

Esta convenio, plantea el hecho de que no es necesario que los menores sean agredidos física o psíquicamente por sus progenitores para que puedan ser considerados como víctimas y protegidos jurídicamente, sino que solo por el simple hecho de vivir la situación de violencia, ya sea doméstica o de género, lo son, ya que quien presencia estos hechos, le supone una situación traumática y merecedora de especial y particular atención. Además, con la entrada en vigor del mismo, y en atención a su artículo 31 relativo a la regulación de las visitas y custodia de los menores, se intenta conseguir la

---

<sup>5</sup> *Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica*, hecho en Estambul, el 11 de mayo de 2011. Boletín Oficial del Estado, 6 de junio de 2014, núm. 137, páginas 42946 a 42976

implementación con el Convenio de la Haya de 1980, estableciendo la violencia de género o doméstica como uno de los motivos de oposición al retorno del menor propias del artículo 13.

*1.4 Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en la Haya, el 25 de octubre de 1980<sup>6</sup>.*

Este Convenio define el procedimiento de restitución del menor como un sistema de cooperación a través de las autoridades centrales de los Estados miembros que son parte en el asunto de la sustracción internacional de menores. Además, el mismo, determina la restitución inmediata del menor de 16 años, que tiene su residencia habitual en un Estado contratante, y que ha sido trasladado o retenido ilegalmente en otro Estado contratante. Por tanto, de dicho párrafo se puede destacar que los requisitos primordiales para que se pueda acudir al Convenio de la Haya son:

- Que el menor sustraído tenga una edad inferior a los 16 años, pues más allá de la misma, los preceptos de dicho convenio quedan inaplicados. Y,
- Que el lugar de residencia habitual del menor se encuentre entre uno de los Estados Contratantes del Convenio, siempre y cuando, sea antes de que se produzca el traslado o retención ilícito vulnerando el derecho de custodia y de visitas del otro progenitor.

Es utilizado, además, tanto para llevar a cabo la mediación recogida en el artículo 7, como en el caso de que se acuda a la Autoridad central de la residencia habitual del menor, que en este caso sería Múnich, con el objetivo de que pueda quedar garantizada la restitución del menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del citado convenio.

La mayoría de los textos internacionales mencionados en este dictamen, tienen prioritariamente una función preventiva, buscando evitar incurrir en errores durante el proceso de restitución, agilizando su resolución y perjudicando lo menos posible al menor. Sin embargo, además de ello, este Convenio tiene una especialidad principal, y es permitir al legislador conocer si son de aplicación los preceptos de dicho texto, al Estado de residencia habitual del menor antes de su sustracción, y donde los progenitores habían forjado sus relaciones personales, económicas y laborales, pues si es así, no solo permite

---

<sup>6</sup> Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en la Haya, el 25 de octubre de 1980. Boletín Oficial del Estado, 24 de agosto de 1987, núm. 2, páginas 26099 a 26105.

flexibilizar el proceso de restitución del menor, si no que facilita la interposición del régimen de visitas al que tiene derecho el progenitor que no es titular de la custodia del menor.

En definitiva, la finalidad del Convenio de la Haya de 1980, es la referida en su artículo primero:

*“a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante;*

*b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes.”*

Y para poder conseguirlo, se requiere una comprometida y responsable cooperación entre los Órganos Jurisdiccionales de los estados y las Autoridades Centrales. Cada Estado Contratante designa a una Autoridad Central que verifique el cumplimiento de la obligaciones particulares expuestas por dicho convenio en su artículo 7, entre las cuales se encuentra, la localización del menor, la garantía de una restitución fructífera y segura, primar el interés del menor evitando que sufra los menores daños, trasladar la información necesaria respecto al ámbito social del menor, facilitar el inicio del procedimiento judicial o administrativo relativo a la sustracción con lo que ello conlleva, es decir, fomentar el proceso de restitución así como el derecho de visitas con el progenitor no custodio. Actualmente, en la mayoría de los casos de sustracción, las Autoridades Centrales son las encargadas de aplicar el Convenio, el cual no especifica nada acerca de los medios empleados por estas Autoridades, así como la estructura que deberían tener, pues en función del estado contratante existen ciertas diferencias, aunque el artículo 6 del Convenio, si aclara el número de Autoridades Centrales que pueden o deben designar cada Estado, siendo como normal general una por estado, exceptuando los Estados Federales, en los que se puede nombrar a más de una.

*1.5 Circular 6/2015<sup>7</sup>, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores.*

---

<sup>7</sup> Circular 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Boletín Oficial del Estado, FIS-C-2015-00006, Doctrina de la Fiscalía General del Estado.

Doctrina y nueva regulación procesal dictada por la Fiscalía General del Estado en interés principal del menor. Para promover la correcta información a las víctimas de la sustracción internacional en relación a los procedimientos que deben seguir y de las vías (civil y penal) a las que pueden acudir para solicitar la aplicación pertinente de los Convenios internacionales suscritos entre los Estados interesados, a fin de solucionar el objeto de la controversia y por el que se encuentran en una situación de indefensión, la Fiscalía General del Estado ha proporcionado este texto legal para establecer las líneas de actuación a las Fiscalías provinciales en cuanto al deber de información, tutela y protección de las víctimas del proceso penal iniciado como consecuencia de la sustracción internacional de los menores.

Esta circular también recoge los casos en los que el Ministerio Fiscal intervendrá, pues solo es posible cuando España sea el lugar de destino del menor sustraído.

Se fomenta además la cooperación internacional entre los Fiscales delegados de cooperación, a fin de agilizar y facilitar los procedimientos, siempre mirando por el interés superior del menor.

#### *1.6 Reglamento del Consejo de Europa 2201/2003<sup>8</sup>*

Con el fin de poder aportar mayor respaldo jurídico en el ámbito de las crisis matrimoniales y responsabilidad parental, se publicó en el Diario Oficial del Consejo de Europa el 23 de diciembre de 2003, el Reglamento del Consejo de Europa 2201/2003, entrando en vigor el 1 de agosto de 2004, no siendo de aplicación para todos los países de la Unión Europea hasta el 1 de marzo de 2005. Este nuevo texto legal derogó el Reglamento nº 1347/2000, otorgando apreciaciones más exhaustivas respecto a ciertos artículos del mismo, así como la inclusión de nuevos preceptos, todo ello en relación con la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas por los Tribunales en cuanto a los procesos matrimoniales y a la responsabilidad parental que cada progenitor tiene para con sus hijos.

Sin embargo, respecto a la sustracción internacional de menores el propio reglamento requiere de una aplicación complementaria con el Convenio de la Haya de

---

<sup>8</sup> *Reglamento del Consejo de Europa nº 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por lo que se deroga el Reglamento 1347/2000. Boletín Oficial de la Unión Europea, núm. 338, de 23 de noviembre de 2003, pp. 1-29.*

1980, sin olvidar en ningún caso, teniendo en cuenta lo expuesto en su artículo 60, que el mismo primará sobre cualquier otro Convenio multilateral, como el Convenio de la Haya de 1980, el Convenio de Luxemburgo de 1967, el Convenio de la Haya de 1961 o el Convenio de la Haya de 1971. En el artículo 10 del referido texto se regulan los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de tales asuntos, siendo estos los del estado miembro donde se encontraba la residencia habitual del menor justo antes de que tuviera lugar la sustracción ilícita, manteniéndose dicha competencia hasta que se produzca un cambio de domicilio habitual del menor en cuestión, así como el cumplimiento de los requisitos expuestos en el mencionado precepto.

En cuanto a la restitución del menor trasladado o retenido ilícitamente, este Reglamento especifica que, tras realizar un análisis concreto sobre la situación, existe la posibilidad de oposición a la restitución, siempre y cuando la resolución judicial que acuerda el retorno del menor sea reemplazada por otra dictada por el órgano competente del Estado miembro en el que residía el menor antes de ser sustraído.

En este Reglamento se introducen nuevos preceptos que mejoran el procedimiento de restitución del menor, en relación con el convenio de la Haya de 1980, pues se elimina una de las causas de excepción que recogía el convenio en su artículo 13, introdujo la figura de la Autoridad Central a nivel comunitario para mejorar las relaciones con los órganos jurisdiccionales y fomentar la resolución de los procedimientos de sustracción, convirtiéndose en un soporte jurídico para el Juez encargado del caso, pues esta Autoridad podía verificar el cumplimiento de las obligaciones exigidas por ley para evitar un mayor peligro para el menor, así como la adopción de las medidas pertinentes. Además, se le otorga mayor relevancia a la audiencia del menor realizada a través del procedimiento expuesto en el *Reglamento 1206/01 del Consejo respecto a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil*, es decir, seguir los pasos indicados en este reglamento en relación a la presentación de las solicitudes recopiladas con los datos requeridos, pues escuchar el testimonio del menor es una carga de prueba especialmente relevante a la hora de una correcta valoración, siempre y cuando el menor tenga la edad, capacidad y conocimiento necesarios para poder acudir a la audiencia, y que ésta sea tenida en cuenta por el Tribunal competente.

El legislador elaboró este texto legal buscando alcanzar dos objetivos principales, siendo uno de ellos, minimizar lo máximo posible la incidencia de casos de sustracción

de menores, intentando persuadir a los progenitores que tenga la intención de trasladar o retener ilícitamente a su hijo, de que cesen en su intento, así como conseguir la ejecución directa de las decisiones y, o resoluciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales en todos los estados que son parte del referido Reglamento, sin olvidar en ningún caso, la prevalencia existente en las decisiones tomadas por los jueces y tribunales del estado donde el menor tenía su residencia habitual antes de ser sustraído por su progenitor.

Desde su publicación, se le asoció el nombre de *Reglamento de Bruselas II bis*, en lo relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental. Sin embargo, tras ser sometido a un proceso exhaustivo de valoraciones por parte de la opinión pública de los ciudadanos pertenecientes a los estados parte de dicho texto legal, y teniendo en cuenta el informe realizado en el año 2014 por la Comisión Europea, se introdujeron una serie de novedades, sobre todo en el ámbito de la sustracción internacional de menores y de su correspondiente proceso de restitución, es decir, se produjo una reforma en cuanto a la responsabilidad parental, pero no en lo relativo a las crisis matrimoniales. Con motivo de la aprobación de dicha refundición, se acudió a la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues se le dio la oportunidad de tomar parte en la reforma del Reglamento de Bruselas II bis, participando en un total de 26 decisiones, resultando de ello, la idea de que las novedades importantes debían ser introducidas respecto a los casos de sustracción de menores, buscando otorgar una mayor protección jurídica al menor, sobre todo en aquellos casos en los que se ha percibido un fallo por parte del sistema judicial, tal y como se ha expuesto y probado en diversos trabajos realizados por investigadores académicos<sup>9</sup> en materia de sustracción internacional de menores, así como la falta de cooperación jurídica entre los distintos órganos jurisdiccionales y las autoridades centrales designadas, o la existencia de procesos secundarios que han provocado que el interés del menor haya pasado a un segundo plano, y no se le haya priorizado como exigen todos los textos legales que se han mencionado en este dictamen, de ahí que surgiera la necesidad de incorporar ciertas novedades que mejoraran tal desprotección del menor, flexibilizando y agilizando los procesos en los que se encuentran inmersos.

---

<sup>9</sup> Trimmings, K: Monografía “*Child Abduction within the European Union*” Revista de Derecho de Edimburgo, volumen 18. núm 1. 2013

Una de las novedades que se introdujeron fue el proceso de “*última palabra*”, que suponía que, en los casos de sustracción internacional de menores, la resolución definitiva, y que por tanto decidía sobre el asunto, era la dictada por el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de ser trasladado o retenido ilícitamente por uno de sus progenitores. Y a pesar de haber sido uno de los puntos de controversia entre los órganos jurisdiccionales de los distintos estados miembros y las autoridades laborales, este novedoso mecanismo sigue vigente, y está recogido en el Reglamento de Bruselas II bis, concretamente en el capítulo II, el cual aporta un nuevo sistema para poder entender que el menor ha cambiado de residencia habitual por haber pasado un año en el nuevo domicilio, donde haya conseguido integrarse, así como el hecho de que la demanda de retorno basada en motivos distintos de los permitidos por el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, presentada por el progenitor titular del derecho de custodia haya sido denegada . Si bien es cierto, que ciertos autores<sup>10</sup> expertos en la materia consideran que, el capítulo III introducido como una de las novedades de la reforma del Reglamento mencionado, tendría que haber sido dedicado a mejorar los procesos de restitución del menor, y no reservarlo únicamente para el ámbito de la sustracción, pues es apreciable la elaboración de un mayor número de artículos referidos al retorno del menor en proporción con las novedades relativas a la sustracción.

Mediante dicha reforma, se permite que las Autoridades Judiciales puedan comunicarse con los órganos jurisdiccionales a través del sistema de la Red Judicial europea, instaurando la obligación de que la resolución dictada por el juez o Tribunal competente tenga que ser traducida a la lengua oficial del Estado requerido para la devolución del menor, es decir, se han modificado el artículo 11 del Reglamento en sus apartados 6 y 7. Además, también se incluyen nuevas especificaciones para los órganos jurisdiccionales, y es que estos tendrán que reflejar el artículo del Convenio de la Haya de 1980 en el que se hayan apoyado para denegar el proceso de restitución del menor, así como requerir una especial valoración de los asuntos de sustracción internacional protegiendo principalmente el interés del menor, sobre todo a la hora de decidir sobre el otorgamiento de su custodia. En definitiva, esta refundición ha conseguido retirar los aspectos que presentaban ciertas dificultades para el legislador, en lo relativo al proceso

---

<sup>10</sup> Beaumont, P, Walker, L. y Holiday, J: “*Conflicts of EU courts on EU child abduction: the reality of articles 6-11 Brussels IIa proceeding across the EU*”, vol. 12, 2016, núm.2 pp.224 -258.

de restitución, así como reforzar el mismo al incluir el mencionado mecanismo de la “última palabra” del tribunal del estado en el que se encontraba la residencia del menor antes de ser sustraído, exaltando nuevamente la idea de que tal reforma no refuerza el interés superior del menor, sino que como se ha podido ver en diferentes textos legales, se prioriza buscar un equilibrio y entendimiento entre los diferentes órganos jurisdiccionales que son parte del Reglamento 2201/2003.

En cuanto al proceso de restitución del menor, la reforma del Reglamento de Bruselas II bis ha incluido una serie de mejoras que refuerzan este sistema y que se concentran en su mayoría en el artículo 26 y ss. Una de las propuestas que ha tenido una aplicación directa, es el intento de concentrar la competencia buscando una especialización rigurosa por parte de los órganos que se encargan de llevar a cabo el retorno del menor, es decir, actualmente cada estado miembro designa a sus Autoridades competentes teniendo en cuenta la estructura de sus administraciones de justicia, tal y como se expuso en el artículo 22 de la propuesta de reforma<sup>11</sup>, así como el impulso acordado por la Conferencia de la Haya de 1980<sup>12</sup> en refuerzo del sistema de restitución del menor. Antes de la mencionada refundición, los plazos para llevar a cabo el traslado del menor al estado en el que se encontraba su residencia habitual eran de 6 semanas, tal y como recoge el Convenio de la Haya de 1980 en relación con el Reglamento 2201/2003, sin embargo, se decidió ampliarlo a 12 semanas, lo que supone que desde la interposición de la demanda de sustracción internacional, solicitando la restitución del menor, existe un plazo de 6 semanas para que el órgano jurisdiccional ante quien se presenta la demanda o recurso, pueda valorar el caso y dictar resolución, contando con otras 6 semanas más para llevar a cabo el proceso de restitución<sup>13</sup>.

Además, se introdujeron nuevas medidas provisionales que podían ser utilizadas por el Tribunal del Estado donde el menor había sido trasladado ilícitamente, sirviendo para asegurar y garantizar un retorno seguro, incluso en aquellos casos en los que se

---

<sup>11</sup> Van Loon, H., «The Brussels IIa Regulation: towards a review?», en Cross-border activities in the EU-Making life easier for citizens, Workshop for the JURI Committee, 2015, pp. 204

<sup>12</sup> Conferencia de la Haya de 1980: Guía de buenas prácticas del Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción de menores, punto 5, British Library cataloguing-in publication Data, Conference on private international law 2005, pp. 46-45. “*Se solicita a las Autoridades centrales que apliquen el Convenio de la Haya de 1980, que cooperen entre sí, y que promuevan la cooperación entre las autoridades competentes en su propio estado [...] Las autoridades centrales deberán impulsar activamente la cooperación entre los profesionales que trabajan para prevenir la sustracción de menores, con el objetivo de asegurar una estrategia de prevención coherente y coordinada*”

<sup>13</sup> Van Loon H, op. cit. nota 3. Pág. 205



acudía a lo determinado por el artículo 13 b) del Convenio de la Haya de 1980 intentando buscar proteger al menor en todo momento, hasta después de haber tenido lugar su proceso de restitución.

La posibilidad de acudir al mecanismo de la Mediación, es otra de las novedades introducidas en el Reglamento de Bruselas II bis. Las partes podrán solicitar acudir a la Mediación<sup>14</sup>, siempre y cuando sea en exclusivo interés del menor, mostrando una actitud conciliadora para con la búsqueda de un acuerdo efectivo y que no perjudique o ponga en peligro al menor sustraído, ni suponga una dilatación innecesaria del proceso de restitución. El momento idóneo para solicitar dicho sistema, es dentro del plazo de tiempo en el que la Autoridad Central pertinente, recibe y tramita la solicitud de restitución del menor, y una vez solicitada, el órgano jurisdiccional competente tendrá la obligación de proceder a dictar resolución a la mayor brevedad posible. Los casos donde existe un mayor volumen de solicitudes en cuanto a la utilización de la mediación como mecanismo resolutivo de la situación que se expone, son los relacionados con las crisis matrimoniales<sup>15</sup>, y que derivan en muchas de las ocasiones, en la sustracción ilícita del menor por parte de uno de sus progenitores.

### 1.7 *Convenio de la Haya de 1996*<sup>16</sup>

Junto con el mencionado anteriormente Reglamento (CE) 2201/2003, existe otro texto legal conocido como Convenio de la Haya de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los niños. La diferencia básica entre ambos textos y por lo que, el legislador los complementa, es el hecho de que el Reglamento no entra a especificar nada sobre la ley aplicable, mientras que el Convenio recoge especialmente que ley se debe aplicar para cada caso concreto, buscando poder resolver la controversia

---

<sup>14</sup> Hague Conference on Private International Law: "Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de menores. Mediación" 2012, pp. 7-99.

<sup>15</sup> Diario Oficial de la Unión Europea: "Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles" Estrasburgo, 21 de mayo de 2008, pp. 136/3-136/8.

<sup>16</sup> Boletín Oficial del Estado: "Instrumento de Ratificación del Convenio Relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en la Haya el 19 de octubre de 1996", núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, pp. 99837 a 99868.

de la forma más rápida, eficiente, coherente y segura tanto para el menor como para los progenitores implicados.

Este Convenio fue redactado con relación al Reglamento 1347/2000, que fue sustituido por el actual Reglamento (UE) 2201/2003, por lo que después de la aprobación de dos decisiones trascendentales para la colaboración entre los distintos organismos de la Unión Europea, como fueron la decisión tomada por el Consejo de la Unión Europea, el 19 de diciembre de 2002<sup>17</sup> y la decisión adoptada el 5 de junio de 2008<sup>18</sup> por el Consejo, se puede afirmar que, actualmente todos los Estados Miembros de la Unión Europea son parte del Convenio de la Haya de 1996, y que se acogen al mismo a la hora de determinar que ley es aplicable en cada caso, y sobre todo en materia de responsabilidad parental alentando el interés superior del menor.

El artículo 2 de dicho convenio delimita el ámbito de aplicación de este Convenio, y es que, es de aplicación en lo relativo a la responsabilidad parental y la protección de los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen los 18 años de edad, entendiendo por responsabilidad parental, aquella autoridad que tenga el derecho y la capacidad para determinar las obligaciones, derechos y poderes que tienen los padres respecto a sus hijos.

Diversos autores han dedicado ciertas exposiciones y artículos a relacionar el Convenio de la Haya de 1996 con el nuevo Reglamento 2019/1111, intentando analizar la conexión existente entre ellos, así como sus disparidades, pues entienden que debe existir una eficiente cooperación y complementación entre ambos textos, intentando alcanzar la mejor resolución para los casos de sustracción internacional de menores, y evitando producirle mayores perjuicios tanto a los progenitores implicados como a los menores víctimas del traslado o retención ilícitos.

### *1.8 Reglamento de la Unión Europea 2019/1111<sup>19</sup>*

---

<sup>17</sup> En virtud de la aprobación de esta decisión, se permitió a los Estados Miembros de la Unión Europea firmar el referido Convenio de la Haya de 1996.

<sup>18</sup> Mediante esta decisión adoptada por el Consejo, se consiguió que algunos Estados Miembros de la Unión pudieran ratificar el Convenio de la Haya de 1996 en interés de la Comunidad Europea en general, permitiendo además que los estados miembros realicen una exposición relativa a la aplicación de aquellas normas internas que corresponden al Derecho Comunitario.

<sup>19</sup> Reglamento de la Unión Europea 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 178, de 2 de julio de 2019, pp. 1-115.

Como se ha expuesto anteriormente, la refundición propuesta por la Comisión de la Unión europea sobre el Reglamento 2201/2003, solo reformaba algunos preceptos relacionados con la sustracción internacional de menores, incluso introduciendo ciertas novedades para mejorar el procedimiento de restitución del menor, preservando y exaltando su interés superior, intentando agilizar la resolución de los procesos en los que el menor es víctima de un traslado o retención ilícita por parte de uno de sus progenitores. Sin embargo, resulta preciso destacar, el hecho de que en el ámbito matrimonial no se consiguió introducir ninguna mejora, ni ninguna novedad, ni respecto a la primera propuesta de reforma presentada por la Comisión en el año 2006, ni a la refundición que consiguió un avance importante en lo legalizado por el Reglamento 2201/2003, pues existía una controversia entre los distintos Estados parte a la hora de aceptar nuevos preceptos respecto a la materia matrimonial.

No obstante, debido a la nueva realidad jurídica, económica y social experimentada en los últimos años, el Consejo de la Unión Europea, decidió plantear una nueva propuesta<sup>20</sup> de reforma del Reglamento de Bruselas II bis, sobre todo en el ámbito matrimonial, pues no era concebible que desde el año 2003 cuando se aprobó dicho texto legal, y teniendo en cuenta el aumento de las crisis matrimoniales existentes en la sociedad, el legislador no hubiera realizado alguna mejora o avance en este ámbito. Por tanto, una vez valorado el artículo 81.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la propuesta de reforma de la Comisión, los dictámenes del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social, así como después de la transmisión del proyecto de este nuevo texto reformista a los Parlamentos Nacionales, el Consejo de la Unión Europea publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el Reglamento 2019/1111 de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, reconocimiento, ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre todo la sustracción internacional de menores, el cual entró en vigor el 22 de julio de 2019 y tendrá aplicación desde el próximo día 1 de agosto de 2022, derogando el mencionado Reglamento 2201/2003<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Gandía Sellens, M.A: *“La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la comisión para modificar el RBII bis. Algunos avances, retrocesos y ausencias”*, Anuario Español de Derecho internacional privado, edición XVII, 2017, pp.799 y ss.

<sup>21</sup> Noticias jurídicas: *“Nuevo Reglamento europeo para conflictos familiares internacionales: entrada en vigor y puntos de interés”*, Portal de noticias de actualidad, jurisprudencia y sector legal, 10 de julio de 2019. <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/14188-nuevo-reglamento-europeo-para-conflictos-familiares-internacionales:-entrada-en-vigor-y-puntos-de-interes/> (última visita el 27 de diciembre de 2021)

Uno de los principales objetivos de este nuevo Reglamento es entre otros fomentar la cooperación e interacción con el Convenio de la Haya de 1996, buscando ser uno de los principales textos legales preceptivos para el Derecho Internacional Privado, sobre todo en lo relativo al ámbito de la familia y a las crisis matrimoniales. Mientras que este reglamento se encarga de aportar una base jurídica al ámbito de las crisis matrimoniales como puede ser el divorcio, la separación o la nulidad matrimonial, relacionándolo con las situaciones de sustracción internacional de menores, sin entrar en determinar que ley se debe aplicar en cada caso para conseguir la mejor resolución posible, el Convenio de la Haya define en materia de responsabilidad parental y protección del niño, la ley aplicable a cada caso, diferencia existente entre ambos textos legales, aspecto que hace necesaria la cooperación entre ambos.

Es preciso especificar la aplicación de este Reglamento, y es que tal y como se recoge en sus disposiciones finales, tendrá preferencia respecto a aquellos convenios que hayan sido firmados entre dos o más estados miembros, siempre y cuando lo referido en dicho convenio esté relacionado con la materia regulada en el Reglamento 2019/1111. Concretamente, el artículo 95<sup>22</sup> especifica aquellos Convenios sobre los que este Reglamento tendrá una aplicación preferente. Sin embargo, hay en ciertas situaciones, en las que el legislador sigue aplicando prioritariamente las directrices establecidas por el Convenio de la Haya de 1980, sobre todo en aquellos casos en los que el menor ha sido sustraído a un Estado distinto del de su residencia habitual inmediatamente anterior al momento de ser trasladado o retenido ilícitamente, teniendo siempre presente la conexión complementaria<sup>23</sup> existente entre dicho Convenio y el Reglamento 2019/1111, pues será de aplicación lo dictaminado en su Capítulo IV, cuando el proceso de restitución del

---

<sup>22</sup> Reglamento 2019/1111, de 25 de junio de 2019: Artículo 95. “En las relaciones entre los Estados miembros, el presente Reglamento primará frente a los Convenios siguientes en la medida en que ellos se refieran a materias reguladas por el presente Reglamento: a) Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores; 2.7.2019 Diario Oficial de la Unión Europea L 178/47 ES b) Convenio de Luxemburgo de 8 de septiembre de 1967 sobre el reconocimiento de sentencias relativas al vínculo matrimonial; c) Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970 sobre el reconocimiento de divorcios y separaciones de cuerpos; d) Convenio europeo de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia.”

<sup>23</sup> Reglamento 2019/1111, de 25 de junio de 2019: Artículo 22: “Restitución del menor con arreglo al Convenio de la Haya de 1980. Los artículos 23 a 29, y el capítulo VI del presente Reglamento, serán de aplicación y complementarán al Convenio de la Haya de 1980 cuando una persona, institución u organismo que invoque una violación del derecho de custodia, solicite, directamente o con la asistencia de una autoridad central, al órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dicte con arreglo al Convenio de la Haya de 1980 una resolución por la cual se ordene la restitución de un menor de dieciséis años que haya sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos”

menor deba ser ejecutado en un Estado Miembro distinto al lugar donde se ha acordado en base a los preceptos incluidos en el Convenio de la Haya de 1980.

Por tanto, la normativa internacional en torno a la sustracción de menores, deja claro que uno de los elementos fundamentales a la hora de tomar una decisión sobre la competencia, ejecución de sentencias o ley aplicable, es el lugar de residencia<sup>24</sup> habitual del menor, pues dependiendo del lugar en el que se encuentre el menor al momento de iniciar el proceso de restitución se aplicará un texto legal u otro, es decir, será de aplicación el Reglamento 2019/1111<sup>25</sup>, cuando el menor sustraído tenga su residencia en un Estado Miembro de la Unión, mientras que será que el Convenio de la Haya de 1996 tendrá una aplicación preferente en el caso de que la residencia del menor se encuentre en un estado parte de dicho Convenio, pero no que no sea miembro de la Unión Europea, tal decisión, la tomarán y valorarán los órganos jurisdiccionales competentes de cada Estado implicado. Una vez decidido que normativa es aplicable, el Reglamento 2019/1111 refiere en su artículo 10<sup>26</sup>, los requisitos que se deben cumplir para determinar que Órgano Jurisdiccional es competente, al igual que se refleja en el artículo 10 del Convenio de la Haya de 1996, siempre velando por el respeto al interés superior del menor.

Además de introducir nuevos preceptos en relación a la crisis matrimoniales, este Reglamento también recoge los procesos de sustracción internacional de menores, concretamente en su artículo 2.11 dispone cuando se debe considerar que existe un traslado o retención ilícita del menor, entendiendo, por tanto, la existencia de lo que es conocido como sustracción internacional, que tiene lugar cuando:

---

<sup>24</sup> La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) 523/07, de 2 de abril de 2009, delimita el concepto de residencia habitual del menor, entendiendo como tal no solo el lugar donde el menor se encuentra físicamente, sino que deben existir otros elementos para tal consideración, como son el arraigo familiar, la adaptación al entorno social, etc.

<sup>25</sup> Será de aplicación a partir del 2 de agosto de 2022, actualmente sería el Reglamento (CE) 2201/2003, pues todavía no ha sido derogado, solo modificado.

<sup>26</sup> Reglamento 2019/1111, de 25 de junio de 2019. Artículo 10: *“Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán competencia en materia de responsabilidad parental cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que: i) al menos, uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual; ii) dicho Estado miembro es la antigua residencia habitual del menor, o iii) el menor es nacional de dicho Estado miembro; b) cuando las partes, así como cualquier otro titular de la responsabilidad parental: i) han convenido libremente en la competencia, al menos en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional; o ii) han aceptado expresamente la competencia durante dicho procedimiento y el órgano jurisdiccional se ha asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia; y c) el ejercicio de la competencia responde al interés superior del menor.”*

*“a) ese traslado o retención se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y*

*b) en el momento del traslado o de la retención, el derecho de custodia se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.”*

### *1.9 Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo 1980*

En lo que respecta al procedimiento de ejecución de sentencias, también conocido como el “*exequatur*”, existe un texto legal que aborda este mecanismo, y es el Convenio de Luxemburgo<sup>27</sup>, de 20 de mayo de 1980. Es de aplicación en los casos de sustracción internacional de menores, cuando exista un traslado o retención ilícitos del menor a otro país distinto al de su residencia habitual, incumpliendo, además, una Sentencia dictada por la autoridad competente y en la que se refleja el derecho de custodia y, o el derecho de visita de los progenitores, y lo que otorga dicho convenio es la posibilidad que tiene el progenitor que ha visto infringidos sus derechos, de instar el *exequatur* de la sentencia en el estado en el que se encuentra el menor residiendo en ese momento, o al cual ha sido trasladado o retenido ilícitamente, pudiendo conseguir su retorno directo al estado en el que tenía su residencia habitual.

Este mecanismo, tiene un serie de aspectos o condiciones particulares para que pueda ser de aplicación, y por las cuales algunos Países como España no suelen acudir a él para proceder a la restitución del menor o para que sea de aplicación la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional competente. En primer lugar, se trata de un proceso de elevada cuantía para quien lo insta, además de ser lento en cuanto a la obtención del resultado requerido, es por ello por lo que la mayoría de los progenitores implicados en los casos de sustracción no acuden a su aplicación, si no que optan por lo regulado en el Convenio de la Haya de 1980, ejercitando la ya mencionada acción directa de retorno del menor. Además de lo expuesto, se debe tener en cuenta que la situación planteada en

---

<sup>27</sup> Convenio de Luxemburgo de 1980: “*Instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1984 del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980*”, BOE, núm. 210, de 1 de septiembre de 1984, pp. 25291 a 25295.

cuestión cumpla con los presupuestos exigidos por el propio Convenio para su correcta y pertinente aplicación, como son, el hecho de que la persona trasladada o retenida tenga la condición de menor<sup>28</sup>, que exista un traslado o retención de carácter ilícito, y que los Estados implicados en dicha sustracción sean ambos Estados parte del Convenio.

El Exequatur procede de la siguiente manera, según lo reflejado en el artículo 2 del referido convenio, y es que, en un primer momento, el interesado puede acudir a la Autoridad Central competente de cualquier estado miembro para hacer ejecutar la sentencia que otorga el derecho de custodia o el derecho de visitas respecto del menor sustraído. Una vez comunicado a la Autoridad, esta inicia el operativo de localización del menor y su correspondiente restitución. Sin embargo, es importante aclarar, que en los casos en los que el menor es sustraído a otro estado distinto de España, este mecanismo de Exequatur, no es posible.

Finalmente, recalcar la importancia de la cooperación nacional e internacional no solo de los distintos textos legales que en este dictamen se abordan, sino también de los organismos jurisdiccionales que están al frente de la resolución de los casos de sustracción internacional de menores que se les plantea, así como las Autoridades Centrales competentes en los procesos de restitución del menor, siempre primando el interés superior del mismo y provocando los menores perjuicios posibles, pues no hay que olvidar que son las principales víctimas y que, debido a su vulnerabilidad acorde a su edad, pueden manifestar desajustes o dificultades de desarrollo tanto a nivel personal como a nivel social, pues son sus propios progenitores los que les han llevado a esa fatídica situación, experimentado de primera mano la ruptura del núcleo familiar, y es aquí cuando el legislador y la ley deben proporcionar la seguridad jurídica correspondiente.

---

<sup>28</sup> Convenio de Luxemburgo de 1980: Artículo 1a. *“A los efectos del presente Convenio se entenderá, por menor: una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años, y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido”*

## 2. Menores expuestos a la Violencia doméstica

La Violencia Doméstica es un delito tipificado en el Código Penal Español, concretamente en el artículo 173<sup>29</sup>, de tal manera que se aporta una definición o delimitación de lo que significa cometer actuaciones consideradas como Violencia doméstica, pues dicho precepto castiga a aquel sujeto que inflija de manera habitual violencia física o psíquica sobre otra persona que tenga la condición de cónyuge, o que lo haya sido, así como a los descendientes, ascendientes, menores, y otras personas referidas en el mismo, aunque en el caso expuesto, es de interés la referencia de cónyuge y descendiente. Por tanto, a tenor de lo regulado por este precepto, Juan ejerce en varias ocasiones violencia física sobre Julia y sobre la menor de ambos, Esmeralda, tal y como se relata al principio de este Dictamen, por lo que se podría considerar a Juan como autor de un presunto delito de Violencia doméstica, habiendo sido denunciado por Julia antes de abandonar Múnich.

En el ámbito de la sustracción internacional de menores, la existencia de Violencia doméstica ejercida por uno de los progenitores, sitúa al menor objeto de la sustracción en una situación de grave peligro<sup>30</sup> tanto físico como psíquico, pues no es solo que pueda ser víctima de los malos tratos referidos, sino que esa situación le genera malestar psicosocial, pudiendo influir en su futuro comportamiento con el resto de las personas, en su interacción con la sociedad en general, así como su adaptación a los distintos medios o circunstancias que se planteen a lo largo de su vida. Diversos estudios y especialistas en la materia, entienden que este tipo de violencia también se le considera una manera de

---

<sup>29</sup> Artículo 173.2 del Código Penal: “ *El que “habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”* ”

<sup>30</sup> American Academy of Pediatrics, ACA, de la mano de diferentes autores como Aguilar, Gaylord o Kitzmann, defiende la idea de que aquellos menores que han vivido situaciones de violencia en el ámbito doméstico, ya sea como víctimas o como meros espectadores, genera una serie de consecuencias traumáticas que se pueden relacionar con las resultantes en los casos de maltrato infantil o en los abusos sexuales. 2003-2008.



maltrato psicológico, tanto al menor como al progenitor víctima de dicho trato degradante, siendo una de las razones por las cuales decide cometer la sustracción, trasladando o reteniendo al menor en otro lugar distinto al que tenían su residencia habitual, como una vía de escape de esta situación traumática para ambos, y buscando protección y seguridad. Sin embargo, hay que tener presente que aunque la intención principal de la sustracción en los casos de violencia doméstica, sea huir de tales situaciones negativas y agonizantes, intentando conseguir una segura y mejor calidad de vida, hay que valorar cada caso con una atención especial y meticulosa, pues se está separando al menor de uno de sus progenitores con el que mantiene vínculos y lazos familiares, afectivos y sanguíneos estrechos, y al ser privado de ello, también le pueden generar ciertas consecuencias psicológicas y emocionales traumáticas, además de tener en cuenta que la comisión de un delito tipificado, teniendo, por tanto, relevancia casi absoluta la carga probatoria de tal violencia doméstica, pues el progenitor víctima de la sustracción, y que es considerado como el autor de tal violencia, es privado de su derechos de custodia y visitas respecto al menor.

El Convenio de la Haya de 1980 no dedica ningún artículo a los casos de violencia doméstica, ni expone ningún procedimiento o especial tratamiento en este sentido, ya que en la época en la que entró en vigor, es decir, en los años 80, la violencia doméstica no era una acepción que tuviera especial relevancia, ni se había puesto nombre exacto a este tipo de violencia. Sin embargo, acudiendo a la realidad actual, los legisladores han alegado que el procedimiento de sustracción internacional de menores puede ser iniciado por diversas circunstancias, aceptando tanto, el caso en el que uno de los progenitores sustrae al menor para seguir hostigando y maltratando psicológicamente al otro, contribuyendo a acrecentar la violencia doméstica existente, como en el sentido de huida por parte del progenitor víctima de esos malos tratos sustrayendo al menor consigo. El Centro Nacional de Desaparecidos<sup>31</sup> de España, recoge en su informe anual de 2021<sup>32</sup>, que, del total de denuncias de desapariciones registrada en el año 2020, el 0,38% han sido por sustracción de menores, lo que implica en términos numéricos, que fueron denunciados 35 casos, incluyéndolos en la tipología de desaparición forzosa por parte de

---

<sup>31</sup> Centro Nacional de Desaparecidos (CNDES). Ministerio del Interior de España: <https://cndes-web.ses.mir.es/publico/Desaparecidos/> (última visita el 15 de enero de 2022)

<sup>32</sup> Centro Nacional de Desaparecidos (CNDES): “Informe Anual de Personas Desaparecidas” [https://cndes-web.ses.mir.es/publico/Desaparecidos/dam/jcr:aa2179e8-dc6a-419a-bbea0a7134ef5ba2/INFORME%20ESTADISTICO%202021%20ACCESIBLE%20\(21MB\).pdf](https://cndes-web.ses.mir.es/publico/Desaparecidos/dam/jcr:aa2179e8-dc6a-419a-bbea0a7134ef5ba2/INFORME%20ESTADISTICO%202021%20ACCESIBLE%20(21MB).pdf) (última visita el 15 de enero de 2022).

uno de los progenitores. Además, para ser más precisos, en el año 2018, este mismo centro alegó que, desde el año 2010 se han registrado en España más de 3.000 casos de sustracción internacional de menores por alguno de los progenitores, pudiendo especificar que en el año 2018 hubo 320 niños víctimas de sustracción parental, y es más por parte de la Asociación de Niños sin Derechos contra la Sustracción Parental, se puede afirmar que el 12% de los niños secuestrados parentalmente, no vuelven con su otro progenitor. En relación con el tema planteado en ese apartado, el Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados, refleja que el 73% de los casos de sustracción de menores denunciados, son cometidos por las madres.

### **3. El retorno seguro y la violencia**

El Convenio de la Haya de 1980, en especial conexión con el Reglamento de Bruselas II bis y con el Convenio de la Haya de 1996, determinan que la solución inmediata para resolver los casos de sustracción internacional de menores en los que existe violencia doméstica, es la inmediata restitución del menor, considerándola como la regla general y prioritaria para poder garantizar la protección del menor, velando siempre por el respeto y enaltecimiento de su interés superior. Sin embargo, como bien se menciona, se trata de la regla general, lo que no quiere decir que, la restitución del menor con el progenitor víctima de ese traslado o retención ilícita, siempre sea la solución acertada, pues el legislador o en su caso las Autoridades Centrales deben valorar cada procedimiento de manera aislada y con carácter especial, pues existe la posibilidad de que el retorno del menor no sea la solución más adecuada en función de los hechos ocurridos y del grado de peligrosidad existente.

Cuando se procede a la denuncia de un secuestro parental, las Autoridades Centrales son las responsables de proceder a la resolución del mismo, por tanto, tienen el especial deber de evitar que el menor sufra mayores daños o perjuicios como consecuencia de la crisis familiar en la que también está involucrado, por lo que para ello, el Convenio de la Haya, una serie de medidas provisionales o cautelares que resultan un medio preventivo, mientras deciden cual es el dictamen o resolución más correcta para dicho procedimiento, buscando que el menor salga lo menos perjudicado posible, así como las partes implicadas en la sustracción, es decir, el Convenio le otorga el poder necesario a la autoridad competente del estado miembro en el que se encuentra el menor

junto con el progenitor sustractor, a fin de que tome las medidas de protección necesarias para garantizar la seguridad de ambos, pues en los casos de violencia doméstica, el progenitor sustractor se encuentra en una situación de vulnerabilidad y grave riesgo respecto al otro progenitor, por lo que, en estos casos, una de las medidas provisionales que puede adoptar la autoridad, es no dar a conocer la localización ni del menor ni de su sustractor, evitando así perjuicios mayores, velando por la integridad física y psíquica de ambos a tenor de lo indicado por las normas procesales específicas del estado en el que se encuentran.

### 3.1 Restitución segura ante la Violencia doméstica: “Orden Europea de Protección para un retorno seguro de las víctimas y de los menores”

El 1 de agosto de 2003, entró en vigor en España la Ley 27/2003, de 31 de julio, a fin de otorgar a las víctimas de violencia doméstica una orden de protección especial, la cual aparece regulada en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta orden otorga protección, amparo y tutela a las víctimas de violencia doméstica, pues cuentan con numerosas medidas penales, civiles y cautelares disponibles para evitar la injerencia de perjuicios o malos tratos mayores, aunque solo tienen vigencia en el ordenamiento jurídico español.

Del proceso de restitución del menor se encargan las Autoridades Centrales del país en el que se encuentra retenido el menor o al que ha sido trasladado ilícitamente por su progenitor, atendiendo al desarrollo establecido en el Convenio de la Haya de 1980, y a las normas procesales del derecho interno del estado en cuestión. Concretamente, este texto legal recoge el proceso pertinente de restitución del menor en su Capítulo III, entendiendo que cualquier persona, institución u organismo que conozca de una situación en la que un menor ha sido sustraído ilícitamente por uno de sus progenitores, puede acudir a la Autoridad Central competente en el Estado de residencia habitual del menor, o la de cualquier otro Estado contratante de este Convenio, y denunciar los hechos para asegurar la correcta restitución y seguridad del menor.

- En primer lugar, para el inicio del procedimiento, la Autoridad Central requiere una previa solicitud en la que se proporcione la información necesaria acerca las partes en conflicto, intentando aportar datos contundentes y descriptivos tanto del menor como del progenitor sustractor, a fin de poder localizar su posición. En la mayoría de los casos, la persona que denuncia suele ser el progenitor afectado o víctima de tal sustracción, por lo que también tendría que identificarse como demandante a la hora de presentar la solicitud y explicar detalladamente los motivos por los cuales requiere la restitución del menor.

- Una vez que la Autoridad Central recibe la demanda con los documentos pertinentes, procede a realizar una valoración del asunto planteado, y si estima que realmente el menor puede encontrarse retenido o haber sido trasladado ilícitamente a otro Estado contratante distinto a su lugar habitual de residencia, remite el asunto a la Autoridad Central del lugar en el que se encuentre el menor, la cual deberá actuar con rapidez, coherencia y velando siempre por el interés superior del menor en el momento de proceder a la restitución. En este momento, existe un plazo máximo de 6 semanas, durante las cuales se debe haber procedido o bien a la restitución efectiva o bien a la toma de decisión concretas que permitan solucionar el conflicto expuesto.

- La restitución del menor tendrá carácter inmediato cuando el traslado o retención ilícitos hayan tenido lugar antes del transcurso de un año. Sin embargo, cuando haya transcurrido dicho plazo, también se podrá proceder al traslado requerido, salvo que quede demostrado y suficientemente probado que el menor en cuestión se ha integrado en la sociedad y en el nuevo lugar al que fue trasladado por el sustractor.

- Es importante aclarar que, antes de que las autoridades judiciales inicien el procedimiento de restitución, pueden requerirle al demandante una certificación o decisión por parte del organismo judicial de la residencia habitual del menor antes de la sustracción en la que determinen que el traslado o retención ha sido ilícito tal y como se expone en el artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980.

En el caso de España, existe un protocolo de actuación establecido por el Gobierno en colaboración con el Ministerio de justicia, el Ministerio del interior y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación para los casos de sustracción de menores amparado en las disposiciones del Convenio de la Haya de 1980. Concretamente en este Estado, es de aplicación las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 778 quáter a 778 sexies), las cuales determinan que, además del procedimiento de resolución de los casos de sustracción planteado por el Convenio de la Haya, cuando España es el lugar donde ha sido trasladado o retenido ilícitamente el menor, se le requiere al sustractor, una vez interpuesta la demanda contra el por parte del progenitor víctima de la sustracción, para que en el plazo de 3 días acuda junto al menor ante la Autoridad competente para que pueda alegar si accede al retorno requerido, o si se opone al mismo, ambas dos decisiones generan consecuencias diferentes, pues si acepta, se inicia el retorno, pero si se opone o incluso no llega a comparecer ante el Juez, este establece una serie de medidas cautelares en beneficio y protección del menor, además de proceder a la valoración minuciosa de cada caso y de los factores que en el son determinantes (violencia doméstica, grave peligro físico del menor, adaptación del menor al nuevo medio, oposición del propio menor a su restitución, etc.)

Finalmente, la decisión de iniciar el procedimiento de restitución la tomará la Autoridad Judicial como órgano encargado, pero siempre en interés superior del menor y analizando individualmente cada caso, pues las circunstancias y los hechos que se aleguen o prueben son importantes a la hora de dictaminar una resolución u otra, asegurándose de que no existen excepciones ni motivos de oposición al ese retorno como los regulados en el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980 y que se abordaran en el siguiente apartado de este Dictamen.

### 3.2 Causas de excepción y oposición al retorno

La solución inmediata de los casos de sustracción internacional, es la restitución o retorno del menor al lugar de residencia habitual antes de ser retenido o trasladado ilícitamente. Sin embargo, aunque esta sea la regla general, el Convenio de la Haya de 1980 expone ciertas circunstancias o motivos por los cuales la Autoridad Central competente en la resolución puede oponerse a la reclamación efectuada por el progenitor víctima de la sustracción, y son los detallados en el artículo 13:

*“[...] la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que:*

*a) La persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o*

*b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”*

Además de estos puntos principales, el Organismo Judicial en cuestión puede denegar la restitución, cuando tras escuchar al menor, entienda que este se opone a su retorno junto con su otro progenitor, o cuando por razones de edad, madurez y capacidad de discernimiento alcanzadas, el propio menor pueda tomar sus propias decisiones y elegir como desea encauzar su vida.

Por tanto, una vez expuesto todo lo anterior, las autoridades judiciales tendrán un papel esencial en la resolución de los casos de sustracción, y es que con la información proporcionada por la Autoridad Central pertinente en base a la

situación social que el menor tenga en el lugar al que ha sido retenido o trasladado por su progenitor, deberán decidir si proceden o no al retorno efectivo e inmediato.

Tal y como se ha referido, aunque en un principio tanto el Reglamento 2201/2003 del Consejo como el Convenio de la Haya de 1980 aboguen por una restitución efectiva del menor, el Juez competente debe valorar cada caso con especial precisión, pues si atendemos a lo expuesto en el artículo 13.b en relación al grave peligro físico o psíquico del menor, hay que entender que, se debe realizar un seguimiento exhaustivo sobre el riesgo real existente para el menor y para el progenitor sustractor, cuando incide el factor de la violencia doméstica, pues lo importante no es el grado o la intensidad de esa violencia a la que el niño o la madre están expuestos, sino las consecuencias que ello genera en ambos, como puede ser el trastorno psicológico, la inseguridad personal y con el medio, el miedo a volver a la misma situación de la que huyeron, etc. Por lo tanto, en estas situaciones especiales, la restitución o retorno del menor puede poner en peligro aún más la integridad física y psíquica del menor, pues volver a convivir con el progenitor autor de un delito de violencia doméstica no es velar por el interés superior del menor, ya que lo más prudente sería que siguiera viviendo con el progenitor sustractor y víctima de la violencia referida, pues respecto a la realidad actual, ningún país puede asegurar completamente la protección del menor y de la madre sustractora, pues de proceder a su restitución, no sabemos cuáles serían los siguientes pasos de progenitor demandante, ni de cuál es la actitud que ostentará, pudiendo generar mayores y más graves perjuicios.

En torno a las causas de oposición al retorno del menor, y con motivo de aportar mayor soporte jurídico, existe jurisprudencia que aborda este hecho, por ejemplo:

- *La sección número 4 de la Audiencia Provincial de A Coruña*<sup>33</sup>, *dictó sentencia 107/2017*, de 24 de marzo de 2017, en la que exponía un caso de sustracción internacional de menores, en el que no se procedió a la restitución inmediata y efectiva, por entender que existía una casusa de oposición expuesta en el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, y es que, una madre, quien ostentaba la guarda y custodia, trasladó ilícitamente a sus dos hijos menores de Portugal, lugar de residencia habitual, a España,

---

<sup>33</sup> SAP Sección Nº 4 de A Coruña, número 107/2017, de 24 de marzo de 2017, Roj: SAP C 478/2017 – ECLI: ES: APC:2017:478

cometiendo un delito de sustracción internacional de menores. Sin embargo, a pesar de tener la guarda y custodia de los dos menores, ambos progenitores ejercían conjuntamente las responsabilidades parentales correspondientes, por lo que el padre, progenitor víctima de la sustracción decide interponer la requerida solicitud de retorno ante las autoridades portuguesas. Finalmente, como consecuencia de una dilatación del procedimiento, y teniendo en cuenta la adecuación de los menores al nuevo medio al que fueron trasladados y su nivel de integración social, la Audiencia Provincial de A Coruña decidió desestimar la demanda y oponerse a la restitución de los menores.

- Respecto al grave riesgo físico y psíquico, la *Audiencia Provincial de Almería*<sup>34</sup> dictó *Auto 198/2004, de 30 de marzo de abril de 2004*, en el que se presenta un recurso de apelación por parte de la madre sustractora, en el que se la excepción del artículo 13b como motivo de oposición a la restitución del menor, al considerar que el mismo puede correr un grave peligro al regresar con su padre a Holanda, ya que, se le estaría arrebatando el cuidado y el cariño de su figura materna, quien ha cometido la sustracción. El fundamento principal de este recurso, es que pueda existir un grave riesgo tanto físico como psíquico, ya que el padre tiene numerosas ocupaciones y obligaciones laborales, así como un horario estricto y poco flexible que genera desatención para con el menor. Sin embargo, debido a tratarse de una hipótesis, y no estar acreditada contundentemente, la Audiencia desestimó el recurso al entender que *“ninguna de las razones esgrimidas por la apelante evidencia que la restitución del menor con su padre entrañe el más mínimo riesgo para su interés y el bienestar. Tampoco puede encuadrarse en la excepción prevista en el art. 13 b) del Convenio, la pretendida falta de tiempo libre de que pueda disponer el padre para dedicarlo a su hijo, como consecuencia de su exigente horario laboral”*. Por tanto, este auto permite establecer la importancia de la carga probatoria, y de lo delicado que es aplicar el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, pues tiene que tratarse de hechos realmente graves y relevantes para el bienestar e interés superior del menor.

- *Sentencia del Tribunal de Justicia 111/17, de 8 de junio de 2017*<sup>35</sup>.

Asunto de sustracción internacional de menores entre Grecia e Italia. En esta

---

<sup>34</sup> AAP Sección número 3 de Almería, de 30 de abril de 2004, Auto 198/2004. Roj: AAP AL 198/2004 - ECLI:ES:APAL:2004:198A

<sup>35</sup> STJUE 111/17, de 8 de junio de 2017. Mercredi v. Chaffe (C-497/10 PPU) [INCADAT Reference HC/E/1044]; A. (C-253/07)

sentencia, se solicita el divorcio, el derecho de visitas para la madre y la solicitud de custodia exclusiva en favor del padre, así con la restitución de su hija menor.

- Sentencia 257/18 del Juzgado de lo penal N°1 de Granada<sup>36</sup>, conocido como “El caso de Juana Rivas”. Asunto de sustracción internacional de menores entre Italia y España, pues Juana y Francesco residían habitualmente en Italia con sus dos hijos menores, cuando Juana se trasladó a España llevando a sus dos hijos consigo, de manera ilícita, alegando presuntos malos tratos por parte de su marido Francesco. Juana se vio obligada legalmente a restituir a sus hijos a Italia por ser su lugar de residencia y tener su esfera social allí, además fue condenada por un delito de sustracción internacional de menores por los tribunales españoles.

- SAP de Pontevedra 52/2018, de 17 de abril de 2018<sup>37</sup>. Se estima el recurso de apelación sobre una sustracción internacional de un menor entre Suiza y España, ambos Estados parte del Convenio de la Haya de 1980. En este caso, el menor fue trasladado ilícitamente por su padre de Zúrich a Vigo.

Dentro de las excepciones al retorno efectivo del menor, existe Jurisprudencia que valora las situaciones de Violencia de género o Violencia doméstica como un motivo de oposición al procedimiento de restitución del menor al lugar de su residencia habitual.

- Caso Blodin Vs Dubois<sup>38</sup>, en el cual las autoridades judiciales se opusieron a la restitución inmediata de los menores, alegando las causas de excepción del artículo 13b del Convenio de la Haya de 1980, pues existía un grave riesgo físico y psíquico de los menores respecto a su padre, pues habían existido maltratos físicos hacia la madre de los niños como hacia los propios menores por parte de su padre, quien solicitó el retorno de los mismos, después de que la madre los hubiera sustraído.

- Sin embargo, es preciso dejar claro que en los casos de violencia proferida de uno de los progenitores respecto al otro, así como al propio menor, para que esto pueda suponer una excepción al retorno, debe estar correctamente

---

<sup>36</sup> SJP nº 1 de Granada. Sentencia 257/2018, de 18 de julio de 2018. Roj: SJP 51/2018 - ECLI:ES:JP:2018:51.

<sup>37</sup> SAP Sección 1ª de Pontevedra. Sentencia 52/2018, de 17 de abril de 2018. Roj: SAP PO 354/2018- ECLI:ES:APPO:2018:354.

<sup>38</sup> United States court of appeals for the second circuit, 17 agosto 1999, Caso Blondin v. Dubois, 189 F. 3d 240. Referencia incadat HC/E/USfs216.



probado, existiendo indicios de criminalidad y de veracidad respecto a los hechos expuestos, así como aportar pruebas que amporen toda esa situación, pues de lo contrario el juez competente, no entenderá que existe un grave riesgo para el menor, y por tanto, no aplicará la excepción recogida en el artículo 13b del Convenio de la Haya oponiéndose a la restitución.

## **5. Posibilidad de acudir a la Mediación en los casos de sustracción internacional**

La opción de acudir a la mediación, en los supuestos de sustracción internacional de menores, viene reflejada en la *ponencia “Mediación en sustracción de menores” realizada por la magistrada de la Escuela Judicial española, Isabel Tomás García*<sup>39</sup>, en la cual se establece el proceso que se ha de seguir para solicitar la mediación y ante quien debe llevarse a cabo. La mediación, permite reducir los perjuicios que pueden llegar a sufrir los menores, pues en la mayoría de los casos, el proceso judicial que conlleva la restitución del menor, suele ocasionar consecuencias irreparables tanto para los progenitores, como para los propios menores.

En los últimos años, ha existido una demanda progresiva de la mediación en los procedimientos de sustracción internacional de menores, pues se intenta fomentar la resolución pacífica y amistosa a través del acuerdo entre los progenitores implicados, intentando involucrar lo menos posible al menor sustraído, evitando su inmersión en un proceso judicial que pudiera llegar a ser traumático. Es por ello, que cada vez más, un mayor número de países facilitan a los particulares todas las gestiones necesarias para lograr un acuerdo entre las partes envueltas en un conflicto familiar transfronterizo, permitiendo que el menor pueda conservar su derecho a mantener la relación directa y personal que tiene con ambos progenitores, sin tener que ser privado de la compañía y afecto de los mismos<sup>40</sup>. La mediación y la celeridad son dos términos que se encuentran profundamente relacionados, pues en los casos de sustracción internacional de menores, el tiempo es uno de los factores más importantes junto con el interés superior del menor,

---

<sup>39</sup> Tomás García, I: “Mediación en sustracción de menores”. Escuela judicial española. [http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia\\_3\\_ES.pdf](http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_3_ES.pdf) (última visita el 6/12/2021)

<sup>40</sup> Convenio de la Haya de 1980: Guía de Buenas Prácticas, en virtud del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores. “Mediación”. Hague Conference on Private International Law 2012.

pues tanto el legislador como las leyes expuestas a lo largo de este dictamen, buscan la rápida restitución del menor. En este caso, el tiempo favorece al sustractor, pues cuanto más se tarde en proceder a la resolución del asunto, más difícil será restituir al menor al Estado en el que tenía su residencia habitual antes de ser trasladado o retenido ilícitamente, por lo que, en los casos en los que es favorable el uso de la mediación, se opta por ella, pues evita el dilatorio proceso judicial y propicia una rápida y eficaz resolución, aunque es importante, velar por que no se haga un uso indebido de este alternativo procedimiento intentando prolongar todo más tiempo, y que juegue a favor del progenitor sustractor, ganando ventaja. De ahí que, resulte especialmente necesario, el estudio previo del caso en torno a la posibilidad de acudir a la mediación, es decir, valorar si es viable la aplicación de este mecanismo, y de si ambos progenitores tienen la aptitud pertinente para llegar a un acuerdo favorable para el menor, intentando evitar así demoras del proceso innecesarias, las cuales, pueden provocar unos perjuicios mayores al menor en cuestión, que es por quien principalmente se busca acudir a la mediación.

Para iniciar este procedimiento alternativo, se requiere una tercera persona distinta de las partes implicadas en la sustracción, que lleve todo el proceso, y que además tenga una formación específica. El mediador, debe tener experiencia en el ámbito de familia y específicamente en los casos de sustracción internacional de menores, por eso se les requiere una formación continua y actualizada, así como una actitud conciliadora, objetiva y profesional, siendo también importante contar con un entendimiento psicológico, jurídico y social que le permita desenvolverse en el trato con las partes y con el niño, así como conseguir la resolución más favorable y pacífica.

En la mayoría de las ocasiones en las que se opta por la mediación, se elige como lugar de reunión el Estado al que fue trasladado o retenido el menor, aunque esta elección dependerá mucho de las circunstancias particulares de cada caso. La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de la Haya de 1980, alega que el lugar óptimo para realizar las reuniones entre los mediadores y las partes implicadas, debe tener un carácter neutral, para evitar implicaciones de carácter sentimental u subjetivo.

Por otro lado, la voz del menor resulta un elemento importante en los procesos de mediación, aunque se debería considerar la madurez, la edad y la capacidad emocional e intelectual del niño, respetando así, tanto sus derechos como sus intereses. En los casos en los que sea necesaria la opinión del menor, el papel del mediador es simplemente intentar que los progenitores escuchen a su hijo y atiendan a sus deseos y a su bienestar,

pero no puede interceder en la decisión de los mismos, sino solo alentar a las partes a que tomen el acuerdo más favorable para el menor, al contrario de lo que ocurre en los procesos judiciales, donde el juez es el que decide como interpretar y aplicar el testimonio del menor.

Antes de valorar la utilización de dicho mecanismo, hay que tener en cuenta las situaciones de Violencia doméstica:

Este término hace referencia tanto al maltrato físico como al psíquico que ejerce una persona sobre otra, y que, en el ámbito de la sustracción internacional de menores, suele ser el trato inferido por uno de los progenitores hacia el otro (siendo en la mayoría de los casos denunciados del hombre hacia la mujer), incluso pudiendo ocurrir que el propio menor se convierta también en víctima de dicha violencia, considerándose *maltrato infantil*, cuando se inflige de manera reiterada. Esta circunstancia suele ser uno de los motivos por los cuales el progenitor sustractor decide abandonar el país y trasladar al menor a otro lugar protegiéndole de los malos tratos sufridos, pues la violencia doméstica no suele ser un hecho infundado en los procedimientos de sustracción, sino que en la mayoría de los casos en los que se alega, suele ser con suficientes fundamentos probatorios que avalan el testimonio tanto del menor como del progenitor sustractor. Aunque, a pesar de ello, también existe la posibilidad de que esa violencia no sea legítima y que haya sido infundada por el sustractor para poder tener el pretexto suficiente para abandonar el Estado de residencia habitual del menor, por lo que se debe considerar y valorar objetiva y meticulosamente, pues se trata de un tema con una alta sensibilidad.

Numerosos artículos reflejan que, los casos de sustracción internacional de menores en los que exista violencia doméstica, no deberían optar por el mecanismo de la mediación, pues para que este sea fructífero, y se pueda alcanzar un acuerdo favorable en su mayoría para el menor, ambas partes deben tener la misma posición y poder para negociar, hecho que no se cumple cuando uno de ellos o incluso el menor ha sido víctima de violencia doméstica, pues ya entra en valoración una aptitud subjetiva y poco favorable para llegar a un acuerdo rápido y efectivo, pudiendo incluso resultar injusto para el progenitor que ha sufrido el maltrato mencionado, pues éste suele adoptar una posición de inseguridad e indefensión frente al progenitor que ha infligido la violencia, por temor hacia las represalias. Sin embargo, hay otros expertos<sup>41</sup> que, sí apoyan el hecho de poder

---

<sup>41</sup> Informe sobre el Programa Piloto de Mediación de reunite. Guía de Buenas Prácticas de Convenio de la Haya de 1980, 2006, op.cit.nota 97, pp.53.

acudir a la mediación, aun cuando exista violencia doméstica, siempre y cuando, el mediador que se encargue de dirigir este procedimiento, sea una persona experta en la materia y tenga conocimiento específico sobre los casos de violencia doméstica.

En virtud de lo expuesto, y para el caso particular que se aborda en este Dictamen, no existe la posibilidad de acudir a la Mediación, pues existe Violencia Doméstica ejercida en su mayoría a Julia por parte de Juan, pero también se considera víctima de tal violencia a la menor de ambos, Esmeralda, quien ha sufrido algún episodio de violencia por parte de su padre Juan. Por tanto, para poder resolver dicha situación se acude al procedimiento judicial, de acuerdo con lo dispuesto en los distintos textos legales que se han ido examinando a lo largo de este Dictamen, pues acudir al mecanismo de la Mediación, no se consideraría la elección más adecuada y favorable al caso que se atañe, pues además de las evidencias de violencia doméstica, existe la circunstancia de la ebriedad en la que se encuentra Juan en la mayoría de controversias o disputas familiares que han llevado a los episodios de violencia mencionados.

## **6. Consecuencias penales del secuestro de menor**

Para terminar, debido a los acontecimientos sucedidos respecto a la sustracción de Esmeralda a España por uno de sus progenitores, sin el consentimiento del otro, Juan decide interponer una denuncia ante los tribunales españoles contra Julia, por haber cometido ésta un **delito de sustracción de menores**, tipificado en el **artículo 225.1 bis del Código Penal**. En el mencionado artículo se determina que: *“El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor, será castigado con la pena de prisión de 2 a 4 años e inhabilitación para el ejercicio de patria potestad por tiempo de 4 a 10 años”*

Julia había trasladado a su hija Esmeralda a España sin el consentimiento de Juan el otro progenitor, quebrantando así el derecho de custodia. En este caso, Julia tiene justificación que respalde tal acción, pues, alega que no vuelve con su hija a Múnich, tras las insistentes peticiones de Juan, por presuntos malos tratos de éste hacia ella, existiendo denuncia en Alemania que corrobora la existencia de los hechos a los que se refiere Julia, por lo que, desde el punto de vista jurídico, no habría cometido un delito de sustracción de menores. Si así fuera y no existiera denuncia que probara los supuestos malos tratos,

---

existiría la comisión de un delito de sustracción internacional de menores, donde el bien jurídico protegido, que ha sido vulnerado, es el derecho que tiene Esmeralda a relacionarse con sus dos padres, de forma regular, en caso de crisis familiar, por lo que, el artículo 225 bis del CP, busca la protección del derecho del menor para poder desarrollarse en un ambiente sano y estable<sup>42</sup>. Además, según la Carta Europea de los Derechos del niño, en su artículo 8.13, “*el menor tiene derecho a mantener el contacto directo y permanente con sus dos padres, ambos con las mismas obligaciones, independientemente del Estado en el que tengan su residencia habitual.*”

Por tanto, se iniciaría un procedimiento penal contra Julia como autora de un delito de sustracción de menores, ante los Tribunales españoles, por ser el lugar de destino del traslado y retención ilícita de Esmeralda. Esta denuncia, se podría interponer al mismo tiempo que se solicita la restitución de la menor.

Sin embargo, Julia antes de trasladarse con su hija Esmeralda a España, interpuso una denuncia ante las autoridades alemanas por los malos tratos que Juan le había inferido en varias ocasiones, tanto a ella como a la hija de ambos, siendo este el principal motivo por el que decidió trasladarse a España buscando cesar con la situación que estaban viviendo, y que les estaba generando graves perjuicios a ambas. En relación a lo expuesto, y teniendo en cuenta tantos los hechos relatados al principio de este dictamen como la denuncia mencionada, Juan es autor de un presunto delito de violencia doméstica tipificado en el artículo 173.2 del Código Penal Español, y que conlleva una pena de prisión de 6 meses a 3 años, con la consiguiente privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 3 a 5 años. Además, este delito de Violencia Doméstica también aparece tipificado en el Código Penal Alemán, país donde Julia interpone la denuncia, concretamente en su artículo 225, el cual castiga al autor de este delito con una pena de prisión de 6 meses a 10 años, sin olvidar la Ley de Protección contra la violencia dictada el 11 de diciembre de 2001<sup>43</sup>, en aras de proporcionar a las víctimas de violencia doméstica vías para poder separarse de su agresor.

---

<sup>42</sup> TORRES FERNANDEZ, E: “Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia.” Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Nº4, 2003, págs. 1810 a 1830.

<sup>43</sup> Ministerio de Trabajo y Economía Social de España: “La Violencia de Género en Alemania” Revista de Actualidad Internacional Sociolaboral N.º 236 julio de 2019, pp. 153-174.

## II. EL DIVORCIO Y LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

### 1. Divorcio

Se acude al *Reglamento 2201/2003 del consejo, de 27 de noviembre de 2003 (Reglamento de Bruselas II bis<sup>44</sup>)*, concretamente en los artículos 10 y 11 relativos a la competencia de los Tribunales para conocer de los casos de sustracción de menores y la correspondiente restitución del menor, remitiéndose también al Convenio de la Haya de 1980.

En cuanto al **divorcio**, que Juan interpondrá contra Julia después de que se ejecute la restitución de Esmeralda, la normativa aplicable al asunto será:

- Respecto a la ley aplicable, se utilizará el *Reglamento de la UE número 1259/2010 del consejo, de 20 de diciembre de 2010*, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Diario Oficial de la Unión Europea, publicado el 29 de diciembre de 2012. Conocido como Reglamento de Roma III.

- Y en cuanto a la competencia, reconocimiento y ejecución, será de aplicación el *Reglamento número 2201/2003 del consejo, de 27 de noviembre de 2003*, relativo a la competencia, al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Una vez que se ha presentado la solicitud de restitución de Esmeralda y se ha llevado a cabo el proceso judicial, Juan podrá presentar la pertinente demanda de divorcio contra Julia:

- **Competencia judicial internacional** → Con el objeto de saber cuáles son los tribunales competentes ante los que se debe presentar la demanda de divorcio, se acude al **Reglamento 2201/2003 del consejo**, acerca de la determinación de la competencia en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Además, se cumplen los 3 ámbitos de aplicación:

- Ámbito material: es aplicable al caso, ya que, trata temas de nulidad, separación, divorcio y responsabilidad parental, tal y como, se determina en el artículo 1.

---

<sup>44</sup> Reglamento 2201/2003 del consejo, de 27 de noviembre de 2003, Diario Oficial de la Unión Europea. N° 338, páginas 1 a 29.

- Ámbito temporal: Según el artículo 72, este Reglamento es aplicable desde el 1 de marzo de 2005.

- Ámbito espacial: Es de aplicación universal, y se utilizará concretamente el artículo 3 en materia de divorcio.

Juan deberá interponer la demanda de divorcio ante los tribunales alemanes, pues según el **artículo 3 apartado a) del Reglamento de Bruselas II bis**, son competentes para conocer del divorcio, los tribunales del lugar donde los cónyuges tuvieran su residencia habitual, siempre que uno de ellos siga viviendo allí, de tal manera, que el último lugar de residencia es Múnich, donde Juan sigue residiendo en el momento de la interposición de la demanda.

- **Ley aplicable** → Para determinar la ley que se aplicará al divorcio, se acude al *Reglamento 1259/2010 “Reglamento Roma III”* en materia de divorcio y separación judicial. Además, se cumplen los ámbitos material, temporal y espacial, por lo que se confirma la utilización de dicho reglamento.

- Ámbito material: según el artículo 1, el Reglamento de Roma III, trata asuntos en materia de divorcio y separación, por lo que al querer Juan interponer una demanda de divorcio contra Julia, es propio la utilización de este Reglamento.

- Ámbito temporal: artículo 21, es de aplicación desde que entró en vigor el 21 de junio de 2012.

- Ámbito espacial: según el artículo 4, es de aplicación universal, aunque tanto España como Alemania, son Estados parte del Reglamento.

Por tanto, a falta de elección de ley aplicable por las propias partes, el **artículo 8 del Reglamento Roma III**, en su apartado b), determina que se aplicará al divorcio la ley del Estado en el que los cónyuges tuvieron su última residencia habitual común, siempre que el tiempo de residencia no haya culminado más de 1 año antes de la interposición de la demanda de divorcio y que uno de ellos aún resida en ese Estado, es decir, la Ley aplicable será la Ley alemana, ya que, la última residencia común de los cónyuges, se

encontraba en Múnich, ciudad donde aún sigue residiendo Juan, en el momento de presentar la demanda de divorcio y, además, ambos cónyuges dejaron de convivir juntos hace aproximadamente 4 meses, periodo inferior al año.

- **Reconocimiento y ejecución** → Se acudirá al **Reglamento de Bruselas II bis**, al igual que en el caso de la competencia. El **artículo 21** determina que las resoluciones dictadas en un Estado miembro, serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. Por tanto, la sentencia dictada por el tribunal alemán con relación a la demanda de divorcio presentada por Juan, será de aplicación tanto en Alemania (donde tiene su residencia habitual Juan), como en España (donde reside actualmente Julia).

## **2.Responsabilidad parental**

Por último, a la hora de solicitar la **custodia** de Esmeralda y la determinación del régimen de visitas pertinente, se aplicarán:

- En cuanto, a la ley aplicable, el *Convenio hecho en la Haya el 19 de octubre de 1996*<sup>45</sup>, relativo a ley aplicable, reconocimiento, ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de niños.

- Respecto, a la competencia y al reconocimiento y ejecución de sentencias, será el *Reglamento 2201/2003 de Bruselas II bis*, en materia de matrimonial y de responsabilidad parental.

- En materia de reconocimiento y ejecución de custodia de menores, se podrá acudir al *Convenio Europeo hecho en Luxemburgo*<sup>46</sup>, el 20 de mayo de 1980.

- **Petición de custodia**

Juan tras los acontecimientos que han tenido lugar como consecuencia del traslado y retención ilícita en España de su hija Esmeralda provocada por su madre Julia, decide

---

<sup>45</sup> Convenio hecho en la Haya el 19 de octubre de 1996. Boletín Oficial del Estado, núm. 291, de 2 diciembre de 2010, páginas 99857 a 99868.



reclamar la custodia exclusiva de Esmeralda, al considerar que Julia no está capacitada para ejercer el derecho de custodia que tiene sobre Esmeralda.

- **Competencia judicial internacional** → Se aplica el **Reglamento de Bruselas II bis**, para poder determinar cuáles son los tribunales competentes para conocer de la demanda de guarda y custodia interpuesta por Juan, con el objetivo de solicitar la custodia exclusiva de su hija Esmeralda, tras haber sido trasladada ilícitamente a España por parte de su madre Julia.

Por tanto, según lo regulado por el **artículo 8** del presente reglamento, Juan tendría que acudir a los tribunales del Estado miembro donde Esmeralda tenga su residencia habitual, en el momento en que se interponga la demanda. Sin embargo, al tratarse de una situación de sustracción internacional de menores, el propio artículo 8 en su apartado segundo, determina la necesidad de tener en cuenta lo dispuesto en el **artículo 10**, de manera que, Juan podrá presentar la demanda de guarda y custodia ante los tribunales alemanes, pues es donde Esmeralda tenía su residencia habitual antes de ser sustraída ilegalmente.

En ámbito de competencia, también existe la posibilidad de acudir al Convenio de la Haya de 1996, pero el Reglamento de Bruselas II bis está en una posición superior en la escala jerárquica, por lo que, si el menor reside habitualmente en un Estado miembro del Reglamento, como es el caso (Esmeralda tiene su residencia habitual en Alemania), se aplicará los preceptos del mismo.

- **Ley aplicable** → Con el objeto de indicar que Ley han de aplicar los tribunales alemanes para establecer los derechos de guarda y custodia, se acude al **Convenio hecho en la Haya el 19 de octubre de 1996**, en materia de competencia, ley aplicable y reconocimiento de asuntos relativos a la responsabilidad parental y medidas de protección de los niños.

Este convenio puede ser utilizado para determinar la ley aplicable al caso, pues se cumplen los ámbitos de aplicación material, temporal y espacial:

- Ámbito material: los artículos 2 y 3, reflejan las medidas paterno-filiales que regula dicho convenio, es decir, regula el derecho de guarda y custodia, la tutela,

curatela, la colocación del menor en una familia de acogida, la administración y conservación de los bienes del niño etc., desde su nacimiento hasta que cumple 18 años.

- Ámbito temporal: este convenio entró en vigor el 2 de diciembre de 2010.
- Ámbito espacial: tiene aplicación universal según su artículo 20, pero en este caso, tanto España como Alemania son Estados parte del Convenio. Por tanto, debido a ese carácter universal y a su eficacia erga omnes, este Convenio se aplicará con preferencia a las normas internas alemanas que regulan la responsabilidad parental.

Por tanto, en el caso de resolver la petición de guarda y custodia que presenta Juan ante los tribunales alemanes, la Ley aplicable será la alemana, pues el **artículo 15.1** del Convenio determina que, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia Ley, es decir, el Juez que conoce de la demanda, aplicará la Ley de su Estado. Además, en caso de sustracción, el **artículo 16.3**, recoge que la responsabilidad parental existente según la ley del Estado de residencia habitual del menor, subsiste incluso después del cambio de residencia a otro Estado. En este preciso momento, las Autoridades Judiciales competentes deben tener en cuenta a la hora de resolver el conflicto planteado, la existencia de la denuncia por violencia doméstica interpuesta por Julia contra Juan ante las autoridades alemanas, y los hechos relatados por la misma, a la hora de valorar si está capacitada o no para tener la guarda y custodia de Esmeralda, y si la sustracción fue fundamentada en tales circunstancias, siempre y cuando, Julia pudiera demostrar fehacientemente que todo lo relatado y la denuncia interpuesta son verdaderos.

- **Reconocimiento y ejecución** → En este caso, se aplicará atendiendo a la jerarquía, lo dispuesto por el **Reglamento de Bruselas II bis**, en materia de responsabilidad parental. Por lo tanto, la resolución que dicten los tribunales alemanes acerca de la guarda y custodia de Esmeralda, será reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, según dispone el **artículo 21.1** de este Reglamento. Además, cabe indicar que, en este caso, no existen ninguna de las causas de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental.

Como Juan ha solicitado la custodia exclusiva de Esmeralda ante los tribunales alemanes, es necesario fijar **un régimen de visitas favorable para Julia**, debido a que no vive con la menor.

- Al igual que ocurre al solicitar la custodia exclusiva, los tribunales alemanes serán también los competentes para establecer el régimen de visitas adecuado tanto para Julia como para Esmeralda, según dispone **el artículo 8 del Reglamento de Bruselas II bis**, pues la ciudad alemana de Múnich, era el lugar de residencia habitual de la menor antes de la sustracción y en el momento de la presentación de la demanda de medidas paternofiliales, Esmeralda reside en Múnich.

- En cuanto a la ley aplicable, se acudirá al **Convenio de la Haya de 1996, concretamente al artículo 15.1**, de tal manera que el juez que conoce de la solicitud del régimen de visitas como una medida Paternofilial, podrá aplicar la Ley de su Estado.

- Según el **artículo 41 del Reglamento de Bruselas II bis**, el derecho de visita que se concede a partir de una resolución ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro, por tanto, la resolución dictada por los tribunales alemanes, será reconocida y ejecutada en España.

También cabría la posibilidad de que, Juan reclamara a Julia alimentos para Esmeralda, pero en este caso, Julia tiene un nivel económico muy por debajo del que percibe Juan y que solo le permite sustentarse ella, por lo que decide no reclamar alimentos.

En la resolución de este dictamen se han planteado cuales serían los pasos a seguir de Juan para poder conseguir la restitución de Esmeralda y realizar todo el procedimiento necesario para ello. Sin embargo, si se tratara de una situación normal, en la que la madre sustrae a la menor ilícitamente y sin ninguna causa justificada, sería clara la resolución de este conflicto, concediendo el retorno de la menor a Múnich, por ser éste el lugar de su residencia habitual. Sin embargo, tal y como se ha relatado a lo largo de este Dictamen, existe la circunstancia de la Violencia doméstica ejercida por Juan contra Julia y Esmeralda, encontrándose denunciado ante las autoridades alemanas. Por tanto, puede existir un grave riesgo tanto físico como psíquico de la menor y de la madre sustractora, pues si los hechos relatados son ciertos y suficientemente probados, las represalias que pudiera tomar Juan si le concedieran la solicitud de restitución realizada podrían ser mas perjudiciales para ambas, y sobre todo para Esmeralda, a la cual le podría ocasionar una serie de perjuicios aún mayores, pues además de ser separada de su madre, puede experimentar estrés postraumático, dificultades para adaptarse e integrarse en el medio, inseguridades, y demás consecuencias que deberán ser valoradas por el equipo técnico de psicólogos, es decir, el Juez competente antes de tomar una decisión debe valorar

minuciosa y detalladamente esta situación, pues podría existir uno de los motivos de oposición a la restitución regulado por el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, concretamente en su apartado b, al valorar la posibilidad de que exista un grave riesgo físico y psíquico.

### **III. CONCLUSIONES**

Una vez desarrollado este dictamen jurídico, a través del pertinente análisis minucioso y objetivo de la situación planteada en el apartado primero de este documento, se pueden especificar ciertas apreciaciones de carácter relevante tanto para poder entender el ámbito de la sustracción internacional de menores, como para poder dar una visión general no influenciada sobre la existencia de la violencia doméstica. En primer lugar, es de suma importancia la presencia de legislación actualizada y aplicable a cada caso concreto, así como el hecho de que los textos legales que se han abordado a lo largo de este dictamen, recojan entre sus preceptos los procedimientos a seguir en las situaciones en las que existe una retención o traslado ilícito de un menor, pues sin normativa específica, no se tendría en cuenta el interés superior del menor, ya que, los progenitores que han llegado hasta la sustracción, en la mayoría de ocasiones no piensan en el interés y bienestar del mismo, sino simplemente en el suyo propio, independientemente de los riesgos o perjuicios que puedan ocasionarle. Desde un punto de vista general, la doctrina, legislación y jurisprudencia existente en torno a este ámbito, se ajusta a la realidad y recoge con bastante exactitud los protocolos de actuación a seguir en cada uno de los casos planteados, además de ser leyes que están en constante reforma y actualización, al igual que ocurre con el Reglamento de Bruselas II bis, el cual va a ser derogado por el nuevo Reglamento 2019/1111, pues detalla con mayor especificación ciertos aspectos que son importantes a la hora de resolver judicialmente los casos de sustracción internacional de menores.

Sin embargo, resulta preciso aclarar que, tras el análisis realizado de los diferentes textos legales, el tema de la violencia doméstica no se aborda con la importancia que requiere, pues en la mayoría de Leyes, protocolos o Reglamentos, no se determina como se ha de proceder en estos casos, o cuales son los pasos necesarios para poder buscar una solución beneficiosa para las víctimas. Por lo tanto, en esta materia debería existir una mayor sensibilidad y un mayor análisis, antes de aprobar la restitución del menor con el progenitor que presuntamente ha cometido los hechos considerados como violencia

doméstica, pues que no exista una denuncia previa por parte del sustractor, no significa que los hechos relatados y por los cuales decidió retener o trasladar ilícitamente al menor, sean falsos, ya que influyen diversos factores emocionales y psicológicos como el miedo, la inseguridad, el hecho de que puedan estar amenazados, etc. Es por ello que, en las situaciones en las que tenga lugar la violencia doméstica, se debería tener en cuenta aún más el interés del menor, valorando su testimonio como carga probatoria, en aquellos casos en los que este tenga suficiente capacidad intelectual y de entendimiento.

Dejar claro que, no solo la violencia doméstica es reflejada del hombre a la mujer, como se suele considerar, sino que también existen casos en los que es la mujer la que comete dichos hechos, pues la violencia no solo es física, sino también psíquica, por lo que no es un tema de género, si no de primar la seguridad y protección de un menor, el cual no es responsable de las crisis y conflictos de sus progenitores, convirtiéndose en la principal víctima.

Finalmente, se debería conseguir minimizar los sucesos de sustracción, buscando evitar que los menores sean utilizados por sus progenitores como un medio de maltrato ya sea de carácter físico o psicológico, generando en ellos problemas psicosociales, estados traumáticos y otra serie de perjuicios futuros, siendo por ello, necesaria la presencia de una Autoridad Judicial superior que prime principalmente el interés del menor.

#### **IV. BIBLIOGRAFIA**

- AZCÁRRAGA MONZONIS, C: “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”. Revista de derecho nº 20, julio 2015, ISSN:2017-8157, pág. 192-213.
- BEAUMONT, P, WALKER, L. Y HOLIDAY, J: “*Conflicts of EU courts on EU child abduction: the reality of articles 6-11 Brussels IIa proceeding across the EU*”, vol. 12, 2016, núm.2 pp.224 -258.
- CONVENIO DE LA HAYA DE 1996: “Instrumento de Ratificación del Convenio Relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en la Haya el 19 de octubre de 1996”, Boletín Oficial del Estado, núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, pp. 99837 a 99868.

- CALVO, F: “¿Cuándo es delito una sustracción Inter parental de menores en el ámbito internacional?”, artículo web de confilegal, junio 2016. <https://confilegal.com/20160619-cuando-delito-una-sustraccion-interparental-menores-ambito-internacional/> (Última visita el 10 de enero de 2022).
- CALVO CARAVACA, A-L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: “La sustracción internacional de menores. Una visión general” El discurso civilizador en derecho internacional, cinco estudios y tres comentarios, pp. 115-155, Murcia 2011.
- CALZADO LLAMAS, A.J:” *Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores: Análisis del Reglamento de la Unión Europea 2019/1111 en conexión con el Ordenamiento Jurídico Español*” Cuaderno de Derecho Transaccional, marzo 2021, vol.13, nº1, pp.87-109.
- CAMPUZANO DIAZ, BEATRIZ. Cuadernos de Derecho Transaccional: “*El Nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 sobre el análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental*”, vol. 12, Nº1, marzo 2020, pp. 97-117.
- CENTRO NACIONAL DE DESAPARECIDOS (CNDES). Ministerio del Interior de España: <https://cndes-web.ses.mir.es/publico/Desaparecidos/> (última visita el 15 de enero de 2022)
- CENTRO NACIONAL DE DESAPARECIDOS (CNDES): “Informe Anual de Personas Desaparecidas” [https://cndes-web.ses.mir.es/publico/Desaparecidos/dam/jcr:aa2179e8-dc6a-419a-bbea-0a7134ef5ba2/INFORME%20ESTADISTICO%202021%20ACCESIBLE%20\(21MB\).pdf](https://cndes-web.ses.mir.es/publico/Desaparecidos/dam/jcr:aa2179e8-dc6a-419a-bbea-0a7134ef5ba2/INFORME%20ESTADISTICO%202021%20ACCESIBLE%20(21MB).pdf) (última visita el 15 de enero de 2022).
- DE LA ROSA CORTINA, JM: “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, centro de estudios jurídicos, junio 2017, pp. 1-88.
- DE RUITER, A: “Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales. La voz del menor en la Sustracción Internacional de Menores”, Asociación de Profesionales contra la Sustracción de Menores en España, junio 2017, Madrid.
- DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA: “*Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*” Estrasburgo, 21 de mayo de 2008, pp. 136/3-136/8.
- GANDÍA SELLENS, M.A: “*La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la comisión para modificar el RBII bis. Algunos avances, retrocesos y ausencias*”, Anuario Español de Derecho internacional privado, edición XVII, 2017, pp.799 y ss.

- GONZÁLE BEILFUSS, C: “La nulidad, separación y divorcio en el derecho internacional privado: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable”, Barcelona, págs. 137-194
- GONZÁLVEZ VICENTE, P: “La sustracción Internacional de Menores y su nueva regulación. Los aspectos civiles de la sustracción internacional del menores, que fundamentalmente se estudiaban en el Convenio de la Haya de 1980, se han visto modificados por la entrada en vigor del Reglamento del Consejo de Europa 2201/03. Revista Jurídica de Castilla y León, N°11, enero 2007, pp. 67-124.
- HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW: “Guía de Buenas Prácticas: En virtud del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracciones internacional de menores. Tercera parte- medidas de prevención” 2005, pp. 6-57
- HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNACIONAL LAW: “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de menores. Mediación” 2012, pp. 7-99.
- MARTINEZ CALVO, J y SANCHEZ CANO, M.ª J: “Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho Internacional privado y del Derecho Civil”. Cuadernos de Derecho Transaccional, marzo 2020, vol.12. N° 1, págs. 728-762
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL DE ESPAÑA: “La Violencia de Género en Alemania” Revista de Actualidad Internacional Sociolaboral N.º 236 julio de 2019, pp. 153-174.
- MONGE FERNÁNDEZ, A: “Sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar”, Bosch editor, Barcelona 2019, ISBN: 978-84-949922. Pág. 19-521
- NOTICIAS JURÍDICAS: “Nuevo Reglamento europeo para conflictos familiares internacionales: entrada en vigor y puntos de interés”, Portal de noticias de actualidad, jurisprudencia y sector legal, 10 de julio de 2019. <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/14188-nuevo-reglamento-europeo-para-conflictos-familiares-internacionales:-entrada-en-vigor-y-puntos-de-interes/> (última visita el 27 de diciembre de 2021)
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA: [“https://dpej.rae.es/lema/sustracci%C3%B3n-internacional-de-menores”](https://dpej.rae.es/lema/sustracci%C3%B3n-internacional-de-menores) (última visita el 20 de noviembre de 2021)
- RODRIGUEZ PINEAU, E. Revista Española de Derecho Internacional: “*La Refundición del Reglamento de Bruselas II Bis. De nuevo sobre la fundición del Derecho Internacional Privado Europeo*”, vol.69, enero-junio 2017, pp. 139-165.

- RODRIGUEZ PINEAU, E: “La oposición al retorno del menor secuestrado. Movimientos en Bruselas y la Haya”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N°35, 2018.
- RUIZ SUTIL, C: “Implementación del Convenio de Estambul en la Refundición del Reglamento de Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores”, Cuadernos de Derecho Transaccional, octubre 2018, vol. 10, N°2, pp. 615-641.
- SABIDO RODRIGUEZ, M: “La sustracción de menores en el derecho privado español: algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/03”, Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura, vol. XXII, 2004, págs. 307-320.
- SANTOS I ARNAU, L: “Impacto de la Sustracción internacional de menores sobre las familias”, programa de maternidades vulnerables, diciembre 2019, Barcelona.
- TOMÁS GARCÍA, I: “Mediación en sustracción de menores”. Escuela judicial española. [http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia\\_3\\_ES.pdf](http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_3_ES.pdf) (última visita el 6/12/2020)
- TORRES FERNANDEZ, E: “Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia.” Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. N°4, 2003, págs. 1810 a 1830.
- TRIMMINGS, K: MONOGRAFIA “*Child Abduction within the European Union*” Revista de Derecho de Edimburgo, volumen 18. núm 1. 2013
- ZABALGO, P: Blog de Derecho Internacional de Familia, “Sustracción Internacional de Menores” 2022. <https://palomazabalgo.com/derecho-internacional-de-familia/sustraccion-internacional-demenores#:~:text=Se%20considera%20sustracci%C3%B3n%20internacional%20de,forma%20el%20derecho%20de%20custodia>

En cuanto a la jurisprudencia utilizada:

- SAP de A Coruña 478/2017, de 24 de marzo de 2017
- Sentencia del Tribunal de Justicia 111/17, de 8 de junio de 2017
- Sentencia del Juzgado de lo penal N°1 de Granada 257/18, de 18 de julio de 2018



- SAP de Pontevedra 52/2018, de 17 de abril de 2018
- SAP de A Coruña 107/2017, de 24 de marzo de 2017.
- AAP de Almería 198/2004, de 30 de marzo de abril de 2004
- SAP de Pontevedra 52/2018, de 17 de abril de 2018
- Caso Blondin vs Dubois.