

LA INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

María Jesús Cañadas Lorenzo

Fiscal Adscrita a la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer

RESUMEN:

Esta ponencia pretende analizar la situación legal y jurisprudencial de la incidencia de la Violencia de Género en la sustracción internacional de menores y cómo el incremento de madres sustractoras que ostentaban la guarda y custodia de los hijos menores en el momento de la sustracción está provocando la necesidad de adecuar la interpretación del Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y del Reglamento (CE) 2201/ 2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, a esta nueva realidad social.

CUESTIONES GENERALES

Cuando una pareja mixta se rompe, el progenitor expatriado puede pretender retornar a su país de origen y hacerlo en compañía de sus hijos. Cuando lo hace utilizando las vías de hecho, sin consentimiento del otro progenitor y sin autorización judicial estamos ante una sustracción internacional ilícita.

El Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de Menores, de fecha 25 de octubre de 1980 y firmado por España el 7 de febrero de 1986, (en adelante CH80) en su artículo 3 concreta los elementos del traslado o la retención ilícita de un menor , definiéndola como aquella que se produce :

- 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
- cuando ese 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
- pudiendo resultar dicho derecho de custodia de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

Conviene recordar que el Derecho español distingue entre **patria potestad y guarda y custodia**, siendo la elección del lugar de residencia del menor competencia propia de la patria potestad, con independencia de que por resolución judicial sea solo uno de los progenitores el que tenga atribuida la guarda y custodia. La Sentencia de la que trae su causa la STS 277/2016, de 25 de abril (Roj: **STS 1793/2016**) desgrana el contenido de la patria potestad y dice que “el ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a sus hijos ...en la fijación y posteriores traslados de domicilio fuera de la provincia o al extranjero(salvo viajes vacacionales) siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas o relaciones vigente y/ o apartarlos de su entorno habitual; y en la autorización para la salida del territorio nacional. En defecto de acuerdo, deberá someterse la decisión a la autoridad judicial correspondiente”.

Ante la previsible oposición del otro progenitor, en supuestos de Violencia de Género cabe la posibilidad de valorar en el proceso civil sobre guarda y custodia la posibilidad de que los hijos residan con la madre en el país de origen de ésta, con regulación del régimen de visitas que proceda, si procede.

Nuestra legislación ofrece un concepto amplio y un concepto restringido de Violencia de Género:

El concepto amplio es el contenido en el artículo 3 d) del Convenio de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011), conforme al cual “ por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”;

El concepto restringido lo ofrece el artículo 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género, comprendiendo solo aquella que se ejerce sobre una mujer por un varón con el que tiene o ha tenido una relación sentimental.

Relacionando ambos conceptos, la VG puede incidir en la sustracción de menores en tres maneras :

- La madre víctima de VG huye de su agresor llevando a los hijos con ella.
- El padre agresor traslada a los hijos menores como forma de maltrato psicológico a la madre.
- Cualquiera de los progenitores traslada a la hija para alejarla de un país en el que existe el riesgo de que se ejerza violencia de género sobre ella (mutilación genital, matrimonio forzado ...)

Vamos a referirnos en este estudio a la primera de las modalidades descritas.

Según estudio de Reig Fabado¹ en 2015 el 73% de los progenitores sustractores eran madres que, en el 93% de los casos tenían reconocida la custodia de los menores, considerándose que una parte de ese 73% de mujeres eran víctimas de VG, siendo en esos casos el traslado del menor una vía de alejamiento del agresor.

Esta circunstancia, unida a que con posterioridad a la aprobación del Convenio de la Haya se haya procedido al desarrollo legislativo en materia de VG en una pluralidad de Estados, y a la publicación en 2011 del Convenio de Estambul, ha llevado a la Conferencia de la Haya a realizar un estudio específico de la situación, redactándose en octubre de 2017 por la Comisión Permanente un Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13 (1) (B) ²(en adelante, PBP) que hace continuas referencias a las situaciones de violencia doméstica y que incluye un apartado específico sobre la materia., proyecto que se irá analizando a lo largo de la exposición.

También se está revisando el Reglamento Bruselas II bis (Reglamento CE 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental) proponiendo, entre otros extremos, la concentración de los procedimientos de restitución en uno o unos pocos órganos judiciales en cada Estado.³

El derecho de los hijos a vivir con sus padres

La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, establece que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus

¹ Isabel Reig Fabado. El traslado ilícito de menores en la Unión Europea - Revistas UC3M <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/4142/2671>

² Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13 (1) (B) Consultado en HCCH | Guías de buenas prácticas <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/.../guides-to-good-practice>

³ Quizá fuera el momento de plantearse la modificación de la LOPJ de cara a posibilitar que en los supuestos en los que la causa de oposición a la restitución alegada por el progenitor sustractor sea la VG pueda la Abogacía del Estado presentar la demanda directamente ante el JVM que se determine (haya o no un procedimiento penal en tramitación por VG) de cara a procurar la especialización del órgano judicial que resuelva sobre la restitución del menor dado que en definitiva va a valorar la concurrencia o no de una situación de VG, la situación de riesgo generada en su caso, en el menor, y las medidas cautelares que procede adoptar.

padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño; la Convención obliga a los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias y a adoptar medidas para luchar contra los traslados y las retenciones ilícitas de niños al extranjero. Para este fin, añade la Convención, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.(art. 8 a 11) -.

España cumple con esa previsión al tener suscritos varios Convenios en materia de sustracción de menores, en particular el conocido como Convenio de Luxemburgo (Convenio Europeo relativo al reconocimiento y 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, ratificado por España el 9 de mayo de 1989); el Convenio de la Haya, ya reseñado; en el ámbito de la Unión Europea (con excepción de Dinamarca) está afectada por el Reglamento conocido como Bruselas II bis (Reglamento CE 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental), cuya aplicación es complementaria al Convenio de la Haya. Finalmente resulta relevante la aplicación complementaria 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, ratificado por España el 2 de diciembre de 2010.

El Convenio de la Haya respondió a la necesidad existente en ese momento ,de **colaboración interestatal** contra la sustracción de menores .

Ello implicaba un cierto reconocimiento de las garantías legales y procesales del resto de los Estados firmantes y de compatibilidad entre sus respectivas legislaciones. De ahí que el artículo 38 establezca que la adhesión al Convenio (accesible a cualquier Estado) surtirá efecto solo respecto de las relaciones entre el Estado adherido y aquellos Estados contratantes que hayan declarado su aceptación de la adhesión. Esta declaración, dice el Convenio, habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de su adhesión.

El Convenio de la Haya gira en torno a dos ejes fundamentales, verdaderos pilares del mismo:

- a) Garantizar la **restitución inmediata** de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante
- b) Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes **se respeten en los demás Estados contratantes**. Son los tribunales del Estado en el que tenía su residencia habitual el menor inmediatamente antes del traslado ilícito los únicos competentes para resolver la cuestión de fondo (patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas) Para ello se prohíbe en el artículo 16 a la autoridad judicial o administrativa del Estado de refugio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia , prohibición que desaparece cuando se resuelve que no procede la restitución del menor o cuando haya transcurrido un periodo

razonable sin que se haya presentado ninguna demanda en aplicación del convenio.

Lo prioritario es la restitución inmediata del menor. Como esclarecedoramente se indica en la SAP Gerona 20/ 2017 , de 23 de enero de 2017 (ROJ, SAPGI 15/2017) “ El Convenio se inspira en el principio “ solve et repete”. Primero se retorna al menor y luego, en su caso, se discute sobre a quien corresponden los derechos de guarda y visita y el derecho a decidir sobre la residencia del menor”.

Es importante no perder de vista estos dos principios generales para alcanzar a entender la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales que resuelven situaciones de sustracción de menores.

El Convenio presume que traslado ilícito perjudica al menor, por lo que se impone su restitución inmediata a la situación anterior a la sustracción o traslado ilícito. Pero esa presunción admite prueba en contrario. De ahí que el Convenio prevea excepciones al retorno del menor en sus artículos 12, 13 y 20: La ausencia de derechos de guarda y custodia, el no ejercicio de la misma antes del traslado, la integración del menor en el nuevo entorno o el rechazo al retorno por el menor, en determinados supuestos son motivos de denegación de la solicitud de restitución o retorno del menor.

En lo que a esta ponencia respecta, 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 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 (art. 13 1 b)**

También podrá denegarse la restitución del menor cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20)

NATURALEZA DE LAS EXCEPCIONES AL RETORNO

Como se indica en el Informe Explicativo de D^o Elisa Pérez Vera alCH80⁴ , **las excepciones no son de aplicación automática** en el sentido de que no determinan forzosamente el no retorno del menor; por el contrario, la naturaleza misma de estas excepciones estriba en dar a los jueces la posibilidad - no de imponerles la obligación- de denegar dicho retorno en ciertas circunstancias.

Añade este informe **que la carga de la prueba corresponde a la persona que se opone al retorno** del menor. La Circular 6/2015 de la FGE se pronuncia en el mismo sentido y remite a los Autos de la AP Barcelona de 4 de abril de 2006 , y de la AP Guipúzcoa de 14 de septiembre de 2005 . También el Auto de la AP Barcelona de 13

⁴Informe explicativo. Elisa Pérez Vera. Consultado en HCCH | Sección Sustracción de Niños <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>

de marzo de 2012 recuerda que “solo puede operar en aquellos supuestos en que se pruebe de forma cumplida que el traslado de los menores al país y al lugar, que hasta el momento del traslado ha constituido su hábitat natural, puede colocarlos en situación de grave riesgo”.

En el mismo sentido se pronuncia la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, con cita del AAP Baleares, secc. 4ª, nº 229/1999, de 6 de junio y de la SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª nº 415/2007, de 26 de noviembre.

La interpretación ha de ser, además, restrictiva, como ocurre siempre con las excepciones a la regla general . También se pronuncia así expresamente la Circular 6/015 de la FGE indicando que debe aplicarse sólo en casos excepcionales y siguiendo pautas interpretativas restrictivas .

Los indicios deben ser serios y fundados, continúa exigiendo la Circular 6/15, citando el Auto de la AP Lérida de 27 de enero de 2012 .

Las excepciones a la restitución que aleguen las partes han de ser **expresamente valoradas** por el órgano judicial. Así se deja constar en la STC de 1 de febrero de 2016 ante la excepción de integración del menor que se alegó por la parte que se oponía a la restitución y que no fue objeto de valoración por la Audiencia Provincial .

En los Estados de la UE (a excepción de Dinamarca) , por aplicación del artículo 11. 2 y 5 del Reglamento 2201/2003 no podrá denegarse la restitución sin dar **posibilidad de audiencia** al solicitante y al menor afectado salvo que respecto a éste no se considere conveniente habida cuenta de su edad y grado de madurez.

También en aplicación del Reglamento 2201/2003 la excepción de grave riesgo resulta insuficiente para denegar el retorno en los Estados de la UE cuando se acredita que se han adoptado medidas para garantizar su protección.

Las excepciones a la restitución son muy escasamente estimadas. El Proyecto de guía de buenas prácticas sobre el artículo 13 1 b) del Convenio de la Haya (PBP) informa que en 2008 solo el 15% de los casos terminó con una decisión de no restitución, y tan solo el 27% de esa decisiones de no restitución se fundaron en el art. 13 (1) (b) , a veces combinado con otras excepciones por lo que , concluye, alrededor del 4% del total de los casos de 2008.

RIESGO PARA LA MADRE/ RIESGO PARA EL MENOR

Hay resoluciones judiciales que **diferencian el riesgo para la madre y el riesgo para los hijos**, estimando que solo cuando se acredita éste cabe oponerse a la restitución del menor. En este sentido, la SAP Granada, 152/2017 de 21 de abril (Roj: SAP GR 486/2017) plantea la necesidad de determinar si la restitución inmediata de la menor expone a la niña, no a la madre, a un peligro grave físico o psíquico , o de cualquier otra manera ponen a la menor en una situación intolerable

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 436/2016, de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 25 de julio (Roj: **SAP GC 2345/2016**) , aunque en ésta se matiza ya que “indirectamente pueda admitirse a priori el riesgo psíquico del menor de presenciar malos tratos de palabra o de obra sobre su madre, “

Como plantea el PBP hay supuestos en los que la madre víctima de VG alega que no puede regresar con el menor al Estado de residencia por miedo a ser dañada nuevamente (física o psicológicamente) por el padre privado del menor. Se alega que en tales condiciones se deterioraría su capacidad para cuidar al menor. Se alega además, que, de regresar con el menor, existiría un grave riesgo de que éste fuera expuesto a daño físico o psicológico dado que ella ejerce la custodia del menor. En estos supuestos, el PBP propone al órgano judicial que tenga en cuenta las siguientes consideraciones :

- la relación entre la violencia conyugal y el maltrato infantil, constatada en varios estudios.
- que el grave riesgo futuro no necesariamente requiere prueba de violencia pasada infligida directamente sobre el menor.
- que la violencia doméstica no solo consiste en hechos violentos sino también en control coercitivo, de forma que el padre sustractor corra el riesgo de ser introducido a la fuerza nuevamente en la órbita del padre privado del menor.
- que suponer el cese de la violencia por el cese de la convivencia entre los progenitores puede no resultar suficiente en todos los casos ,
- que en ocasiones es la propia separación lo que incrementa el riesgo sobre la víctima.

También recuerda el PBP que en la Sexta Reunión de la Comisión Especial se recomendó, en consonancia con los aportes de las ciencias sociales y las normas internacionales, que “ en el momento de considerar la protección del niño en virtud de los Convenios de 1980 y 1996, **se recomienda tener en cuenta el impacto que la violencia de un progenitor hacia el otro puede tener sobre el niño**”. En consecuencia, continúa , **el juez puede necesitar considerar medidas que no solo estén dirigidas a proteger al menor sino también al padre que lo sustrajo**. Esto puede ser necesario, por ejemplo, cuando tanto el menor como el padre sustractor sufren los efectos de violencia doméstica, cuando el padre privado del menor vierte amenazas durante el procedimiento de restitución, o se teme que tal comportamiento se mantenga o sea recurrente en caso de retorno al Estado requirente. En algunos casos puede que sea difícil separar la seguridad o el bienestar del menor de los uno de sus padres (en especial si se trata del padre custodio del menor).... Si el tribunal, concluye el informe , estima que las medidas de protección dirigidas al padre que acompaña al menor no son adecuadas o eficaces para prevenir riesgos graves sobre el menor, deberá considerar denegar la restitución”.

De hecho, en aplicación del artículo 11 del Convenio de 1996, algunos Estados han utilizado la prerrogativa que se le reconoce al Estado en el que se encuentre el menor de adoptar medidas de protección en caso de urgencia no solo respecto del menor sino también respecto del progenitor que acompaña al menor.

La Circular 6/2015 de la FGE citada recuerda que para determinar la situación de riesgo del menor pueden ser claves los informes sociales sobre el menor y la familia, evitando siempre que a través de esa vía se persiga simplemente dilatar el procedimiento.

El PBP propone recurrir a información de acciones judiciales pendientes contra el padre, informes policiales, de casas de acogida, certificados médicos, existencia previa de órdenes de protección y/ o su quebrantamiento.

A ello habría que añadir, en mi opinión , informes periciales de valoración de riesgo de la madre y de los hijos.

VIOLENCIA DE GÉNERO/ GRAVE RIESGO PARA EL MENOR.

Cabe en este sentido plantearse tres modalidades, posibles, de relación entre la violencia ejercida sobre la madre y el riesgo para el menor:

1. Diversas investigaciones mencionan correlaciones estadísticas que vinculan a los comportamientos violentos o de daño contra un padre con comportamientos violentos o de daño contra niños expuestos a violencia doméstica entre adultos. Tomando nuevamente como referencia el PBP , refiere una correlación de entre 30 y 60% entre la violencia conyugal y contra los niños.
2. Violencia vicaria, entendida como aquella que se ejerce sobre el menor con la sola finalidad de hacer daño a su madre.
3. Efectos psicológicos sobre los menores que viven en un entorno de violencia doméstica. Nos remitimos en este sentido a la Exposición de Motivos de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: “ Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma. Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos.”

El Tribunal Supremo, en el Recurso de Casación interpuesto contra la sentencia que condenaba a A.L.M. y A.L.P., padre e hijo, éste de 19 años , por los delitos de maltrato habitual a su mujer al primero y de asesinato de su madre l segundo, manifiesta en su Sentencia de 21 de enero de 2016: “Es obvio que ese maltrato y agresión continuado del recurrente a su esposa... constituyeron el perverso aprendizaje que fue recibiendo el hijo... Es evidente que el recurrente no solo convirtió su relación con su mujer en una situación de dominación y de miedo , sino que transmitió esos valores a su propio hijo quien libre y acriticamente los aceptó y los llevó a efecto de la forma trágica descrita”.

EL PROBLEMA DE LA PRUEBA

Hay resoluciones que han contado con material probatorio suficiente para denegar el retorno al estimar acreditada una situación de violencia de género que implicaba grave riesgo en el menor:

Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz 25/11, de 22 de febrero (Roj: **AAP CA 30/2011**) : Se estimó acreditado maltrato del padre a la madre y a los hijos, por lo que se denegó la restitución de éstos. La prueba del maltrato de la que dispuso el Tribunal fue la declaración de la madre y de los hijos, y declaraciones notariales de un testigo y un trabajador social. La Audiencia denegó el retorno de los menores a Los Estados Unidos de América si bien acuerda que es allí donde ha de debatirse la custodia de los menores.

Se denegó por la Jurisdicción Uruguaya, en concreto por el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno, el 6 de febrero de 2015⁵ la restitución a España de un menor por estar acreditada la situación de VG que se vivía en el hogar familiar. La prueba valorada por el Tribunal fue la declaración de la madre, del hijo común y del hijo de la madre, una pericial técnico forense, testifical de familiares de la madre y documentación relativa a la “ puesta en conocimiento de las autoridades correspondientes Policía, Juzgado y Ministerio de Desarrollo Social previamente al juicio de restitución e inmediatamente posterior a su arribo al país”

Sin embargo, como veremos, no toda situación de VG provoca la denegación de la restitución del menor; ello por la dificultad probatoria que entraña , y por la posibilidad de adoptar medidas de protección del menor que impiden la no restitución (en el caso de la UE) o la dificultan (en el resto de los Estados Parte del CH80)

El problema de la VG radica, también cuando se trata de sustracción de menores, en la dificultad de probarla ,al ser delitos cometidos en la intimidad familiar, y dadas las especiales características de las víctimas de VG: negación de su condición de víctimas, dependencia afectiva del agresor, falta de denuncia...

En el caso de parejas mixtas puede , además, estar condicionada la estancia legal de la víctima en el país de residencia a la convivencia con el agresor.

Con frecuencia , además, las pruebas que podrían aportarse se encuentran en el Estado de residencia, lo que dificulta su aportación al procedimiento.

Todo ello provoca que la situación de VG que se alega por la madre y que podría implicar una situación de riesgo para el menor en caso de retorno, en la mayoría de los casos no sea estimada en por los Tribunales de Justicia:

La Sentencia 436/2016, de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 25 de julio (Roj: **SAP GC 2345/201**) alega que la prueba no existe “ porque esta Sala no puede convertirse en un órgano penal que determine si efectivamente la madre ha sufrido daños físicos, coacciones, injurias o maltrato de palabra y obra que haya repercutido y vayan a seguir repercutiendo a su vez en la integridad psíquica del hijo común Armando que solo cuenta con tres años de edad, no existiendo ni siquiera denuncia

⁵ Consultado en INCADAT, referencia 2015 | HC/E/UY 1322

penal de la madre al respecto y no actuando el Ministerio Fiscal de oficio en la vista tras el testimonio de la madre.. El parte médico que aporta la madre anterior al nacimiento del hijo no acredita que la lesión se la produjera su pareja”

La SAP Murcia 437/2016, de 14 de julio (Roj: **SAP MU 1834/2016**) acuerda el retorno de los menores a Holanda porque estima acreditadas discrepancias entre los progenitores y situación de intolerancia entre los mismos, pero no situación de riesgo de exposición del menor a un peligro físico o psíquico.

SAP Asturias (Roj: SAP O 863/2017) de fecha 15 de marzo de 2017 . recuerda que el último párrafo del art. 13 del Convenio obliga al tribunal a atender en primer término a la información facilitada por la Autoridad Central del Estado requirente cuando indica que “ el examinar las circunstancias a que hace referencia el presente artículo , las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor”. Pues bien, dice la SAP Vizcaya, en el procedimiento judicial previo ante la autoridad norteamericana se constató que no existía anotación en el registro estatal de órdenes de alejamiento, ni en el delincuentes sexuales, ni por último en los de mandatos judiciales de protección de menores; por otra parte se han aportado hasta 9 testimonios certificados por fedatario público acreditativo de que el apelado era un progenitor implicado en el cuidado de la prole y otro del centro médico al que últimamente asistían los niños que refleja que dichas consultas fueron evacuadas con ambos padres. Así pues no existe el más mínimo atisbo de maltrato o desatención previo a la crisis desatada por la decisión materna de permanecer indefinidamente en España...”

Estas sentencias son ajustadas a Derecho dado el carácter restrictivo de la interpretación que ha de hacerse a la alegación de riesgo para la integridad del menor. Sin embargo, las especiales características de las víctimas de VG provocan que el Proyecto de Guía de Buenas prácticas sobre el art. 13 1 b) CH80 recomiende al órgano judicial “ **tener en cuenta los efectos psicosociales de la violencia doméstica- p eje. , el trastorno de estrés postraumático, para comprender el comportamiento de los individuos afectados en lo atinente a la credibilidad de su testimonio y a la existencia o inexistencia de pruebas**”.

También recomienda realizar un **análisis prospectivo**, aconsejando que el examen de la excepción de grave riesgo no se limite o focalice principalmente “en las circunstancias anteriores o vigentes al momento del traslado o retención ilícitos. Por el contrario, requiere mirar al futuro, esto es, la situación que el menor tendría si fuera restituido inmediatamente”

La Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno, de Montevideo, 6 de febrero de 2015⁶, a la que nos hemos ya referido , que denegó el retorno del menor a España basándose en numerosas pruebas testificales y periciales que acreditaron la situación de maltrato habitual del padre a la madre y al hijo , mostró una especial sensibilidad en la valoración de la situación de la madre . Se argumentó por el padre requirente que la madre no había presentado denuncia en España pudiendo

⁶ Consultado en INCADAT, referencia 2015 | HC/E/UY 1322

hacerlo, a lo que respondió el Tribunal que “la madre quedó sola en España en el sentido de que los parientes que tenía en España habían retornado antes que ella; que la permanencia de los que quedaron no fue suficiente para su protección y la de su hijo dado que por sus características de personalidad, temor, características de la localidad, nunca permitió que intervinieran, no realizó la denuncia ante las autoridades ni por las mismas razones, aunado a la falta de medios económicos, tampoco se separó de su concubino dentro de la localidad”. Dice la Sentencia, para no acoger la alegación del padre de que no presentó denuncia, que “debe distinguirse entre los medios de protección que objetivamente se ofrecen en casi todas las comunidades, de lo que significa el acceso real y efectivo a los medios de protección adecuados. En el presente caso, concluye la Sentencia, la madre del niño cuya restitución se solicita, no tuvo acceso efectivo”. Y se ratifica la denegación de la restitución del menor.

LA RESTITUCIÓN CON CONDICIONES: ÓRDENES ESPEJO

El órgano judicial del Estado requerido puede solicitar del requirente la aplicación de medidas adecuadas y eficaces de protección del menor y de su progenitor en caso de retorno.

Es importante constatar que las medidas que condicionan la restitución sean aplicables en el Estado requerido, sobre todo cuando son consecuencia de un acuerdo entre los progenitores (por ejemplo, no cabría que siendo España Estado requirente, el Estado requerido aprobara el acuerdo de las partes condicionando la restitución a la no persecución del delito de sustracción de menores que hubiera cometido el progenitor sustractor, al tratarse, en España, de delito perseguible de oficio)

Cita a este respecto el Proyecto de Guía de Buenas Prácticas, por ejemplo, medidas de alejamiento, prohibición de contacto u otras medidas susceptibles de ejecución para proteger al padre sustractor y al menor, o determinar si se prevén otras disposiciones de protección (p. ej., vivienda separada y segura), de resultar necesario.

Es importante tener en cuenta, dice el PBP, los antecedentes del padre privado del menor en lo concerniente al cumplimiento de resoluciones judiciales, condiciones impuestas a la libertad bajo fianza, compromisos (en su caso), etc., a los efectos de evaluar si dichas medidas o condiciones resultarían eficaces en el contexto de una restitución. Propone también tener en cuenta si con anterioridad se dispusieron medidas de protección en el Estado requirente y si el padre privado del menor las respetó.

El Reglamento 2201/2003 del Consejo (Bruselas II bis)

Entre los Estados de la Unión Europea (excepción hecha de Dinamarca) las posibilidades de denegar la restitución por causa de grave riesgo del menor se reducen aun más, dado que conforme a su artículo 11. 4: “**Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución** de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que **se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución**”.

La SAP Málaga 243/2015, de 30 de abril (Roj: **SAP MA 2349/2015**) acuerda la restitución del menor porque “consta que el Estado requirente ya ha adoptado medidas de protección..”

La misma AP Málaga, en Sentencia 463/2007 de 11 de septiembre (Roj: **SAP MA 2052/2007**) deniega el retorno del menor dado que “no se ha acreditado que el Estado requirente haya adoptado o esté en disposición de adoptar medidas adecuadas para garantizar la protección psíquica de la menor tras su restitución”

En todo caso, hay que tener en cuenta que no basta una invocación genérica del Estado de residencia de que se adoptarán medidas de protección sobre el menor sino que habrá que concretar el contenido y vigencia de dichas medidas.

En la UE, la última palabra la tiene el Estado de residencia

Conforme al Reglamento 2201/2003, aún cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor.

La Propuesta de Reforma del Reglamento 2201/2003, de 2016 ⁷pretende flexibilizar la posibilidad del Estado de Residencia de dictar resolución de retorno tras la denegación por el Estado requerido, posibilitando, no imponiendo, esta opción y acordando que esta nueva resolución haya de dictarse en un procedimiento en materia de custodia tras un cuidadoso examen del interés superior del niño.

MEDIDAS CAUTELARES DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996.

El artículo 11 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, establece que “en caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan”. En base a dicho precepto se pueden acordar medidas de protección del menor que podrán ser tan variadas como la situación del menor requiera: desde el establecimiento de régimen de visitas, supervisadas o no, del menor con el progenitor reclamante hasta la separación material del menor respecto del progenitor requerido cuando existan indicios de maltrato físico o psicológico por su parte...

BIBLIOGRAFÍA

⁷ Propuesta de Reforma del Reglamento 2201/2003, de 2016. Consultado en 411 final 2016/0190 (CNS) Propuesta de REGLAMENTO ... - Europa EU <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-411-ES-F1-1.PD>

-La sustracción internacional de menores en el ámbito internacional. El Convenio de La Haya. Normativa comunitaria”. Guadalupe Torres López. ID v Lex .es (última consulta en septiembre de 2018)

-El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: Retrono vs. Violencia familiar o doméstica.” Isabel Reig Fab ponencia escrita Sr de la Rosa Cortina OK - Fiscal.es

- “El procedimiento para la restitución de menores en casos de sustracción internacional: perspectivas de futuro.” Jose Miguel de la Rosa Cortina. <https://www.fiscal.es/.../ponencia%20escrita%20Sr%20de%20la%20Rosa%20Cortina%...>

- El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio. Celia M Caamiña Domínguez]RevistasUC3M<https://erevistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/3254/1920>(última consulta en septiembre de 2018)

]G:\SUSTRACCIONMENORES\RevistasUC3M

<https://erevistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/3254/1920>(última consulta en septiembre de 2018) - Proyecto de guía de buenas prácticas sobre el artículo 13 1 b del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

-Propuesta de **REGLAMENTO DEL CONSEJO relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia** matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) Bruselas, 30.6.2016

-Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de la Haya de 1980. HCCH | Guías de buenas prácticas . <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/.../guides-to-good-practic>

-

-

-

8

8