

Las situaciones de violencia doméstica en los supuestos de la sustracción internacional de menores en el marco de la Unión Europea

M^a DOLORES ADAM MUÑOZ^{1*}

*Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Córdoba*

SUMARIO: 1. CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. 2. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE AUTORIDADES COMO INSTRUMENTO PARA LA CONSECUCCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 3. CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN DEL MENOR. 4. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DE RESTITUCIÓN DEL MENOR. 5. MECANISMOS INSTITUIDOS POR EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER PARA PROCEDER AL RETORNO SEGURO DEL MENOR. 6. POSIBLES MECANISMOS A ADOPTAR POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA PARA DAR SOLUCIÓN AL TRASLADO ILÍCITO DE MENORES CUANDO EL MISMO TIENE SU CAUSA EN LA VIOLENCIA DOMÉSTICA SUFRIDA POR LA SUSTRACTORA.

1. CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

El reciente Reglamento 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores² (a partir de ahora Reglamento Bruselas II ter) , el cual es de aplicación desde el 1 de agosto de 2022, añade esta última materia, "la sustracción internacional de menores", en relación a su predecesor³, dedicándole un capítulo completo (Capítulo III) iniciativa de

¹ * El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto I+D+i PID2020-113444RB-I00, "Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración", financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

² *DOUE* núm. L 178 de 2 de julio de 2019

³ Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia

la cual se puede deducir la importancia que esta situación está tomando en la actualidad en la Unión Europea, la cual necesita de una regulación específica que la diferencie de la responsabilidad parental⁴. El presente trabajo tiene como objeto analizar las novedades que este Reglamento introduce en este ámbito en las relaciones *intra* comunitarias, y fundamentalmente si contempla la perspectiva de género⁵ como principio fundamental que debe regir la actividad judicial y que ha de informar la actividad normativa, tanto en el ámbito nacional, como internacional, así como en la Unión Europea; es decir, se trata de analizar si los nuevos preceptos del Reglamento Bruselas II ter se inspiran en medidas que eliminen la discriminación entre el hombre y la mujer y establezcan los mecanismos necesarios para alcanzar la plena igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales, en concreto en el desarrollo de las relaciones paterno-filiales.

El art.2.11 del Reglamento Bruselas II ter nos indica cuando estamos ante "un traslado o retención ilícitos" de un menor, señalando a tal efecto que tal situación tendrá lugar cuando 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 donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, requiriendo además que en el momento del traslado la persona que tenía el derecho de custodia lo ejerciera de forma efectiva, ya sea de forma separada o conjunta. Este Reglamento, al igual que su predecesor complementa al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁶ (a partir de ahora CH1980), el cual nos ofrece un concepto más

matrimonial y de responsabilidad parental (*DOCE* núm. L 338 de 23 de diciembre de 2003)

⁴ ADAM MUÑOZ, M.D. "La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, Vol. 2, núm. 2, pp. 34-54. DURÁN AYAGO, A. "Responsabilidad parental, relaciones paternofiliales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres realidades diferentes?", en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (Dir) *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 358.

⁵ El "gender mainstreaming" sitúa la perspectiva de género en un ámbito global, como principio vinculante al que han de dirigirse todas las medidas legislativas y de acción política. *Vid.* GIL RUIZ, J.M. "Crisis del estado del Bienestar y desafíos del siglo XXI: dualismo vital y brecha ciudadana", *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 109/1 septiembre-diciembre de 2017, pp. 133-161

⁶ *BOE* núm. 202 de 24 de agosto de 1987

amplio de esta situación indicando que el derecho de custodia puede ser ejercido de forma separada o conjunta, tanto por una persona, institución o cualquier otro organismo con arreglo al derecho vigente en el Estado de la residencia habitual del menor inmediatamente antes de su traslado. De esta forma, tanto el Reglamento Bruselas II ter como el CH1980 nos indican que no puede haber traslado o retención ilícitos del menor, cuando la persona que tiene el derecho de visita es quien efectúa dicho traslado del menor del lugar donde éste tenía su residencia habitual, sino que ha de ser la persona que goza de la guarda y custodia, ya que, aunque el derecho de custodia incluye los derechos y obligaciones relativos al cuidado de un menor y, en particular, el derecho de decidir sobre su lugar de residencia, este derecho no es ilimitado, por regla general el cambio de la misma está sometido a autorización judicial, al estar en juego las expectativas y el derecho de una tercera persona: la que goza del derecho de visita, ya que con el cambio de residencia del menor, las mismas se podrán ver truncadas o menoscabadas. Así las cosas, en este último caso, las medidas para efectuar el requerimiento de que el menor vuelva al lugar de su residencia habitual son otras⁷.

⁷ La Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado, de 17 de noviembre sobre "Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores" <<https://www.fiscal.es/documents/20142/79c1a677-8c8f-bd7f-304a-0afac6aeeb25>>. Esta Circular indica que la sustracción internacional de menores tiene lugar cuando "... un menor es trasladado ilícitamente por uno de los progenitores a un país distinto de donde reside habitualmente violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, y en aquellos casos en que uno de los progenitores se traslada con el menor para residir en otro país, tomando tal decisión de forma unilateral y vulnerando el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor". Como podemos observar este concepto es mucho más amplio y describe situaciones diferentes a las contempladas en el Reglamento y en el Convenio, ya que la misma puede acaecer cuando el progenitor que no tiene la custodia sustrae al menor durante el periodo de visita y lo trasladaba a otro país, o bien en el caso en el que ambos progenitores comparten la custodia y uno de ellos traslada al hijo común a otro país, de modo que así impide que el otro ejerza su derecho de custodia y, por último, cuando el progenitor que tiene la guarda del menor traslada a éste desde el país de su residencia habitual a otro estado distinto y así impide que el progenitor que tiene el derecho de visita pueda seguir ejerciéndolo. Esta diversidad de supuestos motiva que el retorno del menor pueda ser demandado, tanto por el progenitor que tenga un derecho de custodia, como también por aquél al que se le impide el ejercicio del régimen de visitas.

2. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE AUTORIDADES COMO INSTRUMENTO PARA LA CONSECUCCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En el caso en que se produzca un traslado o retención ilícitos del menor, circunstancia que, como ya hemos indicado, en el nuevo Reglamento Bruselas II ter se contempla en todo un capítulo (Capítulo III), frente a su regulación en el anterior Reglamento, la cual se realizaba en un único precepto (art. 11), la cooperación de autoridades, ya sea directamente entre órganos jurisdiccionales o a través de autoridades centrales, se torna imprescindible para lograr el interés superior del menor⁸, el cual consiste en el retorno inmediato del mismo al lugar en el que tenía su residencia

⁸ En la actualidad, el interés superior del menor desborda las fronteras del ámbito privado y revierte en el ámbito público. Podemos afirmar que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, el cual ha de ser determinado y valorado en cada ocasión en la que se halle implicado un menor. Es por este motivo por el que no es factible ofrecer un concepto único y omnicompreensivo, ya que las situaciones en las que el menor puede encontrarse inmerso son tan numerosas y cambiantes como lo es la realidad. Sobre este complejo concepto *Vid.* OTAEGUI AIZPURUA, I. *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 71-100. Una aproximación a su significado podría indicarnos que se trata de "un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores". A la luz de este significado, podemos afirmar que el interés superior del menor tiene una triple dimensión: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento (Párrafo 3º de la Observación General nº 14 de 2013 sobre "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", aprobado por el *Comité de Derechos del Niño en su 62º periodo de sesiones del 14 de enero a 1 de febrero de 2013*). Así, se trata del derecho del menor a que su interés superior sea una consideración que prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta, derecho que tiene el carácter de sustantivo. Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño o niña y es una norma de procedimiento ya que, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a menores, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las y los menores interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá las garantías procesales. VAQUERO LÓPEZ, C., "Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 395-414.

habitual antes de que se produjera dicho traslado⁹. Este es el objetivo hacia el cual se dirigen las medidas establecidas en el Reglamento Bruselas II ter y en el que se basa la cooperación de autoridades¹⁰, estando limitada la edad del menor en este ámbito a los 16 años (art. 22)¹¹. De este modo, podemos afirmar que este objetivo se identifica con el interés superior del menor. Así, la persona que se ve privada de la guarda y custodia del menor sin su consentimiento¹² podrá interponer una demanda de restitución del mismo, directamente, ante las autoridades competentes del Estado al cual ha sido trasladado el menor, o bien ante las autoridades centrales del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes de ser trasladado estando obligadas las autoridades ante las cuales se presente dicha

⁹ La determinación de la residencia habitual del menor se torna fundamental en los supuestos de su traslado ilícito, ya que supone el punto de partida para iniciar el procedimiento acerca de una demanda de restitución del menor. Al respecto pueden consultarse REIG FABADO, I. "La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, Num. 1, pp. 877-888; LORENTE MARTÍNEZ, I., "Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores: el trato desigual en situaciones similares", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, Núm. 1, pp. 825-833. CAMPUZANO DÍAZ, B. "Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: sentencia de 17 de octubre de 2018 UD Y XB, AS. 393/18 PPU", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, núm. 2, pp. 462-471; PÉREZ MARTÍN, L.A. "El interés superior de los niños y niñas de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 sección decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, Vol. 12, núm. 2, pp. 1119-1127

¹⁰ La rápida restitución del menor al lugar al que tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención constituye el objetivo del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, entendiendo asimismo que la pronta restitución del menor constituye su interés superior.

¹¹ El art. 2.2.6 del Reglamento Bruselas II ter define al menor como aquella persona que no ha alcanzado los 18 años; sin embargo, el art. 20.1 del mismo cuerpo legal, cuando se refiere a la restitución del menor con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 establece como edad máxima para proceder a la misma los 16 años.

¹² Al respecto *Vid.* HERRANZ BALLESTEROS, M. "Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor de un estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, Núm. 2, pp. 641-651.

demanda a actuar con urgencia en la tramitación de la misma, utilizando las normas de su derecho nacional para determinar la restitución (art. 23 y 24 del Reglamento Bruselas II ter). Así, en nuestro ordenamiento jurídico este proceso se contiene en los arts. 778 quarter y sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) introducidos por la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria¹³, en el cual además de la importancia que se le otorga al derecho del menor a ser oído, merece la pena destacar, en primer lugar que atribuye la competencia para conocer de estos supuestos a los Juzgados de Primera Instancia, con competencia en materia de derecho de familia, de la capital del provincia en la que encuentre el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, en segundo lugar, el procedimiento tiene carácter urgente y preferente, de manera que se mejora su celeridad desde el momento en que el mismo ha de estar resuelto en las dos instancias en el plazo máximo de seis semanas, salvo que circunstancias especiales lo hagan imposible, en tercer lugar porque en ningún caso se podrá proceder a la suspensión del procedimiento¹⁴ porque haya pendientes causas penales motivadas por el traslado o retención del menor y, por último porque favorece la ejecución del retorno, al tener el juez el deber de escuchar al menor y, en su caso, adoptar las medidas que estime necesarias para que no se produzca un nuevo traslado ilícito¹⁵. Con

¹³ Este procedimiento se introduce a través de la Disposición final tercera, punto 19 de la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción voluntaria, titulada "Medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) n° 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", *Vid.* CHÉLIZ INGLÉS, M.C. "La sustracción internacional de menores tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm 3 ter, diciembre 2015, pp. 246-265

¹⁴ FORCADA MIRANDA, F.J. "El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: la decidida apuesta por la celeridad y la novedosa circular de la Fiscalía 6/2015". *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 3 de 2016. ESPINOSA CALABUIG, R. "Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y...algunas ausencias", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, Núm. 22, 2016, pp. 347-357.

¹⁵ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A. "El riesgo de la sustracción internacional de menores como fundamento para el acuerdo de medidas preventivas", *Bitácora Millenium DIPr* núm 14 de 2021, pp. 68-94. La autora realiza un exhaustivo análisis de las medidas que nuestro ordenamiento recoge y de la jurisprudencia relativa a las mismas, precisamente para evitar la situación contraria; es decir, el traslado del menor desde España a otro estado por uno de sus progenitores. En relación con estas medidas, además de en el ámbito nacional, en el convencional y europeo,

independencia del procedimiento de fuente autónoma, el Reglamento Bruselas II ter exige como garantías procesales que se escuche al menor (lo cual ya hemos visto que también se contempla en nuestro sistema autónomo) y a la persona que solicita la restitución y la posibilidad de que ambas partes tengan contacto si ello contribuye al interés superior del menor¹⁶ (art. 27.1 y 2). Si se acuerda la restitución, ésta podrá declararse provisionalmente ejecutiva, sin perjuicio de la interposición de un posible recurso contra la misma, si el interés del menor así lo requiere (art. 27.6). Las autoridades competentes para la ejecución, a las que se le haya solicitado la misma, actuarán con urgencia, ahora con el nuevo Reglamento Bruselas II ter, como máximo en el plazo de seis semanas, si no se realiza en este plazo la autoridad central del Estado Miembro de ejecución o el solicitante, podrán pedir explicaciones acerca de los motivos del retraso a la autoridad competente para la ejecución. Este procedimiento especialmente acelerado y urgente en la resolución de la restitución del menor establecido por el Reglamento Bruselas II ter, vendrá a complementar al establecido en el CH1980¹⁷. No obstante, observamos como su fundamento radica en la colaboración y cooperación de las autoridades de los Estados Miembros del lugar en el que el menor tenía su residencia habitual, al lugar al que ha sido desplazado el

Vid. CALZADO LLAMAS, A.J. " Las medidas provisionales y cautelares en los procesos de restitución de menores. Análisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexión con el ordenamiento jurídico español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, Vol. 13, núm. 1, pp. 87-109

¹⁶ Sobre la idoneidad de la medida que posibilita el contacto del menor con el progenitor que reclama la restitución, *Vid.* CALZADO LLAMAS, J.A. " Las medidas provisionales y cautelares...", *op. cit.*, pp. 101-102.

¹⁷ El Reglamento Bruselas II ter trata de aclarar la relación existente entre la regulación por el mismo establecida y la contenida en el Convenio de La Haya de 1980. Así, en su considerando 40 indica que: "En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora, y con tal fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya de 1980, completado por el presente Reglamento, en particular el capítulo III". Asimismo, el art. 96 del Reglamento establece que: " Cuando un menor esté retenido o haya sido trasladado ilícitamente a un Estado miembro distinto del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, seguirán aplicándose las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 tal y como quedan completadas con las disposiciones de los capítulos III y IV del presente Reglamento. Cuando una resolución por la que se ordene la restitución de un menor con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 haya sido dictada en un Estado miembro y deba reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro tras el traslado o la retención ilícitos del menor, será de aplicación el capítulo IV".

menor (art. 22), la cual ha de gozar de rapidez y celeridad, incluso en ocasiones, de urgencia.

3. CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN DEL MENOR

Hemos de referirnos seguidamente a los supuestos en los que la denegación de restitución del menor por las autoridades del Estado Miembro al cual ha sido trasladado o retenido se basan en el art. 13.1 b) del CH1980. Este precepto indica que " 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: 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. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones". Sin embargo, el art. 27.3 *in fine* del Reglamento Bruselas II ter indica que la autoridad competente del Estado Miembro requerido no denegará la restitución del menor si la parte que solicita la restitución del mismo demuestra al órgano jurisdiccional, o si consta de otro modo al órgano jurisdiccional, que se ha dispuesto lo necesario para garantizar la protección del menor tras su restitución, de tal forma que no existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. Para apreciar que estas circunstancias de peligro para el menor si se ordena la restitución han desaparecido, las autoridades de los dos Estados Miembros implicados podrán comunicarse y transmitirse todo tipo de información relevante al respecto, directamente entre órganos jurisdiccionales o a través de autoridades centrales (art. 27.3 y 4); es decir, se trata de establecer un retorno seguro del menor.

4. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DE RESTITUCIÓN DEL MENOR

En relación con las causas de denegación de devolución del menor hemos de detenernos en una circunstancia que desde hace tiempo está siendo motivo de alegación, a través de la excepción procesal, para impedir la restitución del menor al lugar de su residencia habitual. Nos referimos

a los supuestos en los que la sustractora del menor es la madre que está siendo víctima de violencia de género o más específicamente de violencia doméstica¹⁸ en el territorio del Estado Miembro en el que el menor tiene su residencia habitual¹⁹. El CH1980 surgió con un objetivo claro y preciso y a tenor de la situación que con asiduidad tenía lugar en la realidad, ya que por regla general la persona sustractora era el padre del menor, de manera que la finalidad del mismo consistía en que el padre que sustrajera o retuviera al menor en detrimento del propio menor y de la madre, lo devolviera a su lugar de origen, lugar de su residencia habitual del menor anterior a la sustracción, en el menor periodo de tiempo posible²⁰. Sin embargo, las circunstancias sociales y culturales han cambiado considerablemente y hoy en día la violencia que las mujeres sufren en el ámbito doméstico por

¹⁸ Son numerosos los estudios sobre la incidencia de la violencia doméstica en el traslado ilícito de menores. *Vid.*, con carácter general, CUARTERO RUBIO, M. V. "La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores", en MARTÍN LÓPEZ, M. T. (coord.), *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Civitas, Cizur Menor, 2014; MAESTRE CASAS, P., "Violencia doméstica y sustracción internacional de menores", en FIGUERUELO BURRIEZA, A. (dir.), *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Granada 2014; REIG FABADO, I. "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno *vs.* violencia familiar o doméstica", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10, Núm. 1, pp. 610-619. ORTÍZ VIDAL, M.D. "Derecho de visita y violencia de género: el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor", en ESPLUGUES MOTA, C. DIAGO DIAGO, P. y JIMÉNEZ BLANCO, P. (Dir.), *50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 327-337; PÉREZ MARTÍN, L.A. "Protección de los menores en el ámbito internacional: Reflexiones sobre la sustracción internacional de menores y la violencia de género en torno al caso de Juana Rivas", en BASTANTE GRANELL, V. (coord.) y LÓPEZ SAN LUIS, R. (dir.), *La protección del menor: Situación y cuestiones actuales*, Comares, Granada, 2019, pp. 73-88; REQUEJO ISIDRO, M. "Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 179-194; RUIZ SUTIL, C., "El enfoque de género en la sustracción internacional de menores", en GIL RUIZ, J.M. (dir.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubdiscriminatorio*, Dykinson, Madrid 2018, pp. 247-278. RUIZ SUTIL, C. *Las violencias de género en entornos transfronterizos: interconexión de las perspectivas de extrajería, asilo y del derecho internacional privado*. Ed. Dykinson, Madrid 2023.

¹⁹ Los casos de traslado ilícito de menores por esta causa van en aumento, según pone de relieve. WEINER, M. H. "International child abduction and the escape from domestic violence", *Fordham Law Review*, 2000, 69, pp. 593-706.

²⁰ *Vid.* Informe explicativo realizado a dicho Convenio por PEREZ VERA, E. <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>.

parte de su marido, pareja o expareja afortunadamente se han visibilizado, así como la que sufren los propios menores fruto de esa unión²¹, bien directamente (violencia vicaria) o bien de modo indirecto al ser testigos del ambiente y las circunstancias que concurren en su entorno habitual²². Con-

²¹ El propio menor también es considerado por nuestra legislación como víctima de violencia doméstica, *Vid.* REYES CANO, P. " Menores y violencia de género: de invisibles a visibles". *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 2015, pp. 181-217.

²² Nuestra normativa así lo reconoce. El Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar: actualizado a la intervención en los supuestos de menores de edad víctimas de violencia de género, Madrid, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014 <<http://www.msssi.gob.es/biblioPublic/publicaciones/home.htm>> señaló que la exposición de los menores a la violencia de género es una forma del maltrato infantil, lo que reclama una atención especializada. El Preámbulo de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE* núm. 175, de 23 de julio de 2016) indica que "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", añadiendo que se pueden convertir en un instrumento más de violencia utilizado por el maltratador hacia la mujer, además de los perjuicios de carácter físico o psíquico que el menor puede padecer. Del mismo modo, el art. 11.2 apartado i) de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE* núm. 180, de 29 de julio de 2015) señala que uno de los principios rectores en materia de menores es el amparo por parte de los poderes públicos contra toda forma de violencia, incluida la violencia de género en el ámbito familiar. Podemos destacar que esta Ley ha reforzado la lucha contra la violencia de género, garantizando los derechos de los colectivos más vulnerables, en particular, el de menores, a través de la intervención de las autoridades públicas en situaciones de violencia. Del mismo modo el art. 1 de la Ley 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género (*BOE* núm. 313 de 29 de diciembre de 2004) , la cual ha sido modificado por la Disposición final tercera de la Ley 8/2015 de 22 de julio de Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia (*BOE* núm. 175 de 23 de julio de 2015) insiste, en su nuevo apartado segundo, que el daño causado a las y los niños por exposición a violencia familiar es un perjuicio directo al menor y en su Exposición de Motivos manifiesta que: " 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 exparejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el

secuencia de esta situación²³ es que la persona secuestradora ha cambiado, de manera que ahora es la madre²⁴ la que huye con sus hijos a otro estado diferente buscando refugio y amparo que la libre de esa situación de violencia²⁵.

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 art. 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos. Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación del art. 61, para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia". La Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101 de 28 de abril de 2015) señala en su art. 10.4 que "Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las víctimas de violencia de género, de violencia sexual, o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta ley". Estas medidas se dirigen a la protección de las víctimas y, en concreto el art. 19.3 indica que la Fiscalía velará por la adopción de las medidas de protección en los procesos penales de los menores de edad y la Ley 8/2021 de 4 de junio sobre de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia de todo tipo (BOE núm. 134 de 5 de junio de 2021), establece en sus arts. 26 a 29 las medidas de protección en el ámbito familiar y como consecuencia de las rupturas conyugales.

²³ Una visión general sobre el desarrollo que la normativa sobre la violencia de género y su repercusión en los menores que ha tenido lugar en nuestro Estado puede consultarse en RODRÍGUEZ CABEZAS, C., "Impacto de la violencia de género en los menores. Regulación legislativa y evolución jurisprudencial", en LARA AGUADO, A. (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas. Análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 857-876.

²⁴ REIG FABADO, I. "Violencia de género en la sustracción internacional de menores: ¿Regulación insuficiente, infrautilizada o ambas cosas?" en LARA AGUADO, A. (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas. Análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023. La autora, a tenor de las estadísticas obtenidas de la Conferencia de La Haya, nos pone de manifiesto que en 2015 el 73% de las sustractoras eran madres y se cuestiona sobre la situación en la que sólo es posible evitar en un 2% de los casos el retorno del menor, pp. 907-910.

²⁵ RODRÍGUEZ PINEAU, E. "Sustracción internacional de menores en casos de violencia familiar", en QUICIOS MOLINA, M.S / ÁLVAREZ MEDINA, S. (Dirs.), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia: un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2019, pp. 233-254.

De forma generalizada podemos comprobar como la actuación de la madre puede girar en torno a dos posiciones: por un lado es posible que denuncie a su presunto maltratador ante las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor solicitando medidas cautelares que la alejen del mismo, tanto a ella, como a su hijo o hijos o bien, por otro lado es muy posible que no efectúe esta denuncia o que habiéndola realizado, dude de la efectividad de las medidas que adopten dichas autoridades a tal fin y huya con su hijo a su país de origen al encontrarse en el mismo mucho más segura²⁶, toda vez que las costumbres, normas, lengua, familiares, amigos, allegados, etc. coadyuvan a esta sensación de protección²⁷. En el caso en que la madre se decante por la segunda de las posibilidades podría solicitar ante las autoridades del Estado al cual se ha trasladado la adopción de esas medidas cautelares para proteger a su hijo. Esta opción es factible a tenor

²⁶ Hemos de tener en cuenta que la Orden Europea de Protección (Directiva 2011/99/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, *DOUE* núm L 338 del 21 de diciembre de 2011) posibilita que si un Estado Miembro ha adoptado medidas de carácter penal en relación con una determinada persona, éstas se podrán mantener en otro Estado Miembro al que se desplace dicha persona. No sucede lo mismo en relación con las medidas de carácter civil y, en concreto con las que las autoridades de la residencia habitual del menor hayan adoptado en relación con su protección. BORGES BLÁZQUEZ, R. "El reconocimiento mutuo de las medidas de protección de víctimas de la Unión Europea: la transposición de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección al ordenamiento jurídico español", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 17, 2018, enero-junio, pp. 73-85.

²⁷ *Nuestro sistema es consciente de los peligros que corren los menores cuando hay o puede haber una situación de violencia doméstica, de tal manera que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm 132 de 2 de junio de 2021), modifica el art. 94 del CC y en su párrafo cuarto señala que: "No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial". De esta forma es posible que se adopten las medidas protectoras del menor, aún sin haberse iniciado un procedimiento penal por violencia doméstica siempre y cuando el juez aprecie la existencia de indicios en los que corre peligro la integridad física o psíquica del menor.*

del art. 15 del Reglamento Bruselas II ter, el cual contiene una competencia judicial internacional (a partir de ahora CJI) en este sentido formulada de manera autónoma y no como una disposición común a las reglas generales de CJI. Como sucede en este caso, existen situaciones en las que la urgencia, por estar en peligro el interés superior del menor, (especificidad señalada por el nuevo Reglamento, ya que el anterior se refería únicamente a persona), como consecuencia de una amenaza para su persona o sus bienes, exigen que un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro que no es competente, según el Reglamento Bruselas II ter, adopte medidas provisionales, incluidas las cautelares, que estén reguladas en su ordenamiento jurídico, basándose únicamente en la presencia del menor o de sus bienes en el territorio de dicho Estado Miembro. El nuevo Reglamento no indica que ha de entenderse por "urgencia", como tampoco lo hacía el anterior, con lo cual queda al arbitrio de las autoridades que adopten tales medidas. Este órgano que ha acordado las medidas, pero que no es competente, informará sin demora a los órganos jurisdiccionales que son competentes a la luz del Reglamento Bruselas II ter y dicha información la podrá realizar a través de las dos vías a las que ya nos hemos referido con anterioridad: 1^a) Directamente, de órgano jurisdiccional a órgano jurisdiccional, siempre que esta comunicación respete los derechos fundamentales de las partes en los procedimientos y el carácter confidencial de la información (art. 86) o bien, 2^a) Mediante autoridades centrales encargadas de la asistencia para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter (art. 76). En estos casos no gozará de eficacia la figura procesal de la litispendencia (art. 20), ya que la CJI es asumida por el tribunal del Estado Miembro en cuestión para evitar un peligro inminente en el que pueda incurrir el interés superior del menor a juicio del tribunal que adopta dicha medida. Precisamente esta premura en la adopción de medidas provisionales o cautelares dejará de tener efecto cuando el órgano jurisdiccional del Estado Miembro competente, según el Reglamento Bruselas II ter, asuma el conocimiento del fondo del asunto, adoptando al respecto las medidas adecuadas, de lo cual informará al órgano jurisdiccional del Estado Miembro que propició en un principio la puesta en marcha de las mismas. A estos efectos, resulta especialmente relevante que estas medidas cautelares también podrán ser objeto de adopción por el tribunal del Estado Miembro que esté conociendo sobre la demanda de restitución de un menor sustraído o retenido de manera ilícita para que su devolución goce de seguridad y ello porque estimamos que es el órgano que goza de mayor información sobre la situación de la que es objeto el menor, de manera que gozará de mejor criterio para adoptar las medidas cautelares que estime más adecuadas y eficaces para proteger su interés, como ya hemos indicado anteriormente, a tenor del art. 15 del Reglamento Bruselas II ter.

Nos encontramos así ante dos situaciones contradictorias difícilmente conciliables: por una parte, el procedimiento para acordar la restitución del menor tiene el carácter de urgente y ha de resolverse en el periodo máximo de seis semanas y, por otro, la mujer ha de probar en dicho procedimiento que en el Estado Miembro requirente está siendo víctima de violencia doméstica, lo cual conlleva un grave perjuicio para el menor si se acuerda su restitución²⁸. La prueba de esta circunstancia a menudo es larga y compleja²⁹, además de que la misma pertenece a un ámbito jurisdiccional distinto, cual es el marco penal, de manera que su introducción en el procedimiento decisorio sobre la restitución del menor puede alargarse en el tiempo bastante más de la duración total del mismo, teniendo en cuenta además que nuestro procedimiento de fuente interna para la restitución del menor, al que nos hemos referido en líneas atrás, no se pronuncia en ningún momento en relación a la normativa que sería de aplicación en el caso en que el traslado ilícito del menor se hubiera debido a la existencia de violencia doméstica, de ahí la incompatibilidad de estas dos situaciones³⁰. A mayor abundamiento estas alegaciones realizadas por la madre

²⁸ Sobre la posibilidad de invocar la violencia de género o doméstica como causa de no restitución del menor, *Vid.* ESLAVA RODRÍGUEZ, M. “Secuestro internacional de menores y violencia doméstica”, en CANO-MAÍLLO REY, P.V. (Dir.), *Los juicios rápidos. Orden de protección: análisis y balance*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 131-181. CUARTERO RUBIO, M.V., “La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores”, en MARTÍN LÓPEZ, M. T (Coord.), *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Civitas, Madrid, 2014, p. 88. MAESTRE CASAS, P. “Violencia doméstica y sustracción internacional de menores” ..., *op. cit.*, pp. 73 y 75.

²⁹ Pensemos en nuestro sistema en el caso de Ángela González Carreño, la cual interpuso 51 denuncias ante las autoridades españolas contra su maltratador, solicitando que no se cumpliera la medida acordada por el juzgado español que permitía a su maltratador y padre de su hija permanecer a solas con la misma. En una de esas visitas el padre mató a su hija y después se suicidó. La Sentencia del TS 1263/2018 de 17 de julio de 2018, (ECLI:ES:TS:2018:1263), reconoce la responsabilidad del estado español por la falta de protección proporcionada a la víctima, con base en el dictamen vinculante para España del CEDAW.

³⁰ De lo que se trata de evitar con este procedimiento rápido y urgente es la dilación en la resolución de la demanda de retorno del menor a través de razones que carecen de justificación al amparo del art. 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980. En este sentido *Vid.* GONZÁLEZ MARTÍN, N. “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2015, núm. 29, pp. 268-304.

sustractora, sobre la cual recae la carga de la prueba³¹ tienen el tratamiento de una excepción procesal³², de manera que la misma ha de ser resuelta por el tribunal que está conociendo del asunto antes de decidir sobre la restitución o no del menor. Asimismo, la parte que insta la restitución del menor puede probar ante el tribunal que está conociendo de la misma que las circunstancias que constituyen un grave peligro para el menor han desaparecido, o bien, que se ha dispuesto lo necesario para la protección del menor tras su restitución; es decir, que tal violencia doméstica nunca tuvo lugar o que ya no existe, o que el Estado Miembro de la residencia habitual del menor ha dispuesto los mecanismos necesarios para que el mismo esté libre de toda violencia; es decir, la carga de la prueba en este caso recae sobre la parte que alega la desaparición de la causa de peligro para el menor.

Con el establecimiento de todas estas garantías, el Reglamento Bruselas II ter persigue la rápida restitución del menor, de manera que obliga al tribunal que está conociendo de la misma a que decrete la restitución de forma imperativa (art. 27.3), si bien, antes de proceder a su estipulación dicho tribunal podrá, de manera facultativa, comunicarse con las autoridades jurisdiccionales competentes del Estado Miembro de la residencia habitual del menor antes de su traslado o bien, con de las autoridades centrales del mismo con la finalidad de que le informen de las medidas adoptadas para proteger al menor de toda violencia³³. Así, para obtener esta información el órgano jurisdiccional requirente podrá solicitar la asis-

³¹ La doctrina se ha manifestado a favor de invertir la carga de la prueba hacia el progenitor no sustractor, precisamente por la dificultad que para la madre conlleva la misma. Vid. SCHUZ, R. "The Hague Child Abduction Convention in a Changing World", en *International and National Perspectives on child and family law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Cambridge 2018, pp. 315-328.

³² Con las excepciones procesales el demandado pone de manifiesto al Juez la ausencia de presupuestos o la existencia de óbices procesales que impiden que el Tribunal pueda entrar a conocer del fondo del asunto. Estas alegaciones se dirigen a atacar la defectuosa conformación del proceso, sin que atiendan al fondo del asunto planteado por el actor. Estas excepciones se recogen en nuestro sistema en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³³ En nuestro sistema jurídico, el art. 778 quarter de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su apartado 8, establece la posibilidad de que el juez adopte durante todo el proceso las medidas cautelares oportunas y de aseguramiento del menor, así como también garantizar los derechos de estancia o visita de forma supervisada, siempre en interés del menor. Dichas medidas las puede establecer de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, siendo las medidas que se establecen en el art. 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el art. 158 del CC.

tencia de las Autoridades Centrales a través de la Red Judicial Europea en materia civil o mercantil, o de la Red de Jueces de La Haya (Considerando 45)³⁴. Ello supone una manifestación del principio de confianza mutua, en tanto en cuanto el órgano jurisdiccional del Estado Miembro que está conociendo de la demanda de retorno podrá asegurarse que las medidas provisionales adoptadas en relación con el menor serán provisionalmente ejecutadas en el Estado Miembro al cual va a ser devuelto³⁵. Sin embargo, de esta comunicación entre autoridades el tribunal que está conociendo de la restitución puede que considere que las medidas de protección del menor que el estado requirente ha adoptado no gocen de una eficacia real dirigida a este fin. Ante esta situación hemos de preguntarnos si el juez concedor del retorno podrá negarse a la restitución del menor³⁶, ya que, sobre la base de los números 3 y 4 del art. 27 del Reglamento Bruselas II ter se podría deducir que la prueba de que se ha dispuesto lo necesario para proceder a su protección en el Estado Miembro del cual ha sido sustraído ha de tener una entidad suficiente como para convencer sin ningún tipo de duda al juez que está conociendo de la restitución³⁷. Estimamos, no obstante que, aún dándose estas circunstancias, estaríamos ante la misma situación en cuanto

³⁴ Red Internacional de Jueces de La Haya (RIJH) <www.hcch.net> y Red Judicial Europea en materia Civil y Mercantil <[http:// e-justice.europa.eu](http://e-justice.europa.eu)>.

³⁵ A tal efecto el certificado incluido en el Anexo IV del Reglamento Bruselas II ter reza del siguiente modo: Certificado relativo a las resoluciones que ordenan la restitución de un menor a otro Estado Miembro de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 y las medidas provisionales, incluidas las cautelares, adoptadas de conformidad con el artículo 27 apartado 5 del Reglamento, que las acompañen.

³⁶ Un estudio de numerosos supuestos de Derecho comparado en los que, en ocasiones se deniega el retorno del menor y, en otras, se acuerda el retorno del mismo por parte del mismo existiendo un grave riesgo para el mismo puede verse en SOTO MOYA, M. "Fundido a negro tras el retorno de menores sustraídos por sus madres víctimas de violencia de género a sus países de residencia originaria", en LARA AGUADO, A. (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas. Análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pp. 878-901

³⁷ En este sentido SOTO MOYA, M, "Fundido a negro tras el retorno de menores sustraídos por sus madres víctimas de violencia de género a sus países de residencia originaria", *op. cit.*, pp. 888-889, considera que es imprescindible realizar un estudio del caso concreto, ya que no basta una invocación genérica, sino que habrá que concretar las medidas que se han adoptado. Los tribunales que estén conociendo de la restitución han de tener en cuenta la disponibilidad, idoneidad y efectividad de las medidas necesarias para proteger al menor del grave riesgo del Estado donde vaya a ser retornado. Sobre todo es fundamental el establecimiento de un seguimiento por parte de las autoridades judiciales del Estado al cual ha

a la diferencia temporal de ambas actuaciones procesales: resolución sobre la restitución del menor y obtención, aportación y valoración de la prueba sobre violencia doméstica. ¿Cómo podría tener lugar la coordinación de ambas actuaciones? Si analizamos el *iter* en nuestro ordenamiento jurídico observamos que en primer lugar ha de pronunciarse la jurisdicción penal, adoptando generalmente medidas cautelares de protección de carácter civil en relación con el menor y, en segundo término lo ha de hacer la jurisdicción civil, de forma que nos podríamos cuestionar si se podría seguir esta misma línea de actuación en el ámbito del pronunciamiento sobre si procede o no la restitución del menor.

Un paso más en el análisis de este escenario nos conduce a la paradoja que el mismo conlleva y es a la excepcionalidad de la aplicación de los motivos consagrados en el art. 13.1 b) del CHI1980³⁸ cuando el Reglamento permite la discrecionalidad del juez, el cual, aun habiendo sido probada la violencia doméstica sufrida por la mujer, puede dictar una resolución de restitución del menor³⁹.

A mayor abundamiento y, como ya hemos señalado anteriormente, el interés superior del menor que ha sido sustraído, como consecuencia del padecimiento de violencia doméstica, ha variado sustancialmente, ya no se trata de que éste regrese al lugar de su residencia habitual cuanto antes, sino de dotarlo de protección para liberarlo de todo tipo de violencia.

De esta forma, estimamos que el juez que está conociendo del retorno se podría oponer al mismo si el cese de esa situación de violencia no ha quedado suficientemente acreditado. En caso contrario podríamos continuar con la dinámica que desgraciadamente la realidad nos muestra, cual es la condena en vía penal y civil de la madre sustractora por las autoridades del Estado Miembro al cual se ordena el retorno del menor, la cual, además de verse privada de su libertad observa con impotencia como es

sido trasladado el menor, en relación con la efectividad de las medidas de protección adoptadas por el Estado Miembro al cual se ordena el retorno del menor.

³⁸ 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, <[http:// https://assets.hcch.net/docs/13a63e16-fdf4-488b-9368-123c96cdf67.pdf](http://assets.hcch.net/docs/13a63e16-fdf4-488b-9368-123c96cdf67.pdf)>.

³⁹ RUIZ SUTIL C., “El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista”, en GARCÍA GARNICA, M. C., MARCHAL ESCALONA, N. (Dirs.), QUESADA PÁEZ, A. y MORENO CORDERO, G. (Coords.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 581-605.

alejada de sus hijos al restringirle e incluso privarle de la custodia legal de los mismos. Atendiendo a estas consideraciones tenemos conocimiento de situaciones en las que el retorno del menor propició el asesinato de la madre por su pareja en presencia del mismo y también del asesinato del propio menor por el padre⁴⁰.

Esta situación se agrava si tenemos en cuenta que el Reglamento Bruselas II ter sigue manteniendo el "mecanismo de prevalencia", de manera que si en el Estado Miembro del cual ha sido trasladado el menor existe un proceso pendiente sobre la custodia del mismo y dicho proceso culmina con una resolución que supone el retorno del menor a ese Estado Miembro, esta decisión tendrá preferencia sobre la resolución de no retorno dictada por el tribunal del Estado Miembro al cual ha sido traslado el menor, la cual será ejecutable en dicho Estado Miembro sin que sea necesaria una declaración de fuerza ejecutiva. No obstante, esta rígida situación, el Reglamento Bruselas II ter suaviza los términos tajantes del Reglamento Bruselas II bis, en su art. 56 párrafos 4 y 6, señalando a tal efecto que se podrá suspender la ejecución con carácter excepcional si la misma conlleva un grave riesgo de carácter psíquico o físico al menor por un cambio significativo de circunstancias, una vez oído el menor, de manera que el automatismo de la ejecución quiebra en cierto sentido. Por otra parte, no podemos perder de vista que la adopción las medidas de protección recaen únicamente sobre el menor y no sobre la madre víctima de violencia doméstica a no ser que las unas acompañen a las otras y que, como consecuencia de la violencia padecida por la madre, el tribunal del lugar al cual ha sido trasladado el menor, dicte medidas de protección que incluya a ambos en el ejercicio de la responsabilidad parental, atribuida como consecuencia de la adopción de estas medidas con exclusividad a la madre sustractora⁴¹.

5. MECANISMOS INSTITUIDOS POR REGLAMENTO BRUSELAS II TER PARA PROCEDER AL RETORNO SEGURO DEL MENOR

Muchas eran las esperanzas que se habían puesto en que esta situación; es decir, que cuando la sustracción del menor tuviera su causa en

⁴⁰ El primer caso nos lo muestra la Sentencia de *la Family Court of Australia* 2007 FamCA 1703 y el segundo en la Sentencia del Tribunal Superior de Quebec de 16 de abril de 2010 *QCC1573*

⁴¹ REIG FABADO, I. "Violencia de género en la sustracción internacional de menores...", *op. cit.*, p. 929

la concurrencia de violencia doméstica, obtuviera una respuesta eficaz y valiente con la reforma que se iba a operar por este nuevo Reglamento⁴²; sin embargo, el mismo continúa la misma línea y deja sin visualizar la violencia doméstica⁴³, cuando la misma constituye una de las mayores lacras en nuestros días⁴⁴ y supone un porcentaje muy elevado de las sustracciones internacionales de menores que se llevan a cabo⁴⁵. Se ha perdido una oportunidad única⁴⁶ para contemplar y dar una solución adecuada a esta

⁴² RODRÍGUEZ PINAU, E., "La oposición al retorno del menor secuestrado: Movimiento en Bruselas y La Haya". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, num 35, 2018, p. 26.

⁴³ La doctrina ya había abogado porque esta causa se estableciera como justificativa del no retorno del menor, *Vid.* REQUEJO ISIDRO, M. "Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Vol. 6, 2006, p. 194.

⁴⁴ RUIZ SUTIL, C. "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10, Núm.2, pp. 615-641. La autora aboga porque los preceptos consignados en el Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en los que se consideran como víctimas de violencia doméstica tanto a las madres como a los hijos que la padecen, sean incorporados al Reglamento como base para la denegación de la restitución del menor. Máxime cuando la Unión Europea ha firmado dicho convenio, aunque todavía no lo ha ratificado, ya que existen Estados que no están conformes con el mismo. En este sentido de la tendencia de la apertura de la Unión Europea a las relaciones con terceros Estados se basa el estudio realizado por CAMPUZANO DÍAZ, B., "El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, Vol. 12, Núm. 1, pp. 97-117

⁴⁵ No contamos con un informe específico sobre los casos en los que la oposición a la restitución se ha efectuado sobre la base de la violencia doméstica. Sin embargo LOWE, N y STEPHENS, V. "Part I-A stactical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 october 1980 on the civil aspects of International Child abduction Global Repor", *The Seventh Meeting of the Special Commision on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection*, octubre de 2017, HCCH, p. 3. Nos indican que en el año 2015, el 73% de los sustractores eran las madres de las que el 93% eran custodios.

⁴⁶ En contra de esta apreciación manteniendo que el nuevo Reglamento posibilita una flexibilización en cuanto a la determinación de lo que ha de entenderse por interés superior del menor, *Vid.* SALES PALLARÉS, L y MARULLO, C. "Una tri-

realidad⁴⁷. Esta situación nos conduce a que ante estas circunstancias abogamos por una cooperación de autoridades de los Estados Miembros mucho más estrecha, fluida y rápida si cabe, aún cuando se refiera a distintos ámbitos jurisdiccionales⁴⁸. El art. 13.1 b) del CH1980 sostiene que el tribunal que está conociendo de la restitución del menor puede obtener la información de que la situación de riesgo para el menor ya no existe en el Estado Miembro de origen por cualquier otro medio que no sean las alegaciones de la parte que la solicita, de ahí que consideremos tan relevante en este ámbito la cooperación de autoridades⁴⁹.

Precisamente el Reglamento Bruselas II ter utiliza este medio como mecanismo fundamental para acabar con los traslados ilícitos de menores que tienen causa en la violencia doméstica; es decir, este instrumento normativo no se ha decantado directamente por considerar el padecimiento de violencia doméstica como causa de no restitución del menor al Estado Miembro de su residencia habitual; sin embargo, si podemos afirmar que,

logía inacabada: menores, violencia de género y secuestro internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2019-2020, pp. 178-179.

⁴⁷ A esta conclusión llega RUIZ SUTIL, C. "El enfoque de género en la sustracción internacional de menores", en GIL RUÍZ J.M. (ed.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordinatorio*, op. cit. pp. 247-278.

⁴⁸ Sobre la cooperación de autoridades en el Reglamento Bruselas II ter, Vid. ADAM MUÑOZ, MD. "La cooperación internacional de autoridades como mecanismo para la consecución del interés superior del menor", en CAMPUZANO DÍAZ, B ((dir) *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*. Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona 2022, pp. 283-310

⁴⁹ Los aspectos sobre los que el tribunal que está conociendo del retorno podríanser objeto de información mediante la cooperación con las autoridades del Estado Miembro del cual el menor ha sido sustraído, según expone RUIZ SUTIL, C., "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis...", op. cit., p. 628, siguiendo la Guía de Buenas Prácticas podríanser, por ejemplo, la información de acciones judiciales pendientes contra el padre; informes policiales; registros de consulados o embajadas; informes de refugios (casa de acogida) para víctimas de violencia doméstica y certificados médicos relativos a incidentes de violencia; establecimiento de comunicaciones judiciales directas para verificar, por ejemplo, si un tribunal extranjero constató la existencia de esta violencia, si se dictaron órdenes de protección o si hubo acciones judiciales como consecuencia de la constatación de dichas conductas delictivas. Asimismo, podrán acompañarse al proceso los correos electrónicos o cualquier otro tipo de mensajería (whatsapp, mensajes de texto al móvil, redes sociales...) donde se constaten amenazas o el maltrato psicológico hacia la víctima). En el mismo sentido, RODRÍGUEZ PINEAU, E., "La oposición al retorno del menor secuestrado...", op. cit., pp. 9 y ss.

de una manera un tanto tímida, lo ha hecho de forma indirecta al propiciar que la autoridad que está conociendo de la restitución y acuerda la misma, pueda establecer una serie de medidas provisionales o cautelares con la finalidad de proteger al menor del sufrimiento de violencia doméstica si regresa al Estado Miembro de su residencia habitual, pero siempre dejando muy claro que la adopción de las mismas no puede retrasar indebidamente el proceso de restitución (art. 27.4). Es lo que se ha denominado "restitución segura"⁵⁰. Esta resolución podrá ser provisionalmente ejecutiva, aunque quepa ulterior recurso (art. 27.6), si bien la ejecución de la resolución se podrá pedir a las autoridades del Estado Miembro requerido (art. 28). No obstante el establecimiento de estas garantías, el Reglamento Bruselas II ter no especifica a qué medidas cautelares se refiere, ni cuáles son las más adecuadas, ni las personas afectadas por las mismas, únicamente nos remite a su art. 15 (art. 27.5), el cual en su párrafo 1º señala que las mismas serán las establecidas en el derecho interno del Estado Miembro que las adopta⁵¹, si bien en el párrafo 4º indica que las mismas dejarán de aplicarse cuando el Estado Miembro competente; es decir, el de la residencia habitual del menor inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos adopte las medidas que considere apropiadas⁵². En relación con la

⁵⁰ REIG FABADO, I. "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea...", *op. cit.*, p. 616

⁵¹ A título de ejemplo el Reglamento Bruselas II ter se refiere en su Considerando 46 *in fine* a las medidas que el Estado Miembro al cual ha sido traslado o retenido el menor puede acordar para propiciar, en el caso de que la solicitud del retorno fuera favorable, una restitución segura del menor. A tal efecto indica que: "Dichas medidas provisionales o cautelares podrían incluir, por ejemplo, la decisión de que el menor siga residiendo con la persona que asume su cuidado efectivo o la determinación del modo en que deben tener lugar los contactos con el menor tras la restitución hasta que el órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor haya dictado las medidas que considere apropiadas. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de cualquier medida o resolución que el órgano jurisdiccional del Estado Miembro de residencia habitual del menor pueda dictar tras su restitución".

⁵² Un sector de la doctrina propone la implementación de las medidas urgentes de protección de menores contenidas en el Convenio de La Haya de de 1996 sobre competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, *Vid.* REIG FABADO, I. "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno *vs.* violencia familiar o doméstica", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10. Núm. 1, p. 616. MORENO CORDERO, G., "Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor", en GARCÍA GARNICA, M. C., MARCHAL ESCALONA, N. (Dir.), QUESADA PÁEZ, A. y MORENO CORDERO,

adopción de estas medidas, su reconocimiento por parte de los demás Estados Miembros y la perduración de las mismas en el tiempo hasta que las autoridades competentes; es decir, las de la residencia habitual del menor antes de su traslado o retención ilícitos, adopten las medidas que consideren pertinentes⁵³, el Reglamento Bruselas II ter otorga una importancia primordial a la cooperación de autoridades⁵⁴. De todas estas actuaciones las autoridades de los Estados Miembros implicados estarán informadas, bien directamente o a través de sus autoridades centrales.

Con respecto a esta situación, hemos de poner de relieve que no todos los Estados Miembros de la Unión Europea gozan de un sistema sobre prevención, persecución y erradicación de la violencia doméstica seguro, eficaz y garantista, incluso no consideran a los y las menores como víctimas de la misma. Esta discrepancia puede llevarnos a la situación en la cual un Estado Miembro que está conociendo de una demanda de restitución del

G. (Coords.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, ob. cit. , p. 128.

⁵³ En nuestro Derecho el art. 544 ter núm. 7 en su apartado tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que: " Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado I de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial". En concreto, en Andalucía puede consultarse TOLEDO LARREA, J.A. "Problemática del derecho de visita de los/as menores acogidos con sus madres extranjeras en los recursos integrales de atención y acogida de la Junta de Andalucía", en LARA AGUADO, A. (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas. Análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, ob. cit., pp. 1443-1570.

⁵⁴ Así, el considerando 46 del Reglamento Bruselas II ter hace un especial hincapié en esta cuestión y establece que: "... En caso necesario, el órgano jurisdiccional al que se someta el procedimiento de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 debe consultar con el órgano jurisdiccional o las autoridades competentes del Estado Miembro de residencia habitual del menor, con la ayuda de las autoridades centrales o de jueces que formen parte de redes, en particular de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil y de la Red Internacional de Jueces de La Haya. Tales medidas deben ser reconocidas y ejecutadas en todos los demás Estados Miembros, incluidos los Estados Miembros que sean competentes en virtud del presente Reglamento, hasta que un órgano jurisdiccional de uno de esos Estados Miembros haya adoptado las medidas que considere apropiadas...".

menor con un sistema contra la violencia doméstica más avanzado que el de el Estado Miembro al cual se va a efectuar la entrega del menor, adopte unas medidas cautelares más acordes con la salvaguarda de los derechos de la mujer y del menor y más efectivas que las instauradas en el Estado Miembro de restitución del mismo. En este caso el Reglamento Bruselas II ter no prevé la posibilidad de que la autoridad del Estado Miembro que está conociendo de dicha demanda se oponga a la restitución del menor. A nuestro juicio y, con base en esa "restitución segura", estaría justificada la resolución denegatoria de la restitución.

Así, si la resolución es denegatoria y se basa en el art. 13.1 b) del CH1980 el órgano que la dictó expedirá de oficio un certificado consignado en el Anexo I⁵⁵ (en España será competente para conocer y expedir el certificado el Juzgado de 1ª Instancia de la capital de provincia). A partir de ahora, la cooperación de autoridades será entre el órgano que expidió el certificado y aquel del Estado Miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de ser desplazado y que esté conociendo, o que vaya a conocer en los próximos tres meses, en un procedimiento sobre el fondo de la custodia. Para facilitar la labor de este segundo órgano judicial y que su decisión sobre la custodia y guarda del menor redunde en su beneficio, una vez que es conocedor de los avatares que han sucedido en la vida del menor, el órgano jurisdiccional que dictó la resolución de denegación del retorno, si tiene conocimiento de que este procedimiento sobre el fondo de la custodia se está llevando a cabo en el momento en el que dictó la no restitución del menor, remitirá una copia de dicha resolución, el certificado, un resumen de la vista y cualquier otro documento que estime pertinente. La importancia de la colaboración entre las autoridades de estos dos Estados Miembros es fundamental, ya que la resolución sobre el fondo de la custodia será ejecutable de manera imperativa en el Estado Miembro que dictó la resolución denegatoria de restitución (art. 29.6), con lo cual puede suceder que la misma quede sin efecto y el retorno del menor sea inminente. Así, el Reglamento Bruselas II ter sigue manteniendo el mecanismo de prevalencia al permitir que se pueda revocar un pronunciamiento inicial de un tribunal de un Estado Miembro que estipula el no retorno del menor como consecuencia de una resolución dictada por el tribunal del Estado Miembro en el cual el menor tenía su residencia habitual antes

⁵⁵ Anexo I del Reglamento Bruselas II ter: Certificado que debe expedir el órgano jurisdiccional que dicta una resolución de denegación de restitución de un menor a otro Estado Miembro basada únicamente en el artículo 13 párrafo primero, letra b), o el artículo 13 párrafo segundo, o ambos del Convenio de La Haya de 1980.

de ser trasladado que decreta la devolución⁵⁶, sin que el interés superior del menor quede garantizado si bien, como ya hemos señalado en líneas anteriores, de una forma un tanto más suavizada respecto a su antecesor.

6. POSIBLES MECANISMOS A ADOPTAR POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA PARA DAR SOLUCIÓN AL TRASLADO ILÍCITO DE MENORES CUANDO EL MISMO TIENE SU CAUSA EN LA VIOLENCIA DOMÉSTICA SUFRIDA POR LA SUSTRACTORA.

Ya hemos tenido ocasión de comprobar como el Reglamento Bruselas II ter no se ocupa de una forma directa de esta circunstancia al abordar el proceso de retorno del menor al Estado Miembro del que ha sido sustraído, aún cuando la realidad nos pone de relieve que cada vez es más necesario su abordaje debido al aumento de traslados ilícitos de menores cuando la sustractora es la madre y sufre violencia doméstica⁵⁷ y, a pesar de que el principio de la integración de la perspectiva de género en la actividad judicial y normativa constituye una obligación imperante los ámbitos nacional, europeo e internacional⁵⁸. Ante esta situación la doctrina ha propuesto diferentes actuaciones:

- 1^a) Se aboga por fomentar las comunicaciones directas entre autoridades y los mecanismos de valoración de concurrencia de la violencia de género en los supuestos de sustracción internacional de menores, de manera que se favorezca la utilización por los jueces de las herramientas propuestas para la evaluación de los riesgos y daños, adoptando formularios que

⁵⁶ Respecto a esta cuestión vid. GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, Vol. 14, Num. 1, pp. 304-311.

⁵⁷ Sobre este particular se pronuncia la Guía de Buenas Prácticas sobre el art. 13.1 b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, indicando cuando se puede utilizar la excepción de no retorno por causa de violencia de género. Publicada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el año 2020, disponible en <<http://www.hcch.net/es/publicaciones-andstudies/publications2/guides-to-good-practice>>.

⁵⁸ Esta perspectiva nos la pone de relieve en numerosos ámbitos RUIZ SÚTIL, C. "Diferentes formas de violencia de género contra las extranjeras y su descendencia: un nuevo marco jurídico de la extranjería y de la protección internacional", en LARA AGUADO, A. (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas. Análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, op. cit. , pp. 935-979.

propicien, no solo la audiencia del menor, sino también la de la víctima. Incluso se podrían llegar a establecer tribunales especializados para conocer de los supuestos en aplicación del Convenio de La Haya de 1980⁵⁹.

- 2^a) Fomentar y favorecer en estos supuestos la mediación entre las partes, tal y como establece el art. 25 del Reglamento Bruselas II ter⁶⁰.
- 3^a) La inversión del principio de restitución a la no restitución a fin de evitar los riesgos que se derivan para los menores y para las madres en estos casos de violencia, al menos, salvo prueba en contrario⁶¹.
- 4^a) Favorecer la transferencia de competencia, de manera que las autoridades de la residencia habitual del menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitas declinen su competencia a favor de las autoridades del Estado Miembro al que ha sido traslado el menor, teniendo en cuenta la vulnerabilidad de las víctimas para afrontar un regreso a un Estado Miembro donde se encuentra el presunto agresor⁶², a pesar de

⁵⁹ REIG FABADO, I. "Violencia de género en la sustracción internacional de menores...", *op. cit.*, pp. 929-930

⁶⁰ DIAGO DIAGO, P., "Artículo 25. Formas alternativas de resolución de conflictos", en PALAO MORENO, G (Dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 283-296.

⁶¹ SANTOS i ARNAU, L. *Impacto de la sustracción internacional de menores sobre las familias*, 2019, p.39, https://saludyfamilia.es/sites/default/files/INFORME%20%20Impacto%20sustraccion%20menores%20en%20familias_0.pdf.

⁶² Vid. RUIZ SUTIL, C., "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción ...", *op. cit.*, p. 632., siguiendo a WEINER, M.H., "International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence", *Fordham Law Review*, 2000, vol. 69, pp. 593-706, disponible <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss2/6/>>. La autora nos muestra una solución que ha sido objeto de cuestión prejudicial interpuesta por el Landesgericht Korneuburg (Austria) el 9 de febrero de 2022 ante el TJUE por la que realiza la siguiente cuestión: "¿Debe interpretarse el artículo 15 del Reglamento (CE) num. 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) num. 1347/2000, en el sentido de que, cuando un Estado

que esta posibilidad queda expresamente prohibida en el considerando 27 del Reglamento Bruselas II ter.

5^a) Reforzar la cooperación de autoridades de los Estados Miembros de manera que la misma sea mucho más estrecha, fluida y rápida si cabe, aún cuando se refiera a distintos ámbitos jurisdiccionales. El art. 13.1 b) del CH1980 sostiene que el tribunal que está conociendo de la restitución del menor puede obtener la información de que la situación de riesgo para el menor ya no existe en el Estado Miembro de origen por cualquier otro medio que no sean las alegaciones de la parte que la solicita, de ahí que consideremos tan relevante en este ámbito la cooperación de autoridades⁶³.

Desde nuestra perspectiva y, teniendo muy en cuenta que el interés superior del menor a tenor del Reglamento II ter consiste en la restitución segura del mismo y no la de la madre, aunque en numerosas ocasiones la una dependa de la otra, hemos de significar que este texto normativo

miembro competente para conocer del fondo del asunto, al considerar que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, solicita a este otro Estado miembro que ejerza su competencia, esta solicitud es lícita aun en el caso de que este segundo Estado miembro sea donde el menor tiene su residencia habitual tras haber sido trasladado allí ilícitamente?", DOUE num. 213, de 30 de mayo de 2022.

⁶³ Como hemos indicado anteriormente, los aspectos sobre los que el tribunal que está conociendo del retorno podrían ser objeto de información mediante la cooperación con las autoridades del Estado Miembro del cual el menor ha sido sustraído, según expone RUIZ SUTIL, C., "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis...", op. cit., p. 628, siguiendo la Guía de Buenas Prácticas podrían ser, por ejemplo, la información de acciones judiciales pendientes contra el padre; informes policiales; registros de consulados o embajadas; informes de refugios (casa de acogida) para víctimas de violencia doméstica y certificados médicos relativos a incidentes de violencia; establecimiento de comunicaciones judiciales directas para verificar, por ejemplo, si un tribunal extranjero constató la existencia de esta violencia, si se dictaron órdenes de protección o si hubo acciones judiciales como consecuencia de la constatación de dichas conductas delictivas. Asimismo, podrán acompañarse al proceso los correos electrónicos o cualquier otro tipo de mensajería (whatsApp, mensajes de texto al móvil, redes sociales...) donde se constaten amenazas o el maltrato psicológico hacia la víctima). En el mismo sentido, RODRIGUEZ PINEAU, E., "La oposición al retorno del menor secuestrado...", op. cit., pp. 9 y ss.

podría contemplar de forma directa la situación de violencia doméstica, cuando el menor también sea víctima de la misma, como causa de denegación de restitución del menor. Por otra parte dicha restitución no tiene por qué efectuarse confiando la seguridad del menor a una persona en concreto, en este caso al progenitor que reclama la restitución y que puede ser el presunto maltratador, sino que la misma puede tener lugar bajo la tutela de un organismo público de protección de menores o de de un órgano judicial.

En esta línea, hemos de insistir en que lo que el Reglamento Bruselas II ter pretende es la consecución del interés superior del menor, concretado en el caso de su sustracción ilícita, en una restitución segura del mismo. Esta podría tener lugar en los casos de violencia doméstica analizando, en primer lugar, si la misma ha tenido lugar en el Estado Miembro de la residencia habitual del menor, mediante una audiencia previa contradictoria que permita a las partes poner de relieve la situación de la que están siendo objeto (madre supuestamente maltratada y padre presuntamente maltratador) para que a la luz de estas alegaciones el tribunal que está conociendo de la restitución del menor estime en cada caso concreto si la misma se dirige a la consecución del interés superior del menor⁶⁴, teniendo siempre muy presente la opinión del menor y su derecho a ser oído en todas las decisiones que le afecten, siempre que el mismo goce de la madurez y el entendimiento suficientes.

Asimismo, consideramos que el Reglamento Bruselas II ter debería de haber contemplado la situación de violencia doméstica como una causa específica de denegación de retorno del menor al Estado Miembro de su residencia habitual del que ha sido sustraído, toda vez que dicho menor también puede ser víctima de dicha violencia de forma directa o indirecta. Una vez que los juzgados del Estado Miembro del cual ha sido trasladado el menor se pronuncien acerca de la existencia o no de dicha violencia, el tribunal del Estado Miembro al cual sido trasladado el menor procederá a pronunciarse sobre su retorno o no. Si en el ámbito de la Unión Europea no se concibe la violencia doméstica como causa para decretar el no

⁶⁴ El art. 31 del Convenio de Estambul de 2011 referido a la " Custodia, derecho de visita y seguridad" señala que: " 1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio. 2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños".

retorno del menor, se están obviando las obligaciones internacionales que exigen tener en cuenta principio de la integración de la perspectiva de género en la actividad judicial y normativa, pero no ya solo en lo que respecta a la protección de la mujer, sino en lo que se refiere a la perspectiva de la posición de la mujer desde su condición de madre, la cual toma la decisión de huir con su hijo y no en solitario para escapar de dicha violencia a sabiendas de que su propio hijo también la padece.