

LA OPOSICIÓN AL RETORNO DEL MENOR SECUESTRADO: MOVIMIENTOS EN BRUSELAS Y LA HAYA

OPPOSING THE RETURN OF AN ABDUCTED CHILD: BRUSSELS AND THE HAGUE ON THE MOVE

Elena Rodríguez Pineau*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PUESTA AL DÍA DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980: LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 13. III. LA REFUNDICIÓN DEL REGLAMENTO 2201/2003, BRUSELAS II *BIS*. IV. VALORACIÓN DE LAS PROPUESTAS Y DE SU POSIBLE INTERACCIÓN. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: A pesar de su indudable éxito como norma de cooperación entre Estados, es creciente el cuestionamiento de la adecuación de las respuestas del Convenio de La Haya de 1980 a la situación actual, en particular en situaciones de violencia familiar. De igual modo, las reglas de la Unión Europea en materia de sustracción de menores han recibido importantes críticas. En este contexto tanto la Conferencia de La Haya como la Unión Europea han emprendido una revisión de estas soluciones, en el primer caso mediante la propuesta de una Guía de aplicación del art. 13(1)(b), al considerar que no procede reformar el texto sino asegurar su correcta aplicación; en el segundo, con una propuesta de modificación importante del Reglamento Bruselas II *bis* en lo relativo a la sustracción. Ambos textos intentan asegurar el retorno del menor a partir de la adopción de medidas de protección. El trabajo analiza las soluciones de ambas propuestas a la luz de los fines que persiguen para valorar su alcance y posible impacto recíproco.

ABSTRACT: The adequacy of the solutions foreseen in the otherwise successful Hague Convention 1980 on child abduction has been increasingly questioned. This has been particularly so in relation to abductions linked to domestic violence. Criticisms have also been relevant in relation to the EU rules on child abduction. In this context, both the Hague Conference and the European Union have undertaken a revision of these rules. The former has put forward a Draft Guide to good practice on Article 13(1)(b) on the assumption that there is no need to review the rule but to foster its proper application. The proposal for a Brussels II Regulation Recast EU, on the other hand, includes a thorough reform of the Regulation in relation to child abduction. Both texts aim at securing the return of the child by means of the adoption of protective measures. This article addresses the solutions proposed in both documents in the light of the aims they pursue in order to evaluate their significance and the reciprocal impact they may have.

Fecha de recepción del original: 23 de abril de 2018. Fecha de aceptación de la versión final: 1 de junio de 2018.

* Profesora titular de Derecho internacional privado en la Universidad Autónoma de Madrid. Email: elena.rodriguez@uam.es. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación *La evolución de las instituciones jurídicas de protección de menores*, DER2015-69261 (MINECO-FEDER).

PALABRAS CLAVE: sustracción internacional, oposición al retorno, artículo 13(1)(b) Convenio de La Haya, propuestas legislativas e interpretativas

KEYWORDS: *international child abduction, opposing return, Article 13(1)(b) Hague Convention, recast and guide proposals*

I. INTRODUCCIÓN

La sustracción internacional de menores es un problema de permanente actualidad. Lejos de disminuir las sustracciones, se verifica un número sostenido de traslados y/o retenciones cuya resolución exige respuestas transfronterizas cada vez más amplias puesto que se incrementa el número de países involucrados en estas situaciones.¹ Pero además estamos asistiendo a un proceso de revisión de las dos normas que con más frecuencia se utilizan para resolver estos casos: por un lado, el Convenio de La Haya de 1980 ha sido objeto de severas críticas en los últimos tiempos, en particular por no valorar adecuadamente el interés superior del menor en los casos individuales, al poner el foco en la restitución del menor al Estado de su residencia habitual. La aparente falta de consideración de los derechos del menor, en tanto titular de derechos subjetivos propios reconocidos en la Convención de los derechos del niño de 1989 (CDN) de Naciones Unidas o en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), exigiría una lectura de las normas del Convenio de La Haya que se ajustara a estas exigencias. En particular, el art. 3 CDN establece el principio del interés superior del menor como parámetro fundamental de la respuesta jurídica que se dé a las situaciones que afectan a los/las menores.² Este cuestionamiento se ha visto reforzado por la intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ha encontrado eco en autorizada doctrina.³

La Conferencia de La Haya ha sostenido que no es preciso revisar el Convenio, sino que bastaría con una mejor aplicación de sus reglas puesto que la norma permite alcanzar los resultados que persigue si se aplica debidamente. Es por ello que, en lugar de la reforma exigida, la séptima reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio ha presentado una propuesta de Guía de buenas prácticas en la aplicación del artículo 13(1)(b) cuya finalidad es promover la coherencia en la aplicación e interpretación del

¹ Así, en el último estudio de la Conferencia de La Haya, Preliminary Document I: “A statistical análisis of applications made in 2015 under the Hague convention 1980 on the civil aspects of International child abduction –Global Report”, elaborado por los profesores N. Lowe y V. Stephens elaborado para la séptima reunión de la Comisión especial, se recoge un incremento del 3% de las peticiones de retorno respecto de los últimos datos de 2008 (§9).

² A efectos de la interpretación del interés superior del menor puede verse la Observación general No 14 de Naciones Unidas (2013) http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=CRC/C/GC/14 (consultado, al igual que el resto de referencias recogidas en este trabajo, el 20 de abril de 2018)

³ MCELEAVY, P., “The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?”, *Netherlands International Law Review*, 2015, vol. 62, pp. 365–405; SCHUZ, R., *The Hague Child Abduction Convention (A Critical Analysis)*, Hart, 2013.

citado artículo a la luz del propio Convenio y otros documentos relativos a éste elaborados en el marco de la Conferencia de La Haya.⁴

Por otro lado, el Reglamento 2201/2003, Bruselas II *bis* (RBI**is**) también está siendo objeto de una revisión en profundidad con vistas a su refundición.⁵ La aplicación del Reglamento entre Estados miembros, entre los que se presume una cooperación más estrecha que resulta de la confianza mutua, ha permitido reforzar mecanismos de colaboración entre autoridades centrales o suprimir el *exequatur* en determinados supuestos (para ciertas resoluciones en materia de retorno de menores o derecho de visita). De igual modo, la interpretación de estas normas por el Tribunal de Justicia ha facilitado una aplicación uniforme de sus reglas. Sin embargo, los beneficios del Reglamento en casos de retorno de menores sustraídos/as no han sido tan evidentes. El RBI**is** introdujo una serie de normas para ‘mejorar’ las normas del Convenio para los supuestos de sustracción de menores dentro de la Unión, incluyendo dentro del marco del Reglamento la obligación de restituir al menor cuando se han adoptado medidas para protegerlo –a pesar de que se haya valorado la existencia de un riesgo conforme al art. 13(1)(b) del Convenio (art. 11.4 RBI**is**)- y un mecanismo de revisión de la decisión del Estado requerido de no devolver al menor por parte de las autoridades del Estado miembro de origen. Este mecanismo de ‘última palabra’ (apartados 6 a 8 del art. 11 RBI**is**) ha sido muy cuestionado no sólo por cómo afecta al funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980, sino porque la propia necesidad y efectividad de las normas adoptadas no ha resultado suficientemente probada.⁶ Más aún, la compatibilidad de estas normas y del principio de reconocimiento mutuo con derechos fundamentales, en particular con los arts. 6 y 8 CEDH, ha sido objeto de revisión ante el TEDH.⁷

No es de extrañar, pues, que la propuesta de refundición del Reglamento aborde con profundidad el tratamiento de la sustracción intracomunitaria de menores. Por una parte, la propuesta introduce una sección dedicada específicamente al proceso de restitución y, por otra, revisa el actual sistema de oposición a la ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental, de manera que, frente a la actual imposibilidad de oponerse a la ejecución de una orden de retorno del menor, se introduce la posibilidad de que la ejecución de esa orden resulte paralizada en determinadas circunstancias.

Así pues, están actualmente sobre la mesa dos propuestas que van a tener una gran repercusión en el tratamiento de las sustracciones de menores. En este trabajo presentaremos cuáles son las novedades fundamentales que se plantean por la propuesta de Guía de buenas prácticas del artículo 13(1)(b) (*infra* II) y en la propuesta de

⁴ En adelante, Propuesta de Guía, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/18c71b81-06d1-4161-9d38-5506ec8affdd.pdf>

⁵ COM (2016) 411 final

⁶ Respecto del proceso de elaboración de este mecanismo y la falta de fundamento de las medidas adoptadas puede verse TRIMMINGS, K., *Child Abduction within the European Union*, Hart, 2013, pp. 25-69; en lo relativo a la efectividad del mecanismo, muy críticos BEAUMONT, P./ WALKER, L./ HOLLIDAY, J., “Conflicts of EU Courts on Child Abduction: The reality of Article 11(6)-(8) proceedings across the EU”, *Journal of Private International Law*, 2016, vol.12, pp. 211-260.

⁷ Por ejemplo, en los asuntos *Sneerson* y *Kampanella c. Italia*, No 14737/09 de 12 julio 2011 y *Povse c. Austria*, No 3890/11 de 18 junio 2013.

refundición del RBIIbis (*infra* III) para valorar posteriormente qué alcance tienen para responder a las críticas que se pretenden superar, *v. gr.* cómo ponderan el interés superior del menor, en particular en casos de violencia familiar, así como las posibles contradicciones o refuerzos que su aplicación e interacción pueda producir (*infra* IV).

II. LA PUESTA AL DÍA DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980: LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 13(1)(B)

El Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores está cercano a cumplir los cuarenta años de vida y, en términos generales, goza de buena salud tanto por el elevado número de Estados parte⁸ como por la efectividad de sus reglas. A ello sin duda ha ayudado el hecho de que la Conferencia de La Haya realice un seguimiento de su aplicación, proporcionando guías de buenas prácticas que permiten a los operadores jurídicos entender y aplicar mejor este Convenio.⁹ A pesar de ello, desde hace unos años es frecuente el cuestionamiento de sus reglas en particular en lo que respecta a su núcleo duro, *i.e.* las condiciones en que un menor debe ser restituido tras una sustracción. Las críticas ponen de manifiesto que el cambio social que se ha producido en estos años hace que no resulten ya adecuadas unas normas elaboradas en un contexto en el que las familias y la atribución de la custodia del menor eran muy distintas a las del modelo actual. En términos jurídicos esta crítica se articula en el papel que el interés superior del menor debería tener en la aplicación de estas reglas. Por otra parte, la creciente conciencia acerca de la existencia y los efectos de la violencia familiar, no sólo contra los/las menores sino sobre todo contra las mujeres, también ha reforzado las críticas al Convenio. Se defiende que éste no contempla ni puede incorporar de manera satisfactoria protección para las víctimas cuando existe una sustracción. Así pues, en primer lugar conviene presentar el marco en el que deben aplicarse las normas del Convenio de La Haya de 1980 (*infra* 1) para analizar a continuación la propuesta que ofrece la Conferencia de La Haya para responder a estas críticas, respuesta que se articula como una Guía de buenas prácticas en la aplicación del art. 13(1)(b) (*infra* 2).

1. Las críticas al Convenio de La Haya de 1980

El Convenio de La Haya de 1980 establece un mecanismo para resolver los supuestos de sustracción con la finalidad de identificar si ésta se ha producido (al vulnerarse el derecho de custodia sobre un menor que ha sido trasladado a, o retenido en, otro Estado distinto del de su residencia habitual) y favorecer el retorno inmediato del menor a su residencia habitual en el entendimiento de que ese es el entorno que garantiza su estabilidad personal, y de que sólo los tribunales de ese Estado están en condiciones de valorar quién debe tener la custodia sobre el menor. El Convenio ordena la restitución inmediata si no ha transcurrido un año desde el desplazamiento o retención del menor a/en otro Estado

⁸ El listado actualizado de los Estados parte se publica por la Conferencia de La Haya en <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>.

⁹ Los documentos relativos al Convenio de La Haya de 1980 están disponibles en <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>

puesto que si el plazo se cumple el/la menor puede haberse integrado en el nuevo entorno, lo que podría suponer que no hubiera lugar al retorno del menor (art. 12). En todo caso, el Convenio prevé tres situaciones en las que, incluso si no ha transcurrido el año, el/la menor puede permanecer en el Estado a donde ha sido trasladado/a o retenido/a: (i) porque el titular del derecho de custodia –que ha invocado su vulneración por la sustracción– no estuviera ejerciendo efectivamente dicho derecho; (ii) porque restituir al/la menor lo/la coloque en una situación de riesgo físico o psíquico o quede sujeto/a a una situación intolerable y (iii) porque el/la menor se oponga a su restitución (art. 13).¹⁰

El Convenio de 1980 se elabora en un contexto social muy diferente del actual. En aquel momento el modelo familiar era fundamentalmente matrimonial, heterosexual y patriarcal. La evolución social ha generado nuevas formas de familia, no necesariamente matrimoniales, tampoco heterosexuales, y en las que la mujer reclama su independencia tanto desde el punto de vista económico como familiar. Los nuevos modelos familiares no están unitariamente articulados en torno a la figura paterna sino que atienden a cada uno de los miembros de la familia como sujetos de derechos, incluidos los/las menores. Ello ha supuesto, entre otros cambios, un progresivo reconocimiento del derecho del/la menor a hacer oír su voz respecto de las decisiones que le afecten. Desde el punto de vista de la protección de los/las menores, la idea de que ambos progenitores comparten la responsabilidad sobre el/la menor ha supuesto una progresiva aceptación de que la custodia puede ser compartida tras la separación de los progenitores. En consecuencia, el modelo de un solo cuidador primario va cediendo frente a otro en el que el/la menor tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores en situaciones transfronterizas de ruptura de la convivencia.

Llevando estas reflexiones al ámbito del Convenio de 1980, el prototipo de sustractor que los redactores tenían en mente cuando se elaboran sus reglas era el del progenitor que no tenía derecho de custodia (sino solo de visita), generalmente el hombre. En este sentido, el modelo del Convenio respondía a las exigencias del supuesto: se vulneraba el derecho de custodia (exclusivo) de un progenitor y además, la restitución aseguraba no sólo el retorno al entorno habitual del menor sino la vuelta con su cuidador primario, la madre.¹¹ Las estadísticas han puesto de relieve el radical cambio que se ha producido en las sustracciones transfronterizas: en la actualidad quien sustrae mayoritariamente al/la menor es la madre, por lo que ordenar su retorno podría suponer que se separara al/la menor de su cuidadora primaria.¹² Ello resulta aún más llamativo en un contexto en el que hay un creciente interés por las cuestiones de violencia doméstica y donde se observa que, al menos en una parte, las sustracciones pueden obedecer precisamente al deseo de

¹⁰ El art. 20 del Convenio permite además al Estado requerido oponerse a la restitución cuando hacerlo vulnerara principios fundamentales de ese Estado en materia de protección de derechos humanos y libertades fundamentales.

¹¹ Acerca de estas premisas, *vid.* WEINER, M., “International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence”, *Fordham Law Review*, vol. 69, 2000, pp. 593-706, pp. 608-610. Sobre la falta de fundamento empírico de estas asunciones, puede verse HALE, B., “Taking Flight –Domestic Violence and Child Abduction”, *Current Legal Problems*, vol. 70, 2017, pp. 3-16, pp. 4-5.

¹² La tendencia se confirma en las estadísticas de 2015, donde la sustracción se llevó a cabo por las madres en el 73% de los casos, siendo en estos supuestos el 92% de ellas la cuidadora primaria del/la menor (“A statistical análisis of applications...”, *cit. supra*, §§10-11).

huir de la violencia familiar (contra la mujer o los/las menores).¹³ Ello supondría una creciente invocación del art. 13(1)(b) del Convenio de 1980. Ahora bien, conviene señalar que, a pesar del repunte identificado en 2008, las últimas estadísticas de 2015 señalan una estabilización del número de supuestos en que se invoca el art. 13(1)(b) en números similares a los de estudios previos (en torno al 26% de los casos).¹⁴

A) EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL CONVENIO DE 1980

El texto del Convenio de La Haya de 1980 no incluye en su articulado ninguna referencia al interés superior del menor. Esto puede explicarse en la medida en que este concepto no era de uso habitual entonces y sólo se incorporaría unos años más tarde, en la CDN de 1989, como un principio, un derecho y una norma procesal que debe configurar todas las normas relativas a la protección del menor. Ahora bien, tradicionalmente se ha entendido que la ausencia de referencia explícita en el Convenio de 1980 al interés superior del menor no debía interpretarse como una falta de consideración de este principio en su texto, puesto que de manera implícita sí está incorporado en sus soluciones. Así, se entiende que el retorno inmediato del/la menor al lugar de su residencia habitual tras una sustracción responde al interés superior del menor en general. Es decir, para proteger a los/las menores la mejor respuesta que puede proporcionar el sistema es ordenar la restitución inmediata. Sin embargo, en aquellos casos en que, por las razones concretas del supuesto, la restitución pueda situar al/la menor en situación de riesgo o devolverlo/a a un entorno que ya no es el suyo (porque haya arraigado en el nuevo entorno, o porque no desee volver), se considera que en atención al interés superior de ese/a menor, no debe procederse a la restitución. De este modo se atendería también al interés superior de cada menor en el caso concreto.¹⁵ Esta interpretación del Convenio, que pone de manifiesto la tensión entre dos bienes jurídicos, la protección del menor en abstracto y en el caso concreto, se adecua a las pautas que propone la Observación general nº 14 de Naciones Unidas en interpretación del art. 3.1 CDN que distingue claramente la doble faceta del interés superior del menor al reconocer que este interés lo es tanto con carácter general como en particular para cada niño/a concreto/a en una situación determinada.¹⁶

Las posiciones críticas con el Convenio indican que este sistema tiene graves inconvenientes cuando la sustracción se produce en un contexto de violencia doméstica, puesto que no permite valorar adecuadamente la protección del menor si se ordena la restitución a pesar de que exista dicho contexto de violencia. Estas voces críticas constatan una aplicación implacable del art. 13(1)(b) para garantizar el fin principal del Convenio, priorizando el criterio del retorno frente a la protección del menor. Así, se cuestiona que la existencia de mecanismos que permiten la restitución, como la adopción

¹³ Para la Conferencia de La Haya no hay encuestas fiables sobre el tema, al menos en 2011, momento en que se elabora el Doc. Prel. 9 “Violence conjugale et familiale et l’article 13 ‘risque grave’ exception dans le fonctionnement de la Convention de La Haye 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement International d’enfants: Document de réflexion” (§3).

¹⁴ Así, en los estudios de 1999 y 2003 la cifra era del 26%, y sólo en 2008 había subido hasta el 34% (“A statistical análisis of applications...”, *cit. supra*, §§80-88).

¹⁵ Sobre la consideración del interés superior del menor en el convenio, *vid. SCHUZ, R., The Child Abduction Convention...*, *op. cit.* pp. 306-311.

¹⁶ Observación general nº 14 de Naciones Unidas, *cit. supra*, §32.

de medidas de protección para el retorno (con el apoyo de las autoridades del Estado de origen) o de compromisos (*undertakings*) por las partes sea eficaz y satisfaga realmente la finalidad de protección del menor.¹⁷ En este sentido, se critica la idea subyacente de que retener al menor (una vez adoptadas estas medidas) pone en cuestión la cooperación entre Estados contratantes pues equivaldría a desconfiar de la protección que se le puede dar en el Estado de origen y ello minaría la aplicación del Convenio.¹⁸ Con este enfoque, se arguye, no se atiende debidamente a la posición del progenitor maltratado, que secuestra para huir de la violencia, ni el impacto que dicha violencia tiene sobre el menor. El resultado final es una distorsión del funcionamiento del Convenio, cuya finalidad no es sólo asegurar el retorno del menor en general, sino protegerlo en el caso de peligro.¹⁹

B) LOS TRIBUNALES INTERPRETAN EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL MARCO DEL CONVENIO DE 1980

Estas tensiones han encontrado reflejo en los tribunales llamados a resolver sobre la protección de los derechos de las personas involucradas en supuestos de sustracción internacional de menores. Así, para el Tribunal Constitucional español o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el interés superior del menor constituye un parámetro habitual en la interpretación, en ocasiones como elemento que permite superar lo que se entiende como rigidez o falta de adecuación de las normas a la situación del caso concreto. Sin duda algunos de estos pronunciamientos han sido controvertidos, como las decisiones en el asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, del TEDH,²⁰ o la sentencia 16/2016 del Tribunal Constitucional español.²¹

El asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza* fue el detonante que hizo explícito el debate sobre el alcance del interés superior del menor en la interpretación del Convenio de La Haya. La sentencia resolvió sobre la vulneración del art. 8 CEDH invocada por la madre cuando,

¹⁷ KAYE, M., “The Hague Convention and the Flight from Domestic Violence: how Women and Children are Being Returned by Coach and Four”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1999, vol. 13, pp. 191-212, pp. 198-202. Por el contrario, RIPLEY, P., “A Defence of the Established Approach to the Grave Risk Exception in the Hague Abduction Convention”, *Journal of Private International Law*, vol. 4, 2008, pp. 443-477, p. 464-465, sostiene que una interpretación estricta del art. 13(1)(b) sigue siendo necesaria aunque tal vez sea preciso reforzar el sistema de ejecución de las medidas adoptadas para proteger al menor que es devuelto a su Estado de origen, en particular incorporando medidas de protección al progenitor que no desea volver, así como el papel de la Autoridad Central conforme al art. 7(h) del Convenio. También REQUEJO ISIDRO, M., “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 6, 2006, pp. 179-194, pp. 190-192, propone mantener la interpretación estricta del art. 13(1)(b) pero ofrece como alternativa para los casos de violencia familiar la vía del art. 20 CH 1980.

¹⁸ WEINER, M., “Eight Letters Submitted to the U.S. State Department and the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law about a Draft Guide for Article 13(1)(b) and Related Draft Documents that were circulated for comment prior to the October 2017 meeting of the Seventh Special Commission on the 1980 Hague Child Abduction Convention at The Hague” (disponible en <https://law.ucdavis.edu/faculty/bruch/files/Letters-re-Hague-Convention.pdf>), p. 6/99.

¹⁹ BRUCH, C., “The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and their Children in Hague Child Abduction Convention Cases”, *Family Law Quarterly*, 2004, vol. 38, pp. 529-545, 535.

²⁰ Asunto *Neulinger c. Suiza*, sentencia de 6 julio 2010, No 41615/07.

²¹ STC 16/2016 de 1 de febrero. Puede verse una buena aproximación a las cuestiones que plantea el caso en CAAMIÑA, C., “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, vol. 8 n° 2, pp. 77-91.

en aplicación del Convenio de 1980, se obligaba a restituir a una menor a Israel después de que la menor hubiera residido dos años en Suiza. La Sala decretó la compatibilidad del retorno con el CEDH, pero la madre recurrió ante la Gran Sala que, seis años después del traslado, corrigió la sentencia de Sala al entender que no se había valorado adecuadamente el interés superior de la menor en el caso. En esta decisión el TEDH incorporó la necesidad de que el tribunal que está conociendo del proceso de retorno analice de manera adecuada los elementos que le permiten valorar si se ha protegido debidamente el interés superior del menor al ordenar la restitución, y ello debería hacerse atendiendo no sólo a la solicitud de restitución sino a toda la situación familiar del menor. Con ello, el TEDH parecía revisar toda su jurisprudencia anterior en la que había declarado la compatibilidad del sistema de retorno inmediato del menor y una interpretación no extensiva de las excepciones del art. 13 CH1980 con el CEDH, siempre que se atendiera al interés superior del menor en la valoración de las circunstancias del caso.

Las críticas a la sentencia fueron numerosas, y desde el propio TEDH se intentó matizar su alcance.²² La jurisprudencia posterior del Tribunal en buena medida ha reconducido la situación a los términos anteriores, en particular desde la sentencia de la Gran Sala en el asunto *X c. Letonia*.²³ El TEDH recuerda que el interés superior del menor está en su inmediata restitución aunque ese mismo interés puede justificar un no retorno en circunstancias específicas.²⁴ Cuando estas excepciones se invocan el juez debe valorarlas en una decisión razonada a la luz del art. 8 CEDH, fundamentando los motivos por los que adopta la decisión.²⁵ El impacto de la jurisprudencia del TEDH en la aplicación del Convenio de 1980 es evidente y ha encontrado eco en la disputa sobre la aplicación y revisión del Convenio.²⁶

2. La propuesta de Guía de buenas prácticas en la aplicación del artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 1980

La Conferencia de La Haya propone una Guía para la mejora en la aplicación del art. 13(1)(b) del Convenio de 1980 en el entendimiento de que no es preciso modificar las reglas del Convenio sino incidir en las prácticas correctas que permitan una respuesta ajustada a las necesidades y situaciones actuales en que éste debe aplicarse. Es significativo que la propuesta recoja de manera expresa la necesidad de abordar el problema de la violencia en la familia y cómo incide en la sustracción de menores, si bien no existe ningún epígrafe dedicado en exclusiva a esta cuestión al considerarse que estas alegaciones de violencia familiar no deberían ser tratadas en modo distinto a otras invocadas al amparo del art. 13(1)(b).²⁷ La propuesta de Guía parte de la premisa de que

²² COSTA, J.-P., “The Best Interests of the Child: Recent Case-law from the European Court of Human Rights”, *International Family Law*, 2011, pp. 183-186, p. 185: “*Neulinger and Shuruk* does not therefore signal a change of direction at Strasbourg in the area of child abduction. Rather, it affirms consonance of the overarching guarantees of Article 8 with the international text of reference, the Hague Convention.”

²³ Asunto *X c. Letonia*, sentencia de 26 de noviembre de 2011, No 27853/09.

²⁴ Asunto *X c. Letonia*, §§ 35, 95 y 97.

²⁵ Asunto *X c. Letonia*, §§ 106-107.

²⁶ Vid. *supra* nota 4.

²⁷ Propuesta de Guía, §29.

el retorno inmediato del/la menor se corresponde con su interés superior, premisa que se puede cuestionar en el caso concreto, lo que implica que la aplicación de las excepciones al retorno no puede hacerse ni de manera extensiva ni restrictiva y que la aplicación del Convenio no es automática.²⁸ Tras unas secciones introductorias, el texto se dirige a las ‘autoridades competentes’ (de la judicatura, principalmente) en la parte II y a las Autoridades Centrales en la parte III, para concluir con unos ejemplos de casos típicos en la parte IV. La propuesta de Guía se completa con unos anexos que recogen textos relevantes en esta materia, en particular, el anexo III relativo a la ‘Dinámica de la violencia doméstica y normas internacionales relativas a la violencia doméstica y respecto de los niños’. En estas páginas nos centraremos principalmente en las disposiciones de la parte II.

A) ELEMENTOS BÁSICOS PARA LA APLICACIÓN DEL ART. 13(1)(B) POR LAS AUTORIDADES COMPETENTES

Conforme a la propuesta de Guía, el análisis del art. 13(1)(b) debe realizarse desde una perspectiva centrada en el/la menor y con un enfoque prospectivo, que considere las circunstancias en que éste/a se encontrará cuando se produzca el retorno.²⁹ En este sentido, la propuesta de Guía establece que una buena aplicación del art. 13(1)(b) exige:³⁰

- conciliar los objetivos del Convenio que, por una parte, regula la sustracción internacional de menores garantizando el retorno inmediato del/la niño/a al Estado de la residencia habitual y, por otra, reconoce que en determinadas circunstancias, la restitución del/la menor a su Estado podría exponerlo/a a un riesgo grave;
- limitar el alcance del procedimiento de retorno al objetivo del Convenio, que no consiste en resolver las cuestiones de guarda y custodia ni tampoco en realizar una evaluación completa del interés superior del menor en el marco de dicho procedimiento;³¹
- interpretar y aplicar de manera restrictiva el art. 13(1)(b), al igual que las demás excepciones previstas en el Convenio;
- recabar las informaciones o pruebas necesarias y analizarlas, incluyendo los informes de expertos, conforme a la obligación de resolver de manera urgente los procedimientos de retorno;³²
- si procede, solicitar, recibir y evaluar las informaciones sobre la existencia y adecuación de las medidas de protección en el Estado requerido para atenuar un riesgo grave alegado o probado conforme al art. 13(1)(b) para asegurar el retorno sin peligro de los/as niños/as.

Establecidas las pautas de buena aplicación del art. 13(1)(b), la propuesta de Guía propone dos modelos para analizar la excepción. Conforme al primero, el juez parte de que se podrán probar las alegaciones invocadas por la parte, de manera que verifica

²⁸ Propuesta de Guía, §§43, 46-47.

²⁹ Propuesta de Guía, §§53, 55.

³⁰ Propuesta de Guía, §77.

³¹ Aspecto que se detalla en Propuesta de Guía, §§84-90.

³² El aspecto de la urgencia se desarrolla en los §§ 91-99 de la Propuesta de Guía, y tiene un complemento en cuanto a la gestión de los procedimientos, con la adopción de soluciones procesales adecuadas e incluso de medidas previas a la propia resolución del caso en los §§ 100-106.

inmediatamente si en el Estado requirente existen medidas adecuadas y eficaces que prevengan o atenúen el riesgo grave que se invoca. Si existen dichas medidas y podrían adoptarse, el juez puede ordenar el retorno del/la menor; en caso contrario, tiene que analizar si efectivamente existe el riesgo grave para el/la menor. El segundo modelo parte de la evaluación de las informaciones y elementos de prueba presentados una vez que el juez considera que las alegaciones tienen entidad y precisión para constituir un riesgo grave para el/la menor. Si el juez no constata la existencia del riesgo grave, podrá ordenar su retorno; en caso contrario, en ejercicio de su poder discrecional, el juez podría valorar si procede igualmente el retorno, verificando que existen medidas de protección adecuadas y eficaces que prevendrían o atenuarían el riesgo grave en el Estado de retorno.³³

La propuesta de Guía contempla una serie de medidas que podrían garantizar el retorno sin peligro del menor al Estado requirente aunque se haya invocado el art. 13(1)(b). Así, recoge la posibilidad de que se dicten *undertakings*, tal y como se conocen en el *Common Law*, si bien siendo consciente de la limitación que esta medida tiene si no se puede asegurar su carácter ejecutivo en el Estado requirente.³⁴ La propuesta de Guía subraya que cuando el tribunal no esté convencido de la efectividad que las medidas de protección vayan a tener, debería considerar no ordenar el retorno del/la menor.³⁵ En este sentido, se recuerda que el Convenio de La Haya de 1996 proporciona mecanismos que pueden ser de utilidad para adoptar estas medidas, en particular, sus arts. 11, 24 y 26 (para adoptarlas, reconocerlas y ejecutarlas).³⁶ Con todo, también se recuerda que la adopción de estas medidas no debe interferir con la competencia de los tribunales de la residencia habitual del/la menor.³⁷ De igual modo, la propuesta de Guía considera la adopción de medidas relativas a la seguridad del progenitor que ha secuestrado al/la menor y al progenitor *left behind*, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones el desplazamiento se habrá realizado para huir de la violencia en el domicilio familiar. Si el tribunal constata que esta protección al progenitor no se puede garantizar de manera adecuada o es ineficaz para prevenir un riesgo grave para el/la menor, debería rechazar el retorno del/la menor.³⁸ En todo caso, en los supuestos de violencia familiar, se recuerda que el retorno del/la menor a su país de residencia habitual no supone la restitución al progenitor maltratador.³⁹

Un punto esencial en toda la aplicación del art. 13(1)(b) es el de la obtención de información y la prueba de las alegaciones realizadas. La propuesta de Guía parte de que el análisis del art. 13(1)(b) no puede suponer retrasos indebidos en el procedimiento y tampoco debe resolver todas las cuestiones que se planteen, de manera que, si el tribunal

³³ Propuesta de Guía, §§ 107-122. Como explica HALE, B., “Taking Flight...”, *op. cit.* pp. 12-13, esta doble propuesta responde a la imposibilidad de conciliar entre los negociadores de la Guía las actuales formas de abordar la situación en los distintos países, siendo claramente contrapuestas las posiciones del Reino Unido (favorable a la primera interpretación) y los Estados Unidos (partidarios de la segunda).

³⁴ Propuesta de Guía, §138 y pautas sugeridas en §141.

³⁵ Propuesta de Guía, §142.

³⁶ Propuesta de Guía, §§ 147-160. Esta posición contrasta con visiones más cautelosas para casos de violencia doméstica, así WEINER, M., “International Child Abduction...”, *op. cit.*, pp. 682 ss.

³⁷ Propuesta de Guía, §137.

³⁸ Propuesta de Guía, §§ 143-146

³⁹ Propuesta de Guía, §137.

constata que existen medidas que permiten un retorno en seguridad del/la menor, no es preciso acometer un estudio en detalle de las informaciones y pruebas aportadas por quien se opone al retorno.⁴⁰ La propuesta de Guía incide en la necesidad de que el progenitor *left behind* tenga posibilidad de defenderse frente a estas alegaciones y en que el proceso no se alargue y le cause gastos indebidos por una ampliación del objeto de la investigación.⁴¹ Se incluyen además pautas sobre la participación de expertos en estos litigios, cuya presencia debería solicitarse una vez que el tribunal ha valorado que necesita este apoyo de experto y para qué.⁴² Por último, teniendo en cuenta otros textos internacionales, la propuesta de Guía considera la participación del/la menor en este procedimiento, incorporando el derecho de audiencia del/la menor de manera generalizada y no sólo al hilo del art. 13(2).⁴³ Finalmente se consideran cuestiones como la posibilidad de recurrir a la mediación en supuestos del art. 13(1)(b) o el derecho de contacto entre el menor y el progenitor *left behind*.

B) CASOS TIPO

La propuesta de Guía introduce en la parte IV unos ‘casos tipo’ con la finalidad de aportar consideraciones que puedan servir a las autoridades competentes para resolver supuestos del art. 13(1)(b). Se dividen en tres secciones que analizan (a) situaciones de violencia familiar, (b) otras alegaciones directamente vinculadas con el retorno del/la menor y (c) situaciones de riesgo para el progenitor que sustrajo al/la menor en el caso de que retornara con éste. Como consideraciones preliminares a la presentación de los casos, la propuesta de Guía indica que las alegaciones de la parte que se opone al retorno no deben tener más peso que las de la parte contraria, que siempre tiene derecho a oponerse y a un juicio justo.⁴⁴ Además, se insiste en el hecho de que no debe interpretarse que, cuando se den circunstancias como las descritas en los casos tipo, deba inferirse automáticamente que la excepción de riesgo grave para el/la menor está presente, sino que, en una aplicación restrictiva de la excepción, debe valorarse en cada caso a la luz de las circunstancias concretas y el marco del Convenio, siendo conveniente que se compare con lo que han hecho otras autoridades en situaciones similares a partir de la jurisprudencia recogida en INCADAT.⁴⁵

Para todos estos supuestos la propuesta de Guía establece unas pautas comunes, como valorar el recurso a la asistencia de las Autoridades centrales o la red judicial, evitar retrasos indebidos en la resolución del caso, acudir a procedimientos acelerados y recurrir a expertos. Sin embargo, la necesidad de escuchar la voz del/la menor y el recurso a la mediación sólo se considera en las dos primeras situaciones (a y b), descartando la mediación en los casos de violencia sobre el/la menor salvo que se adopten medidas de protección.

⁴⁰ Propuesta de Guía, §164.

⁴¹ Propuesta de Guía, §§165 y 171.

⁴² Propuesta de Guía, §§ 173-178.

⁴³ Propuesta de Guía, §§179 ss.

⁴⁴ Propuesta de Guía, §264.

⁴⁵ Propuesta de Guía, §265.

a) Alegaciones de violencia sobre el/la menor o maltrato y riesgo grave del/la menor en caso de que fuera devuelto/a

Como punto de partida se recuerda que el retorno no implica la restitución al progenitor que puede infligir la violencia o maltrato.⁴⁶ A continuación la propuesta distingue distintas situaciones que se podrían encuadrar en esta categoría. En primer lugar se recoge el comportamiento violento o inapropiado sobre el/la menor en caso de retorno (como abusos sexuales, maltrato físico o psicológico). Para valorar estos supuestos se prioriza la consideración de los informes emitidos sobre el/la niño/a por las autoridades del Estado de residencia habitual del/la menor, así como las medidas adoptadas en el marco de la situación de violencia familiar o maltrato. También se considera si la opinión del/la menor sustenta las alegaciones y si existen medidas adecuadas y eficaces para protegerlo como medidas que prohíben el contacto con el progenitor o lo autorizan de manera supervisada.⁴⁷

En segundo lugar se aborda la exposición del/la menor a la violencia doméstica entre los progenitores (que pondría al/la menor en situación de riesgo físico o psicológico o en una situación intolerable). El texto apunta a la creciente aceptación de que la situación de violencia familiar afecta al/la menor y puede derivar en una situación de violencia directa sobre el/la menor más adelante, aunque sostiene la necesidad de valorar en el caso concreto esta alegación. A estos efectos, además de evidencias que se puedan obtener a partir de comunicaciones como el correo electrónico, se debe examinar si existen procesos abiertos contra el progenitor, o informes policiales, médicos, etc. También se debe ponderar la oportunidad de introducir medidas de alejamiento y prohibición de la comunicación, órdenes de no agresión u otras medidas para proteger al sustractor, *v. gr.*, el alojamiento seguro.⁴⁸

Por último se considera el perjuicio para el progenitor que se llevó al/la menor en caso de retorno (por violencia doméstica que hace imposible la vuelta con el/la menor, o en unas condiciones tales que impedirían que se pudiera ocupar del/la menor y ello colocara a éste en una situación de riesgo o intolerable). La propuesta de Guía acepta que suele existir una correlación entre la violencia conyugal grave y el maltrato a los hijos, aunque no se puede apreciar automáticamente sino a la luz del caso. De igual modo incorpora la consideración del ‘control coercitivo’ del cónyuge, que puede no estar suficientemente protegido frente al maltratador aun viviendo en un lugar distinto, el riesgo de que el progenitor que no vuelve a la vivienda familiar sea objeto de mayor violencia y los efectos psicológicos de la violencia familiar (como el estrés postraumático) respecto a su testimonio.⁴⁹ La valoración de estos elementos se apoya en la obtención de informes judiciales, policiales o médicos en el país de residencia del/la menor y la existencia de medidas de protección o eventuales vulneraciones de esas medidas que hayan resultado en procesos judiciales. Debe considerarse la adopción de órdenes de alejamiento y de no

⁴⁶ Propuesta de Guía, §269.

⁴⁷ Propuesta de Guía, §272.

⁴⁸ Propuesta de Guía, §274.

⁴⁹ Propuesta de Guía, §277.

agresión, de prohibición de comunicación del agresor con el niño y el otro progenitor y otros mecanismos de protección (v.gr. alojamientos seguros).

b) Alegaciones de que el retorno del/la menor genere una situación en la que quede expuesto a un riesgo grave

Bajo esta categoría se presentan cuatro situaciones distintas. La primera se refiere a la separación del/la menor de sus hermanos/as por causa del retorno, situación resultante de distintas circunstancias como haber tenido en cuenta el tribunal la opinión de los/las menores que han alcanzado una edad y madurez suficiente; no haber valorado que tuvieran esa madurez al expresar su opinión; verificar el riesgo sólo respecto de uno de los hermanos; carecer de residencia común antes del desplazamiento; no haber solicitado el retorno de todos ellos, etc. La propuesta de Guía recuerda que las disposiciones del Convenio se aplican para la restitución de un niño concreto, si bien debe tenerse en cuenta el contexto familiar de manera que la valoración de las distintas causas de oposición al retorno no debe mezclarse en este supuesto. Además se indica que la separación de los hermanos no es automáticamente perjudicial para éstos sino que debe analizarse atendiendo a elementos como la relación que tengan, sus edades, etc.⁵⁰

En segundo término se abordan los perjuicios económicos o educativos para el/la menor, que deberán tener un carácter extremo para poder ser considerados, por ejemplo porque el/la menor quedara sin domicilio o ayudas sociales. La propuesta de Guía advierte de que estas consideraciones son en principio cuestiones de fondo que debería resolver el Estado de residencia habitual del/la menor y que se puede considerar la asunción de un compromiso por el progenitor de subvenir a las necesidades financieras del/la menor.⁵¹ En tercer lugar se alude a riesgos asociados al Estado de la residencia habitual, desde un punto de vista político o económico, como el retorno a un país en guerra o en hambruna o si el/la menor pertenece a una minoría perseguida en ese país, aspectos que deben ser contrastados a partir de informes de organismos internacionales o de los propios Estados.⁵² Y por último se consideran los riesgos asociados a la salud del/la menor que, por su estado físico o mental, no pudiera recibir en el Estado de retorno un tratamiento adecuado, para lo que se deberá contar con informes médicos y de las autoridades de protección del/la menor.⁵³

c) Alegaciones de que la imposibilidad de que el progenitor vuelva con el/la menor lo exponga a un riesgo grave

La propuesta de Guía indica que el rechazo del progenitor a volver con el/la menor no se ha considerado habitualmente una causa para denegar el retorno con base en el art. 13(1)(b). Sin embargo ello no significa que no se deban considerar las circunstancias del caso, en particular atendiendo a quién tiene la responsabilidad parental sobre el/la menor (y si está capacitado/a para ocuparse del/la menor atendiendo a su edad y sus

⁵⁰ Propuesta de Guía, §281.

⁵¹ Propuesta de Guía, §283.

⁵² Propuesta de Guía, §285.

⁵³ Propuesta de Guía, §287.

circunstancias concretas) y a cuáles son las causas por las que el progenitor no quiere volver (por ejemplo, si es por imposibilidad o falta de voluntad, y cuáles son las razones que las fundamentan).

Entre las situaciones contempladas está en primer lugar la hipótesis de que el progenitor se tuviera que enfrentar a un proceso (penal) en el Estado de la residencia habitual por haber sustraído al/la menor y poniéndolo/a en una situación intolerable al tratarse del cuidador/a primario. En principio la propuesta de Guía no considera que deba apreciarse como un obstáculo al retorno, aunque es preciso valorar las circunstancias del caso. A estos efectos, se considera que pueden ser medidas correctas intentar que se retiren los cargos o que el progenitor o autoridades de ese Estado se comprometan a no iniciar la acción.⁵⁴ En segundo lugar se considera la imposibilidad de retornar por motivos de inmigración (por ejemplo porque el visado haya caducado) y se trate del cuidador primario del/la menor. La propuesta de Guía indica que esta causa no suele ser admitida en la medida en que puede existir quien se ocupe del/la menor. Para estos supuestos se confía en la colaboración entre Autoridades centrales.⁵⁵ Una tercera situación relevante podría ser una posición económica insostenible tras el retorno porque, siendo el cuidador primario, no pueda encontrar trabajo o en condiciones tales que el/la menor tuviera que resultar tutelado/a por entidad pública de protección. Mientras que una pérdida de poder económico no sería suficiente, la propuesta de Guía sí considera que el riesgo de que el/la menor acabe tutelado por insuficiencia de medios del progenitor podría responder al art. 13(1)(b). También lo sería el caso de quedar sin domicilio pero habría que considerar la ayuda que podría proporcionar el otro progenitor.⁵⁶ En cuarto lugar se aborda la cuestión del acceso a la tutela judicial efectiva en el Estado de la residencia habitual del/la menor del progenitor sustractor en un proceso sobre la custodia del/la menor. En este sentido, se considera que no tener medios para pagar un abogado no es suficiente alegación para activar el art. 13(1)(b).⁵⁷ Finalmente, se consideran la salud física o mental o nuevas circunstancias familiares del progenitor sustractor (como haber fundado una nueva familia lo que podría implicar separar a hermanos) si se trata del cuidador primario. La propuesta de Guía exige analizar las condiciones de salud dando prioridad a los informes médicos y, en caso de enfermedad psíquica, valorar si el retorno agravaría la situación con impacto en el/la menor.⁵⁸

III. LA REFUNDICIÓN DEL REGLAMENTO 2201/2003, BRUSELAS II *BIS*

La existencia de una norma internacional consolidada como el Convenio de La Haya de 1980 hacía innecesario que el legislador europeo incorporara reglas específicas para la sustracción intracomunitaria de menores. Sin embargo es bien sabido que en el Reglamento 2201/2003, Bruselas II *bis* (RBI**is**), que reformó del Reglamento 1347/2000, Bruselas II, se introdujeron unas reglas nuevas en materia de sustracción de

⁵⁴ Propuesta de Guía, §292.

⁵⁵ Propuesta de Guía, §295.

⁵⁶ Propuesta de Guía, §297.

⁵⁷ Propuesta de Guía, §299.

⁵⁸ Propuesta de Guía, §301.

menores. Por una parte se trataba de aclarar cuándo se producía un cambio de competencia judicial internacional una vez producida la sustracción (art. 10 RBIIbis), cuestión que no era abordada por el Convenio de La Haya 1980 y que fue igualmente incorporada en el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección internacional del menor (art. 7). Pero por otra parte, y de manera mucho más controvertida, el legislador europeo decidió reforzar el mecanismo de la restitución entre los Estados miembros, incorporando una obligación de retorno (art. 11.4 RBIIbis) así como un mecanismo de ‘última palabra’ (art. 11.6 a 11.8 RBIIbis). Este mecanismo supone que, una vez decidido por las autoridades del Estado a donde ha sido trasladado o retenido el menor que éste no debe volver al Estado de su residencia habitual, la autoridad del Estado de su residencia habitual previa al traslado o retención puede decidir sobre la custodia del menor, adoptando una medida que suponga su retorno. Es decir, se permite que el tribunal de la residencia habitual del/la menor tenga la última decisión y pueda revisar la adoptada por el tribunal de otro Estado miembro donde se encuentra el/la menor. La resolución que se adopte en este sentido goza, además, de un sistema favorecido de ejecución puesto que no está sujeta a *exequatur* sino que puede ejecutarse directamente sin oposición posible en el Estado miembro donde se halle el/la menor conforme a lo previsto en los arts. 42 ss RBIIbis. Desde su adopción estas reglas han sido objeto de numerosas críticas (*infra* 1) a las que pretende responder la propuesta de refundición del Reglamento (*infra* 2).

1. Las críticas al Reglamento Bruselas IIbis

Las soluciones incorporadas al Reglamento Bruselas II *bis* en materia de sustracción de menores han sido criticadas desde el inicio. Por una parte se ha objetado la propia necesidad de adoptar las reglas ya que las premisas sobre las que se construyeron no parecen haberse valorado correctamente.⁵⁹ Pero también se han puesto en cuestión las propias soluciones en lo relativo al procedimiento de retorno cuando se invoca el art. 13(1)(b) (*infra* A), al mecanismo de revisión del art. 11 RBIIbis (*infra* B) o al sistema de ejecución directa del art. 42 RBIIbis (*infra* C). En particular en estos dos últimos casos, la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha contribuido a azuzar el debate sobre la razonabilidad de estas soluciones tanto para alcanzar los objetivos de política europea como de respeto de las normas internacionales que los Estados miembros están obligados a respetar (en particular el CEDH o el Convenio de La Haya de 1980).

A) PROCESO DE RETORNO CUANDO SE INVOCA EL ART. 13(1)(B)

Uno de los elementos de ‘corrección’ de las reglas del CH1980 que introduce el legislador europeo en el marco del RBIIbis es la posibilidad de que, aun existiendo las circunstancias del art. 13(1)(b) –que permitirían no devolver al/la menor porque hacerlo lo/la expondría a un grave riesgo físico o psicológico o lo/la pondría en una situación intolerable–, se proceda a su restitución si se adoptan las medidas de aseguramiento para protegerlo/a en el Estado de origen (art. 11.4 RBIIbis). La compatibilidad de este precepto con el CH1980

⁵⁹ En este sentido es muy significativo el trabajo de TRIMMINGS, K., *Child Abduction...*, *op. cit.* pp. 47-69.

es dudosa⁶⁰ y su efectividad puede considerarse relativa a tenor de los estudios realizados.⁶¹ Pero sobre todo se ha criticado que su fundamentación responda a un supuesto uso abusivo del art. 13(1)(b) –que no se ha justificado debidamente desde la UE– y que no aborde los problemas que debería haber considerado, *i.e.* las condiciones en que debe producirse la restitución a pesar del riesgo para el/la menor.⁶² Así, se ha indicado que resulta difícil identificar qué medidas pueden adoptarse para garantizar la protección del/la menor en el marco de esta regla.⁶³ Además se ha reprochado que, conforme al art. 11.4 RBII*bis* no es posible establecer quién tiene la carga de la prueba y tampoco está claro si hay que demostrar primero la existencia del daño y luego la adopción de las medidas en el Estado de origen o si basta con que existan medidas, aunque no se haya probado el daño, para autorizar el retorno.⁶⁴ También se ha criticado la presunción de que todos los Estados miembros aplican idénticos estándares de protección respecto de los/las menores, desconociendo la realidad de las cosas.⁶⁵ Por último, se sostiene que el art. 11.4 RBII*bis* no atiende debidamente a las situaciones de violencia familiar respecto del/la menor o del progenitor sustractor.⁶⁶ En este sentido, reforzar el mecanismo de retorno puede poner en riesgo al/la menor (y, en su caso, al progenitor que lo sustrajo). Para responder a esta situación, se proponía revisar el art. 11.4 RBII*bis* incluyendo una referencia expresa a estas situaciones⁶⁷ o estableciendo la imposibilidad absoluta de retornar al/la menor cuando la sustracción se haya producido para huir de la violencia doméstica.⁶⁸

⁶⁰ PRETELLI, I., “Child abduction and return procedures” en *Recasting the Brussels IIa Regulation (Compilation of briefings for the JURI Committee 8 November 2016)*, PE 571.383, pp. 4-16, p. 10 (http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU%282016%29571383_EN.pdf).

⁶¹ Así lo constatan LOWE, N. / STEPHENS, V., “Operating the 1980 Hague Abduction Convention in the context of Brussels IIa –the 2015 Statistics”, *International Family Law*, 2018, pp. 12-24, p. 17 tanto respecto de las últimas estadísticas de 2015 como en relación con el estudio de 2008.

⁶² TRIMMINGS, K., *Child Abduction...*, cit. pp. 237-247. Una visión más favorable del artículo en PATAUT, E., “Article 11”, *Brussels IIbis Regulation*, MAGNUS, U./MANKOWSKI, P. (eds.), Sellier, Munich, 2012, pp. 127-145, p. 138.

⁶³ En este sentido, HOLLIDAY, J., “The Rights of the Child. Amending Brussels IIa”, *International Family Law*, 2015, pp. 38-39, p. 39 apunta que sería necesario identificar en una revisión del texto si es posible utilizar medidas como las previstas en el art. 11 Convenio de La Haya de 1996, solución que se había sostenido por VAN LOON, H., “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *Cross-border activities in the EU- Making life easier for citizens*, Workshop for the JURI Committee, 2015, pp. 178-207 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf)) pp. 194 y 197.

⁶⁴ TRIMMINGS, K., *Child Abduction...*, cit. pp. 138-140.

⁶⁵ TRIMMINGS, K., *Child Abduction...*, cit. p. 144.

⁶⁶ Y ello a pesar de que desde el Parlamento europeo ya se había advertido de esta necesidad en 2002, vid. TRIMMINGS, K., *Child Abduction...*, cit. pp. 149-155. Sin embargo, REQUEJO ISIDRO, M., “Secuestro de menores...”, *op. cit.* p. 194 ha sostenido que precisamente el art. 11.4 permitiría superar la debilidad de los *undertakings* al ofrecer medidas de protección al progenitor sustractor que ha huido de la violencia.

⁶⁷ CARPANETO, L., “On the Recast of Brussels II *bis* Regulation’s Regime on Parental Responsibility: few Proposals *de iure condendo*”, en *Party Autonomy in European Private (and) International Law*, tome I, 2015, pp. 247-286, p. 284.

⁶⁸ PRETELLI, I./AL., *Cross-border parental child abduction in the European Union*, Study for the LIBE Committee, European Parliament (PE 510-012), 2015, pp. 20 y 24 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU\(2015\)510012_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU(2015)510012_EN.pdf)).

B) EL MECANISMO DE PREVALENCIA O DE ÚLTIMA PALABRA

La inclusión de este mecanismo de revisión de la decisión del tribunal del Estado donde ha sido desplazado/a el/la menor suscitó desde el inicio grandes recelos, en primer lugar por la distorsión que supone su aplicación entre Estados miembros al quebrar el principio de confianza mutua y retrasar la resolución definitiva del supuesto con la intervención de la autoridad del Estado de origen del/la menor.⁶⁹ Igualmente resulta discutible que se introduzca en un mismo Estado un tratamiento distinto para situaciones similares en función de si el secuestro es intra-UE o no.⁷⁰ Además, al haberse hecho más duro el control del art. 13(1)(b) como resultado del art. 11.4 RBIIbis, y al incluirse los supuestos del art. 13 CH1980 en el mecanismo de última palabra, se podría estar verificando una interpretación más generosa y un repunte en la invocación de otras causas de oposición al retorno, *v. gr.* los arts. 3, 12 y 20 CH1980, lo que constituiría un efecto adverso del modelo.⁷¹ Más aún, el análisis empírico parece sostener que el funcionamiento de este mecanismo no ha respondido a los fines que perseguía, lo que cuestiona la necesidad y utilidad del sistema.⁷²

De este modo, el sistema diseñado en los arts. 11.6 a 11.8 RBIIbis ha sido uno de los puntos que más peticiones de reforma ha suscitado. Algunas de las críticas han exigido eliminar el procedimiento o al menos restringirlo exclusivamente a los supuestos en que se invoque el art. 13(1)(b) CH1980. En particular se cuestiona que, una vez que el/la menor ha manifestado que no desea volver, se le obligue a pronunciarse otra vez en un segundo procedimiento.⁷³ También se apuntan dudas sobre el alcance del mecanismo, es decir, si es aplicable cuando la oposición al retorno no se fundamenta en un único motivo.⁷⁴ Adicionalmente, se indica que, de mantenerse el mecanismo, debería revisarse el art. 42 RBIIbis para que el tribunal de origen haga constar en qué circunstancias se dio audiencia a las partes, por qué no se escuchó al/la menor y en qué sentido se valoraron las pruebas sobre las que se fundamenta el no retorno del/la menor.⁷⁵

C) LA EJECUCIÓN DIRECTA DE LAS RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESTITUCIÓN

El RBIIbis introdujo por primera vez en una norma europea la posibilidad de ejecutar directamente una resolución dictada en un Estado miembro, lo que suponía un cambio

⁶⁹ GALLUS, N., “The point of view of a specialised lawyer”, *Recasting the Brussels IIa Regulation. Workshop 8 November 2016*, Compilation of Briefings for the JURI Committee, PE 571.383, pp. 29-35, p. 31 (disponible en [www.europarl.europa.eu/.../IPOL_STU\(2016\)571383_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/.../IPOL_STU(2016)571383_EN.pdf)).

⁷⁰ KRUGER, TH. /SAMYN, L., “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, vol. 12:1, 2016, pp. 132-168, p. 159.

⁷¹ TRIMMINGS, K., *Child Abduction...*, *cit.* pp. 114-115 y 134-135 sugiere de manera cautelosa esta consecuencia, que también parece confirmar el análisis de LOWE, N. / STEPHENS, V., “Operating the 1980 Hague Abduction Convention ...”, *op. cit.*, p. 17.

⁷² VAN LOON, H., “The Brussels IIa Regulation...”, *op. cit.*, pp. 202-203; BEAUMONT, P./ WALKER, L./ HOLLIDAY, J., “Conflicts...”, *cit.*, p. 258.

⁷³ KRUGER, TH. /SAMYN, L., “Brussels II bis...”, *ult. loc. cit.*

⁷⁴ KRUGER, TH. /SAMYN, L., “Brussels II bis...”, *ult. loc. cit.*

⁷⁵ BEAUMONT, P./WALKER, L./ HOLLIDAY, J., “Conflicts...”, *cit.*, p. 258.

radical frente al tradicional sistema de *exequatur*. Los nuevos arts. 40 y ss RBIIbis permitían proceder a dicha ejecución porque todos los controles realizados habitualmente en el Estado requerido en el *exequatur* se habían anticipado en el proceso en el que se certifica la sentencia como ejecutiva a los efectos del RBIIbis. Este mecanismo se introdujo sin una armonización mínima de las reglas procesales de los Estados miembros.⁷⁶ La imposible oposición a la ejecución y la desaparición de todo control por parte del Estado requerido suscitó pronto recelos en algunos Estados miembros en cuanto a las adecuadas garantías que los procedimientos tenían en origen, poniendo de manifiesto que el principio de confianza mutua entre Estados miembros no estaba suficientemente maduro para aceptar la ejecución directa sin un último control por parte del Estado requerido,⁷⁷ como implícitamente se reconoció en otros textos que regulaban la ejecución directa de decisiones provenientes de otro Estado miembro.⁷⁸

Esta tensión quedó reflejada en el asunto *Aguirre Zarraga*, en el que los tribunales alemanes rechazaron la ejecución de la resolución dictada por un tribunal español en materia de restitución de una menor alemana que había sido desplazada desde España a Alemania por su madre. Dado que la menor no había comparecido en el proceso abierto en España, las autoridades alemanas consideraron que si se ejecutaba la sentencia en Alemania se estaría vulnerando un derecho fundamental a la tutela judicial de la menor (conforme al art. 24 de la Carta europea de derechos fundamentales), que no había sido escuchada en juicio. El TJUE aclaró que el procedimiento previsto en el RBIIbis no admite la posibilidad de invocar esta excepción, pues de otro modo se quebraría el principio de confianza mutua entre los Estados miembros. Además estableció que este mecanismo no impide que la parte demandada invoque la vulneración de ese derecho, pero debe hacerlo en el Estado miembro donde se esté litigando sobre la menor, nunca en el Estado requerido en sede de ejecución.⁷⁹ La sentencia ha sido objeto de lecturas críticas pero ello no ha supuesto que el TJUE modifique su línea interpretativa.⁸⁰

⁷⁶ En concreto, el art. 42.2 RBIIbis exige que se controle que a) se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; b) se ha dado a las partes posibilidad de audiencia; c) al tomar la decisión en la que ordena el retorno, el tribunal ha tomado en cuenta los argumentos y los elementos probatorios en que se fundó la decisión de no retorno emitida al amparo del art. 13 CH 1980.

⁷⁷ Así se pone de manifiesto por ejemplo en HESS, B. / PFEIFFER, T., *Interprétation de l'exception d'ordre public telle que prévue par les instruments du droit international privé et du droit procédural de l'Union européenne*, Direction Générale des politiques internes. Département Thématique C: Droits des citoyens et affaires constitutionnelles, 2011, pp. 37-38 (disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2011/453189/IPOL-JURI_ET\(2011\)453189_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2011/453189/IPOL-JURI_ET(2011)453189_FR.pdf)).

⁷⁸ Así, el Reglamento del título ejecutivo europeo sí introdujo la salvaguarda del orden público, lo que podría haber facilitado el proceso de aceptación de la reforma (en este sentido, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a A., “La reforma del Reglamento (CE) N° 2201/2203: análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2018, pp. 767-785, p. 771).

⁷⁹ Asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, de 22 de diciembre 2010, ECLI:EU:C:2010:828.

⁸⁰ Así, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del *exequatur* y derecho del niño a ser oído”, *La Ley*, n° 7578, 28 febrero 2011, p. 4, considera que en este caso se daban circunstancias suficientemente especiales como para que el Tribunal hubiera tenido un papel más 'legislativo'.

También problemática fue la resolución del asunto *Povse*, donde estaba en cuestión la valoración del interés superior de la menor en el caso. En este supuesto la madre – austríaca- había desplazado ilícitamente a su hija desde Italia a Austria, cuyos tribunales se opusieron al retorno de la menor. Obtenida resolución de retorno en Italia, el padre solicita la ejecución en Austria conforme al art. 42 RBIIbis, a lo que las autoridades austríacas se oponen inicialmente al considerar que, de hacerlo, se pondría a la menor en un grave riesgo psicológico, si bien posteriormente se ordena la restitución, decisión que se recurre por la madre y para cuya resolución el Tribunal supremo austríaco plantea varias cuestiones prejudiciales al TJUE. En lo relativo al art. 42, el TJUE confirmó que la ejecución de una decisión certificada no es susceptible de oposición si, con posterioridad a que se hubiera dictado la resolución, se ha producido una modificación de las circunstancias que podría suponer un grave menoscabo al interés superior del/la menor. Esta circunstancia debería invocarse ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen, junto con una eventual demanda de suspensión de la ejecución de la resolución.⁸¹ Varios años después, en relación con este mismo caso, el TEDH se pronunció sobre la compatibilidad del mecanismo de ejecución directa –que no deja margen de apreciación al tribunal del Estado requerido para oponerse- con la protección del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH. El TEDH consideró que el mecanismo previsto en el RBIIbis es compatible con dicho artículo en la medida en que la Unión Europea ofrece una protección equivalente a la que proporciona el CEDH.⁸²

Estos dos llamativos casos no reflejan, sin embargo, el impacto real de la ejecución directa de las resoluciones resultantes del art. 11.8 RBIIbis. Así, los estudios empíricos demuestran que un 75% de las decisiones de retorno no se ejecutaron finalmente,⁸³ lo que cuestiona no sólo la razonabilidad sustantiva del mecanismo sino su propia eficacia. En consecuencia, se ha sugerido bien eliminar este sistema, bien que estas decisiones puedan ser revisables en el Estado requerido por contrariedad con los derechos fundamentales o cambio de las circunstancias.⁸⁴

2. Cambios en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis

La regulación de la sustracción internacional de menores es uno de los puntos especialmente problemáticos en la aplicación del RBIIbis que pretende abordar la propuesta de Reglamento. Analizaremos tres de las reformas relativas a la sustracción de menores: en primer lugar, la modificación del art. 11.4 RBIIbis en lo relativo a las medidas que permiten ordenar el retorno del/la menor (*infra* A). Seguiremos con la revisión del mecanismo de ‘última palabra’ del tribunal de la residencia habitual del/la menor inmediatamente anterior al traslado o retención (*infra* B). Por último, se presentará cómo incide la revisión del proceso de ejecución –al eliminarse el *exequatur* en el marco del Reglamento- en la ejecución de las resoluciones que ordenan el retorno del/la menor

⁸¹ Asunto C-211/10 PPU, *Povse*, de 1 de julio 2010, ECLI:EU:C:2010:400, paras. 80 a 83.

⁸² Asunto *Povse c. Austria*, No 3890/11, de 18 junio 2013. En esta sentencia el TEDH aplicó su doctrina de la presunción de cumplimiento desarrollada en el asunto No 45036/98 *Bosphorus*.

⁸³ BEAUMONT, P./WALKER, L./ HOLLIDAY, J., “Conflicts...”, *cit.*, p. 230 (tabla 7).

⁸⁴ BEAUMONT, P./WALKER, L./ HOLLIDAY, J., “Conflicts...”, *cit.*, p. 258.

(*infra C*).⁸⁵

A) PROCESO DE RETORNO CUANDO SE INVOCA EL ART. 13(1)(B)

La propuesta de refundición mantiene la obligación de restituir al/la menor si, habiéndose invocado el art. 13(1)(b) del Convenio, se garantiza en el Estado de origen del/la menor que se han adoptado las medidas para asegurar su protección tras el retorno. El tenor del primer párrafo del art. 25 de la propuesta es idéntico al art. 11.4 RBIIbis y hace referencia a *medidas adoptadas* relativas a la protección del/la menor. Sin embargo, el considerando 29 –que aportaría elementos para su interpretación– indica que “el órgano jurisdiccional debe, no obstante, examinar si se han adoptado *o podrían adoptarse* las oportunas medidas de protección para *eliminar todo riesgo para el interés superior del niño* que pudiera impedir la restitución en virtud del artículo 13, apartado 1, letra b), del Convenio de La Haya de 1980”. Este considerando plantea un problema de interpretación evidente, puesto que parece corregir el tenor del artículo al prever que se puede ordenar el retorno si las medidas aún no se han adoptado.⁸⁶ Aunque el considerando pueda constituir la vía por la que flexibilizar la aplicación del artículo, teniendo en cuenta las consecuencias que devolver al/la menor tiene en este contexto, habrá que entender de manera restrictiva la alternativa y permitir el retorno sólo cuando se tenga la certeza de que no va a suponer un riesgo para el/la menor. En todo caso, el menor deberá ser oído conforme a lo previsto en el art. 24 de la propuesta de Reglamento.⁸⁷ Por otra parte, aunque no aborda directamente la cuestión de la violencia doméstica, el tenor del considerando permite entender que se pueden adoptar medidas no sólo directamente relativas al/la menor sino aquellas que aseguren que no hay riesgo para su interés superior, lo que podría incluir medidas referidas al cuidador primario que invoca la violencia para no volver al Estado requirente.⁸⁸

De manera novedosa, el art. 25.1 añade la obligación de cooperación entre las autoridades de ambos Estados (bien directamente, bien a través de autoridades centrales o de la red judicial europea) y la adopción de medidas provisionales y cautelares conforme al Reglamento.⁸⁹ Este es un cambio relevante en un doble sentido. Por una parte, se implica

⁸⁵ La propuesta incorpora otros cambios en materia de sustracción de menores, fundamentalmente referidos al proceso de restitución, que ya han sido analizados en otro trabajo y al cual me remito, RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La refundición del Reglamento Bruselas IIbis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017, pp. 139-165, pp. 143-144.

⁸⁶ Esta misma contradicción se producía entre el art. 11.4 RBIIbis y la Guía de aplicación del Reglamento, si bien se había sostenido que tratándose de la Guía de aplicación, debía prevalecer el RBIIbis, vid. TRIMMINGS, K., *Child abduction...*, *op. cit.*, p. 145.

⁸⁷ La posibilidad de que el menor exprese sus opiniones (conforme al art. 20 de la propuesta) se impone siempre que se invoquen los arts. 12 y 13 CH 1980.

⁸⁸ En este sentido, BEAUMONT, P./WALKER, L. /HOLLIDAY, J., “Parental responsibility and international child abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings”, *International Family Law Journal*, 2016, pp. 307-318, p. 314.

⁸⁹ GANDÍA SELLENS, M.A.^a, “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RBIIbis; Algunos avances, retrocesos y ausencias”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2017, vol. XVII, pp. 799-820, p. 810, critica la redacción del art. 25.1º(b) al entender que puede dar lugar a confusión sobre si son medidas relativas al retorno o a la permanencia

a la autoridad del Estado requerido que ya no tiene una posición pasiva (*i.e.* constatar que se han adoptado las medidas en el Estado requirente) sino que se le exige una colaboración con la autoridad del Estado de origen del/la menor para individualizar y adoptar las medidas pertinentes.⁹⁰ De este modo la propuesta recoge parte de las indicaciones que se habían hecho respecto de la aplicación del art. 11.4 RBII*bis*. Por otra, el art. 25.1 alinea la solución con el art. 11 del Convenio de La Haya de 1996, que confiere competencia judicial internacional al juez del Estado requerido para adoptar estas medidas provisionales. Las medidas provisionales o cautelares adoptadas conforme al art. 25.1 podrán ser ejecutadas directamente en el Estado de origen del/la menor según lo previsto en el Reglamento.⁹¹

B) EL MECANISMO DE PREVALENCIA O DE ÚLTIMA PALABRA

A pesar de las críticas, el legislador europeo ha decidido mantener el mecanismo de última palabra. De este modo, el nuevo art. 26 regula el proceso ante los tribunales del Estado de la residencia habitual del/la menor tras la decisión del Estado requerido de retener al/la menor con fundamento en el art. 13 CH1980. En esencia el art. 26 retoma en sus apartados 2 y 3 en términos casi idénticos los arts. 11.6 y 11.7 RBII*bis*, añadiendo la posibilidad de que las autoridades judiciales se comuniquen a través de la Red judicial europea, y la obligación de traducir la resolución a una lengua que acepte el Estado requerido. Las novedades más notables se incorporan en los apartados 1 y 4. En el primero se introduce la obligación de especificar el artículo del CH1980 en el que se fundamenta la denegación de retorno, indicación de particular importancia a efectos de activar el mecanismo. Por su parte, el apartado 4 revisa el art. 11.8 RBII*bis* para exigir que el Estado de la residencia habitual del/la menor analice la cuestión de la custodia teniendo en cuenta el interés superior del niño y las razones que se invocan en la resolución para denegar el retorno del/la menor. De este modo se incide en el carácter diferente de este procedimiento frente al de restitución, pues no se trata de una instancia adicional para exigir el retorno del/la menor sino un proceso sobre el fondo en el que la decisión deberá realizarse *tras un cuidadoso examen del interés superior del niño*,⁹² superando la interpretación del proceso del art. 11.8 RBII*bis* como una especie de ‘segunda instancia’ en el Estado de origen.⁹³ La decisión que resulte de este procedimiento será, una vez certificada en el Estado de origen, directamente ejecutiva en los demás Estados miembros, tal y como sucedía en el RBII*bis*. Sin embargo, a diferencia de la norma a la que sustituye,

del menor, pero nos parece correcta la interpretación que da acerca de que se trata de medidas relativas al retorno.

⁹⁰ HONORATI, C., “La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis: Più tutela per i minori e più efficacia nell’esecuzione delle decisioni”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2017, pp. 249-282, p. 266.

⁹¹ Aunque hay quien ha cuestionado que, por su naturaleza, ciertas medidas puedan estar cubiertas por el Reglamento, así por ejemplo, si la medida previera que se otorgara a la madre que ha sustraído al menor una vivienda en el Estado de origen para garantizar un entorno libre de violencia familiar, puesto que este tipo de medidas, de orden social, no encajarían en el concepto de ‘materia civil’. En este sentido, WELLER, P., “Die Reform der EuEheVO”, *IPrax*, 2017, pp. 222-231, p. 226.

⁹² Considerando 30.

⁹³ Esta percepción parecía haberse agudizado por el propio TJUE con su decisión en el asunto C-211/10 PPU, de 1 julio 2010, *Povse*, ECLI:EU:C:2010:400, paras. 51-67.

la propuesta incorpora en el art. 40 la posibilidad de que la parte frente a quien se solicita la ejecución se oponga a ésta, lo que altera de manera significativa el sistema en vigor, tal y como se analiza seguidamente.

C) LA EJECUCIÓN DIRECTA DE LAS RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESTITUCIÓN

La propuesta de refundición del RBIIbis elimina con carácter general la exigencia de *exequatur* para todas las resoluciones provenientes de un Estado miembro dictadas dentro del ámbito material del Reglamento, lo que supone extender el modelo de los antiguos arts. 40 y ss RBIIbis, a todas las resoluciones en materia de menores. La eliminación del *exequatur* conlleva un refuerzo del sistema de certificados, de modo que las decisiones que circulen lo hagan en condiciones de ser identificadas como ejecutivas de forma sencilla al tiempo que se garantiza que la persona frente a la que se solicita la ejecución pueda oponerse a ésta para garantizar su derecho de defensa en el correspondiente procedimiento.⁹⁴ La obtención del certificado para la ejecución retoma algunos de los elementos ya existentes en el RBIIbis para las resoluciones en materia de sustracción de menores y derecho de visita. Así, para poder expedir este certificado el juez deberá controlar que se han respetado los derechos de defensa. Además, en los casos sobre responsabilidad parental el/la menor deberá haber tenido una auténtica y efectiva posibilidad de expresar sus opiniones (conforme al art. 20). Y si la resolución es relativa al retorno del/la menor, habrá comprobado además que el juez ha tenido en cuenta las razones y pruebas en que se fundamenta la resolución anterior dictada en otro Estado miembro en virtud del art. 13 del Convenio de 1980 (art. 53.6).⁹⁵

Una vez obtenido el certificado, la resolución es directamente ejecutiva en cualquier Estado miembro, debiendo tramitarse la ejecución conforme a las normas procesales del Estado requerido (art. 31) salvo cuando existan disposiciones específicas del Reglamento a estos efectos como los motivos tasados de oposición a la ejecución. Conforme al art. 40, la oposición a la ejecución debe fundamentarse en alguno de los motivos del art. 38(1): (a) contrariedad con el orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del/la menor; (b) indefensión producida por una incorrecta notificación; (c) falta de audiencia de quien invoca su derecho de responsabilidad parental y (d) incompatibilidad de la resolución cuya ejecución se solicita con otra posterior de otro Estado miembro o un tercer Estado. Los motivos previstos en los apartados a), b) y c) del art. 38 no pueden invocarse frente a las resoluciones relativas a un derecho de visita o la restitución del/la menor dictadas conforme al ‘mecanismo de última palabra’ (art. 40.1).

Por su parte, el art. 40.2 incorpora una combinación de las cláusulas de orden público y del interés superior del/la menor. Conforme al art. 40.2 un cambio de circunstancias o la manifestación de la voluntad del/la menor pueden hacer manifiestamente incompatible la ejecución con el interés superior del/la menor, resultando manifiestamente contraria al orden público. Esta disposición responde a parte de las críticas vertidas frente al actual

⁹⁴ Considerando 36.

⁹⁵ Con más detalle, RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La refundición...”, *op. cit.*, pp. 146-149.

sistema de ejecución del RBIIbis, corrigiendo el automatismo actual de la ejecución con una valoración de carácter más sustantivo que considere el interés superior del/la menor. En este sentido el artículo recoge la petición reiterada de considerar los elementos posteriores a la obtención de la resolución, teniendo en cuenta la naturaleza esencialmente dinámica de la protección del/la menor, en particular en los supuestos de sustracción de menores. En cierto modo el legislador europeo corrige la doctrina del TJUE⁹⁶ y es sensible a las indicaciones del TEDH en cuanto a la necesidad de incorporar el interés superior del/la menor en la aplicación de las normas sobre restitución de menores al tiempo que suaviza los efectos del mecanismo de última palabra.⁹⁷

IV. VALORACIÓN DE LAS PROPUESTAS Y DE SU POSIBLE INTERACCIÓN

Tanto la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas IIbis como la propuesta de Guía de aplicación del art. 13(1)(b) del Convenio de 1980 han sido objeto de análisis críticos que destacan sus luces y sombras. Valoraremos las aportaciones de la propuesta de Guía (*infra* 1) y de la propuesta de refundición del RBIIbis (*infra* 2) para analizar a continuación su alcance y qué resultado podría producir la aplicación de ambas propuestas de llegar a materializarse en su estado actual (*infra* 3).

1. Valoración de la Guía de aplicación del art. 13(1)(b)

Una vez decidido por la Conferencia de La Haya que la adaptación del Convenio a la realidad social en que debe aplicarse no pasa por revisar sus reglas sino la aplicación que se hace de éstas, conviene analizar si las pautas que se proponen en la propuesta de Guía de aplicación del art. 13(1)(b) responden efectivamente a esta necesidad. Buena parte de las objeciones que se habían planteado al funcionamiento del Convenio se abordan en la propuesta de Guía. En este sentido puede valorarse de modo positivo que se haya acometido esta iniciativa. Conviene indicar también la dificultad que comporta elaborar un documento sobre un tema tan sensible y donde las percepciones y la práctica en los distintos Estados son tan dispares.⁹⁸ De igual modo pueden considerarse mejoras importantes la introducción de la audiencia del menor de manera generalizada así como las indicaciones sobre la prueba exigible y los medios existentes en el Estado de origen del/la menor para asegurar el retorno, lo que permite acompasar el Convenio a la realidad ponderando los intereses del/la menor en el caso concreto.⁹⁹ Ahora bien, varias voces ya han apuntado críticas a la propuesta de Guía. Expondremos algunas de ellas siguiendo la misma estructura que al presentar las soluciones de la propuesta.

Así, en primer lugar, se objeta que la propuesta de Guía no consigue conciliar los objetivos que debería perseguir el Convenio, puesto que prioriza el retorno del/la menor

⁹⁶ Así en el asunto C-211/10 PPU, *Povse*, *supra* nota 98.

⁹⁷ RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La refundición...”, *cit.* p. 152; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a A., “La reforma del Reglamento...”, *op. cit.* p. 782 .

⁹⁸ En este sentido es especialmente ilustrativo el trabajo de HALE, B., “Taking Flight...”, *op. cit.*, que participó en la elaboración de la propuesta de Guía.

⁹⁹ Como habían pedido algunos autores, *v. gr.* REQUEJO ISIDRO, M., “Sustracción de menores...”, *op. cit.* p. 188.

sobre su bienestar¹⁰⁰ de manera que no se alcanza un equilibrio adecuado entre el retorno del/la menor y el reconocimiento de que existen circunstancias en las que devolver al/la menor supondría un riesgo para éste/a.¹⁰¹ De este modo, al incidir sobre el retorno se está desconociendo la jurisprudencia del TEDH, en particular cuando quienes se marchan son las cuidadoras primarias que huyen de la violencia doméstica.¹⁰² El enfoque adoptado pervertiría el esquema inicial del CH1980, *i.e.* que el/la menor debe estar con su cuidador primario, porque el retorno no sólo implica la vuelta a un lugar, sino con una persona. Desde estos parámetros se sostiene que sólo volviendo a este modelo se podría resolver el problema de la sustracción que resulta de violencia doméstica.¹⁰³ De hecho, la falta de atención específica al problema de las situaciones de violencia familiar es otra crítica recurrente, puesto que ésta debería ser la razón de la propuesta una vez identificada por la Conferencia la relevancia de esta cuestión en la Sexta reunión de la comisión especial.¹⁰⁴ Sin embargo, la Guía no responde a la cuestión de la violencia, poniendo en pie de igualdad esta excepción con otras circunstancias que pueden invocarse para no restituir al/la menor.

En segundo lugar, la propuesta de Guía parte de una interpretación restrictiva del art. 13(1)(b), aproximación que es criticada por estar anclada en una visión de las cosas que no se corresponde con la realidad social y porque elude que la violencia familiar subyace a buena parte de las sustracciones que se producen en la actualidad; desconocer esta realidad termina perjudicando al/la menor.¹⁰⁵ Son varios los elementos que configuran la interpretación restrictiva del artículo. Así, en primer lugar, se subraya la estrecha delimitación de la violencia (fundamentalmente asociada a violencia física) y la falta de asunción clara del impacto que la violencia en el entorno familiar (sea percibida en ‘directo’ o no) tiene sobre el/la menor.¹⁰⁶ En segundo lugar, se asume una graduación excesivamente gravosa del daño que se considera relevante para autorizar que el/la menor no sea restituido/a, porque la propuesta de Guía sólo parece tener en cuenta el daño intolerable.¹⁰⁷ También se objeta que se ponga el foco en situaciones puntuales de violencia más que en la consideración del conjunto de circunstancias que suponen un abuso, lo que no permite valorar adecuadamente el riesgo del retorno.¹⁰⁸

Un tercer grupo de críticas se centra en los modelos de análisis de la excepción del art. 13(1)(b). Por una parte se cuestiona que se propongan dos modos de abordar la excepción, ya que la mera existencia de medidas de protección no garantiza que el/la menor quede protegido/a.¹⁰⁹ En este sentido se sostiene que sólo la segunda opción sería compatible

¹⁰⁰ BARNETT, A., “Eight Letters...”, *cit.* p. 2.

¹⁰¹ BRUCH, C.S., “Eight Letters...”, *cit.* p. 5/37.

¹⁰² BARNETT, A., “Eight Letters...”, *cit.* p. 10.

¹⁰³ Así, SCHUZ, R., *The Child Abduction Convention...*, *op. cit.* p. 442; BRUCH, C.S., “Eight Letters...”, *op. cit.* p. 2/34

¹⁰⁴ WEINER, M.H., “Eight Letters...”, *cit.* p. 14/107.

¹⁰⁵ BARNETT, A., “Eight Letters...”, *cit.* p. pp. 7-8; SHETTY, S./EDLESON, J.L., “Eight Letters...”, *cit.* p. 2/89.

¹⁰⁶ BARNETT, A., “Eight Letters...”, *cit.* p. 4.

¹⁰⁷ WEINER, M.H., “Eight Letters...”, *cit.* p. 12/105.

¹⁰⁸ BARNETT, A., “Eight Letters...”, *cit.* pp. 15 ss.

¹⁰⁹ BROWN, P. /MEIER, J., “Eight Letters...”, *cit.* p. 4/27.

con el Convenio.¹¹⁰ Se alega además que estas opciones conllevan consecuencias inaceptables pues, al poner el foco en las medidas de protección más que en las alegaciones de violencia, se favorece la posición del maltratador¹¹¹ cuando, de verificarse la existencia de violencia, no debería restituirse al/la menor.¹¹²

Las consideraciones se extienden también a las medidas de garantía que se proponen. Se incide en que la Guía manifiesta un exceso de confianza en que las medidas de protección son suficientes para garantizar un retorno rápido del/la menor¹¹³ y sobre todo, para protegerlo/a.¹¹⁴ Tampoco se aprecia positivamente la recomendación de recurrir a los *undertakings*, que se ven como ilusorios y contrarios al interés del/la menor.¹¹⁵ Lo que subyace a estas críticas es un cuestionamiento del propio sistema, que confía en una colaboración entre autoridades que no se corresponde con la realidad de las cosas, y que parte de un modelo en el que desconfiar de las garantías que ofrece otro Estado equivaldría a contravenir el propio espíritu del Convenio.¹¹⁶

Un último conjunto de críticas se dirige a los mecanismos de prueba de las alegaciones que fundamentan la excepción del art. 13(1)(b). Ésta corresponde a quien la invoca, pero se cuestiona que en propuesta de Guía se siga reenviando a las normas procesales de cada Estado contratante para establecer los medios y carga de la prueba, lo que no permite alcanzar una aplicación homogénea del Convenio sin reconocer las dificultades que la prueba de la violencia puede tener para quien la invoca. Más aún si dicho estándar de prueba es indebidamente alto y pone en peligro la consecución de los objetivos del Convenio.¹¹⁷ Ello genera una intolerable cultura de la sospecha frente a quien invoca la violencia.¹¹⁸

Estas y otras valoraciones realizadas a la propuesta de Guía han encontrado eco en la Conferencia de La Haya, en las discusiones de la Séptima reunión de la Comisión especial sobre la aplicación de los Convenios de 1980 y 1996 celebrada en otoño de 2017. En particular el tratamiento de la violencia doméstica parece haber sido un elemento significativo en este sentido. Menos alcance parecen haber tenido, sin embargo, las críticas relativas al refuerzo ‘ciego’ de la colaboración entre autoridades como medio para mejorar el retorno de los/las menores.¹¹⁹ Es evidente, pues, que tanto el tema de la

¹¹⁰ BARNETT, A., “Eight Letters...”, *cit.* p. 18.

¹¹¹ BARNETT, A., “Eight Letters...”, *cit.* p. p. 19.

¹¹² LUCAS, P., “Eight Letters...”, *cit.* p. 6/70.

¹¹³ BARNETT, A., “Eight Letters...”, *cit.* pp. 17 ss; BROWN, P. /MEIER, J., “Eight Letters...”, *cit.* p. 3/26

¹¹⁴ BROWN, P. /MEIER, J., “Eight Letters...”, *cit.* p. 6/29; LUCAS, P., “Eight Letters...”, *cit.* p. 6/70.

¹¹⁵ SCHAFFRAN, L.H., “Eight Letters...”, *cit.* p. 3/75

¹¹⁶ BROWN, P. /MEIER, J., “Eight Letters...”, *cit.* p. 3/26; BRUCH, C.S., “Eight Letters...”, *cit.* p. 8/40; SCHAFFRAN, L.H., “Eight Letters...”, *cit.* p. 4/76; SHETTY, S./EDLESON, J.L., “Eight Letters...”, *cit.* p. 3/90; WEINER, M.H., “Eight Letters...”, *cit.* p. 6/99.

¹¹⁷ BARNETT, A., “Eight Letters...”, *cit.* pp. 12 ss; LUCAS, P., “Eight Letters...”, *cit.* p. 4/78.

¹¹⁸ BARNETT, A., “Eight Letters...”, *cit.* p. 11.

¹¹⁹ Como se recoge en The Judges’ Newsletter (Special focus The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention 10-17 October 2017), vol- XXI, winter-spring 2018, p. 17, se observó la necesidad de producir un texto más conciso, que integrara los escenarios de la parte IV en el texto de la Guía. De igual modo se discutió la necesidad de incorporar el Anexo III (sobre violencia doméstica) en el

violencia familiar como la cooperación para garantizar el retorno del menor necesitan aún de una reflexión ulterior. Con todo, ambas cuestiones son lo suficientemente sensibles como para que pueda aventurarse que no se va a alcanzar un consenso que suponga cambios drásticos en el texto final.

2. Valoración de la propuesta de refundición del RBIIbis

El análisis que se ha llevado a cabo de la propuesta de refundición del RBIIbis ha sido bastante positivo en líneas generales ya que la propuesta intenta responder a parte de las críticas vertidas a las actuales soluciones y a los problemas de funcionamiento. Con todo, el texto sigue sin abordar otras, por lo que la valoración del resultado en ocasiones es crítica. En este sentido, llama la atención que no se haya modificado el art. 25.1, incorporando alguna de las objeciones o aclaraciones que se sugerían respecto del art. 11.4 RBIIbis, especialmente cuando son las mismas cuestiones que aborda la propuesta de Guía de aplicación del art. 13(1)(b). En particular, existen dudas sobre el alcance de la reforma en cuanto se refiere a la protección del progenitor sustractor en casos de violencia doméstica, porque las medidas de protección previstas en el Reglamento se refieren al/la menor.¹²⁰

Por otra parte, una vez que se ha decidido mantener el mecanismo de última palabra, se critica que el art. 26.2 no haya limitado su ámbito de aplicación a los supuestos del art. 13(1)(b) en lugar de a todos los previstos en el art. 13, porque en los demás casos –en particular cuando el/la menor ha expresado su voluntad de permanecer en el Estado requerido– no tiene sentido que el tribunal del Estado de origen decida de nuevo teniendo en cuenta que, cuando el/la menor se ha opuesto al retorno en el Estado requerido, no se suele ordenar su retorno.¹²¹ También ha merecido una valoración negativa que, para que prospere la oposición a la ejecución del art. 40.2, se establezca la concurrencia de dos condiciones, *i.e.* que la ejecución sea manifiestamente incompatible con el interés superior del/la menor y que exista un cambio de circunstancias.¹²²

En realidad, podría sostenerse que la propuesta de Reglamento deja sin resolver de manera clara las mismas cuestiones que la propuesta de Guía del artículo 13: cómo abordar la cuestión de la violencia familiar en materia de sustracción y cómo garantizar que una confianza impuesta ‘desde arriba’ en la cooperación entre autoridades redunde efectivamente en la protección efectiva del menor. Y si bien en un ámbito de integración como la Unión Europea la cooperación podría darse por más consolidada, lo cierto es que

texto principal y de abordar la cuestión de la violencia doméstica en un texto distinto o de identificar de manera más clara qué es violencia doméstica a efectos del Convenio y no sólo en relación con el art. 13(1)(b).

¹²⁰ BEAUMONT, P./WALKER, L./HOLLIDAY, J., “Parental responsibility...”, *op. cit.* p. 314, entienden que podría salvarse esta limitación interpretando de manera generosa el considerando 29 al entender que las medidas que se adoptan sobre el menor incluyen también al progenitor.

¹²¹ KRUGER, T., “Brussels IIa Recast moving forward”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2017, pp. 462-476, p. 471. BEAUMONT, P./WALKER, L./HOLLIDAY, J., “Conflicts...”, *op. cit.*, p. 224, señalan además la inutilidad del proceso teniendo en cuenta la dificultad que tiene el tribunal de origen para escuchar realmente al menor que no ha vuelto.

¹²² BEAUMONT, P./WALKER, L./HOLLIDAY, J., “Parental responsibility...”, *op. cit.* p. 313.

la desconfianza entre autoridades está presente, y de ahí la existencia de mecanismos de revisión de las actuaciones de la autoridad de otro Estado miembro. En este sentido, aunque las medidas se vistan de actuaciones para garantizar el interés superior del menor, se sigue percibiendo una cierta primacía de los intereses de la integración europea frente a la resolución de las situaciones de los particulares, lo que no deja de resultar llamativo en temas tan sensibles como el de la sustracción de menores.

3. Concurrencia de la Guía del art. 13(1)(b) y la refundición del RBIIbis

Una vez valoradas ambas propuestas, llega el momento de profundizar en las consecuencias que tendría de cara al procedimiento de restitución de menores que los textos se adoptaran en su actual redacción. Por una parte se constata una cierta convergencia soluciones, con efectos positivos y negativos (*infra* A). Por otra, la concurrencia de soluciones para un caso puede generar algunos problemas de aplicación e interpretación y cuestionar, una vez más, el impacto que las soluciones europeas tienen en la aplicación del Convenio de La Haya (*infra* B).

A) LA (INDEBIDA) ALINEACIÓN DE LAS SOLUCIONES

A la luz de las consideraciones previas, se puede observar que en las dos propuestas hay tendencias comunes que alinean de manera significativa las soluciones adoptadas en el ámbito de la Unión y en la Conferencia de La Haya.¹²³ Esto es evidente por ejemplo en la convergencia a la hora de reforzar el principio de audiencia del/la menor, que sólo se recoge de manera expresa en el art. 13(2) CH1980 pero que la propuesta de Guía incorpora a todas las situaciones de restitución en que esté implicado/a.¹²⁴ Esta precisión es claro reflejo de la obligación (que no derecho) según la propuesta de Reglamento de escuchar al/la menor siempre que se invoquen los arts. 12 y 13 CH1980 –salvo si no es apropiado por la edad y madurez del/la menor. De este modo, la propuesta de Guía del art. 13(1)(b) introduce consideraciones que acercan la interpretación del citado artículo a una práctica que se está desarrollando en la Unión Europea y que responde a las exigencias de la CDN. De igual modo, ambas propuestas subrayan la importancia de recurrir al art. 11 Convenio de La Haya 1996 para la adopción de medidas provisionales y cautelares en el marco de la sustracción internacional y, en particular, para la adopción de medidas que permitan garantizar el retorno del/la menor en seguridad a su Estado de origen.

También es evidente el acercamiento de soluciones en lo relativo a la cooperación de autoridades para asegurar el retorno del/la menor. La relevancia de estas autoridades queda manifiesta en el art. 25 de la propuesta de refundición del Reglamento y, de manera continuada, en la propuesta de Guía del art. 13(1)(b). De hecho, la Conferencia de La

¹²³ Así lo había constatado ya también en relación con la propuesta de Reglamento el PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, “The link with international instruments and third countries”, *Recasting the Brussels IIa Regulation. Workshop 8 November 2016*, Compilation of Briefings for the JURI Committee, PE 571.383 (disponible en [www.europarl.europa.eu/.../IPOL_STU\(2016\)571383_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/.../IPOL_STU(2016)571383_EN.pdf)), pp. 63-72, p. 72.

¹²⁴ Propuesta de Guía, §70.

Haya había sugerido la posibilidad de que los cambios del art. 25 de la propuesta de refundición del Reglamento pudieran aplicarse también por los Estados miembros cuando se tratara de situaciones dentro del ámbito de aplicación del CH1980.¹²⁵ En ambos modelos la colaboración presupone un grado de confianza entre los sistemas y las autoridades de los Estados participantes que, sin embargo, ha sido cuestionado en la medida en que la realidad dista bastante de un modelo en el que todos los participantes ofrecerían la misma protección y serían dignos de idéntica confianza. En este sentido, resulta relevante observar cómo el art. 11.4 RBIIbis no ha terminado de funcionar dentro de la Unión, donde se presupone un clima de confianza mutua superior por el proceso de integración. Con estas premisas es inevitable que surja la duda sobre la viabilidad de articular una solución equivalente y efectiva en un marco internacional.

Pero probablemente la objeción más relevante a la convergencia de soluciones resulta del énfasis en el retorno del/la menor, lo que algunas voces han considerado una indebida alineación de las soluciones del Convenio con las del Reglamento, reforzando una visión del art. 13(1)(b) que se compecece mal con la interpretación realizada en otros países no europeos (*v. gr.* Estados Unidos).¹²⁶ Este paralelo resulta de poner todo el acento en la adopción de medidas para asegurar el retorno del/la menor,¹²⁷ lo que puede ser especialmente preocupante cuando se entiende que la visión del funcionamiento el art. 13(1)(b) es ya muy restrictiva en algunos Estados de la UE y resultaría reforzada con este enfoque.¹²⁸

Ello puede ser particularmente preocupante en las situaciones de violencia familiar puesto que la propuesta de Guía no permite mejorar la protección del/la menor en el marco de las restituciones intracomunitarias, donde tampoco se contempla de manera específica este tipo de situaciones. En efecto, la propuesta de refundición del RBIIbis no incorpora mecanismos específicos de protección en el caso de que se haya invocado la violencia familiar, desatendiendo así la indicación que había hecho el Parlamento sobre la necesidad de revisar las órdenes de retorno si se adoptan medidas de protección suficientes en los casos de violencia.¹²⁹ Resulta también significativo que ninguno de los dos textos aluda a otras medidas de protección que podrían adoptarse para proteger, en su

¹²⁵ Tanto en lo relativo a la cooperación de autoridades como en materia de medidas provisionales y cautelares para garantizar el retorno, de modo que el art. 25 de la propuesta de refundición podría aplicarse también por los Estados miembros cuando se tratara de situaciones dentro del ámbito de aplicación del CH1980 (PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, “The link with international instruments...”, *op. cit.* p. 66).

¹²⁶ WEINER, M.H., “Eight Letters...”, *cit.* p. 3/96

¹²⁷ BARNETT, A., “Eight Letters...”, *cit.* p. 17.

¹²⁸ BARNETT, A., “Eight Letters...”, *cit.* p. 9. Esta percepción podría resultar corroborada por el análisis de las estadísticas de la aplicación del Convenio de La Haya, pues como indican LOWE, N. / STEPHENS, V., “Operating the 1980 Hague Abduction Convention ...”, *op. cit.*, pp. 15-16, con los datos de 2015 el número de solicitudes en las que se ordenó el retorno sigue siendo superior en el ámbito de los asuntos regulados por el RBIIbis (47% frente al 42% en asuntos sujetos al CH1980) pero se acerca e incrementa en los casos sujetos al CH1980 respecto de lo que sucedía en 2008 (52% de restituciones en casos del RBIIbis frente a 39% en casos del Convenio).

¹²⁹ *Supra* notas 70-71.

caso, al progenitor que huye de la violencia.¹³⁰ En este sentido puede plantearse la duda de si una interpretación más ‘dura’ del art. 13(1)(b) no va a potenciar que, para evitar el retorno en situaciones de violencia doméstica, se recurra a otros cauces de oposición al retorno (como por ejemplo el art. 20 del Convenio), tal y como parece haber sucedido en el marco del RBIIbis.

Por último, a pesar de las diferencias en el texto, podría constatarse también una convergencia en relación con las medidas de protección. En efecto, conforme a la Guía, para que se pueda evitar el juego del art. 13(1)(b) es preciso que se hayan adoptado o *se puedan adoptar* medidas de protección del/la menor en el Estado requirente, mientras que el art. 25.1 de la propuesta de Reglamento exige que las medidas se hayan adoptado para poder ordenar el retorno. Sin embargo, el considerando 29 matiza el tenor del artículo indicando que el juez valorará si las medidas *pueden ser adoptadas*. Aunque en este trabajo se ha propuesto una interpretación más apegada a la literalidad del art. 25.1, lo cierto es que de imponerse la indicación del considerando, ambas soluciones serían similares. Además, la propuesta de Guía habla de medidas adecuadas y eficaces mientras que el Reglamento habla de medidas adecuadas, si bien se ha sostenido que una medida no puede ser adecuada si no es también eficaz.¹³¹ En este sentido, y dado el mayor detalle que incorpora la propuesta de Guía, bien podría resultar que el estándar de aplicación de estas medidas en los países de la Unión Europea venga finalmente determinado por las indicaciones de la Guía.

B) EL IMPACTO DE LA REFUNDICIÓN DEL REGLAMENTO EN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

A la luz de lo analizado en páginas precedentes, resulta evidente que la aprobación de la propuesta de refundición del Reglamento tendrá un impacto en la aplicación del Convenio de La Haya. Así, la propia Conferencia de La Haya parece haber aceptado que algunas de las soluciones previstas en la propuesta de refundición del RBIIbis (como por ejemplo respecto del art. 25) podrían constituir un estándar para los Estados miembros en la aplicación del Convenio que afectaría a su aplicación respecto de Estados no miembros de la UE.¹³² Esto puede suscitar dudas acerca de la conveniencia de generar un Convenio a ‘dos velocidades’ donde determinados Estados (de la UE) tengan estándares de cooperación más elevados que otros. Sin duda esta duplicidad de soluciones puede tener un efecto en la aplicación uniforme del Convenio.¹³³

La propuesta de refundición del RBIIbis mantiene además el mecanismo de última palabra, *i.e.* la posibilidad de que la autoridad del Estado requirente revise la decisión de

¹³⁰ Como se puso de manifiesto en la Séptima reunión de la Comisión especial sobre la aplicación de los Convenios de 1980 y 1996, existen dudas acerca de la necesidad y conveniencia de un instrumento específico en esta materia, vid. “The Judges’ Newsletter” vol- XXI, *cit.* p. 19.

¹³¹ REQUEJO ISIDRO, M., “Secuestro de menores...” *op. cit.* p. 194, sostiene que adoptar una medida adecuada implica necesariamente un mecanismo eficaz de protección.

¹³² *Supra* nota 128.

¹³³ KOHLER, Ch./PINTENS, W., “Entwicklungen im europäischen Personen- und Familienrecht 2015–2016”, *FamRZ*, heft 18, 2016, pp. 1509- 1523, p. 1517.

no retorno adoptada en virtud del art. 13 CH1980 y ordene la restitución del/la menor en todo caso al Estado miembro de origen del/la menor, una alteración importante en el funcionamiento del Convenio que cuestiona el principio de confianza entre los Estados partes del Convenio pero también el principio de confianza mutua entre los Estados miembros de la UE. La propuesta de refundición del Reglamento no sólo no revierte la situación sino que introduce una posibilidad de veto de la ejecución de la resolución de retorno dictada en el Estado de origen del/la menor. De este modo, el Estado requerido – cuando sea un Estado de la UE- tendrá una doble ocasión de oponerse a la restitución del/la menor, en primer momento por vía del art. 13 CH1980 y, en un segundo, en aplicación del art. 40.2 de la propuesta de Reglamento. Esta segunda vía puede tener impacto en la aplicación uniforme del Convenio en función de que el/la menor proceda de otro Estado miembro o de un Estado contratante.¹³⁴ Y si bien esta última opción se activará en interés del/la menor, lo cierto es que la resolución definitiva del secuestro se prolongará durante un tiempo más largo, lo que en sí mismo no es adecuado para proteger dicho interés.

Por otra parte, de aprobarse tanto la propuesta de Guía del art. 13(1)(b) como la de refundición del Reglamento en los términos actuales, si se invoca el art. 13(1)(b) y el juez del Estado requerido constata que no se han adoptado medidas de protección del/la menor que garanticen su retorno en seguridad al Estado requirente, el Estado requerido denegará la restitución pero el mecanismo de última palabra del Reglamento permitiría al juez Estado requirente ordenar el retorno en el marco de proceso de custodia (art. 26.4). En esta hipótesis, el juez deberá analizar las razones por las que se ha adoptado esa medida en el Estado requerido. Es más, si esta última autoridad ha adoptado esta decisión conforme a las indicaciones de la propuesta de Guía del art. 13(1)(b), lo habrá hecho en colaboración con la autoridad del Estado requirente. Siendo esto así, ¿tendría todavía un margen de valoración el juez del Estado de origen del/la menor para llegar a una conclusión diferente y ordenar el retorno del/la menor? La creciente cooperación entre autoridades debería reducir la posibilidad de que se produjera esta circunstancia, ahora bien, dado el carácter no normativo de la propuesta de Guía, no cabe excluir que la autoridad de origen entienda que debe imponerse en todo caso la aplicación del art. 26.4 de la propuesta de Reglamento y revisar, en todo caso, la inicial posición en la decisión que resuelve sobre la custodia del/la menor.

En esta misma línea puede apuntarse el conflicto que podría plantearse entre la imperatividad del retorno (cuando se han adoptado o puedan adoptar medidas de protección) que el art. 25 de la propuesta de refundición del Reglamento impone frente al margen de valoración que tendría la autoridad conforme a la propuesta de Guía del art. 13(1)(b).¹³⁵ Si bien en el marco del RBIIbis no parece discutible que el retorno deba ordenarse, el art. 74 de la propuesta de refundición del RBIIbis establece que en supuestos de sustracción intra-comunitaria “se aplicarán las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III del presente Reglamento”, lo

¹³⁴ Así, WELLER, P., “Die Reform...”, *op. cit.* p. 228.

¹³⁵ Así, la propuesta de Guía (§142) indica que si el tribunal no está convencido de que se puedan adoptar medidas de protección adecuadas y suficientes, *debería considerar no restituir al menor.*

que se entiende refuerza el carácter complementario de ambos textos.¹³⁶ Siendo esto así, cabe preguntarse si sería posible que el juez impusiera en todo caso el retorno. Si lo fuera, ello podría resultar en que en un mismo Estado, ante supuestos similares en los que el Estado requirente adopta (o puede adoptar) medidas de protección que no se estiman adecuadas en el Estado requerido, se resolviera de manera diferente, ordenando el retorno en unos casos y en otros no, dependiendo de cuál fuera el marco normativo aplicable.

V. CONCLUSIÓN

Las críticas al Convenio de La Haya 1980 y al RBIIbis han permitido detectar problemas similares en relación con el retorno del menor tras una sustracción. Los problemas de aplicación del art. 13(1)(b) CH1980 que pretende abordar la propuesta de Guía no son muy distintos de los que debería plantearse un juez europeo en aplicación del art. 11.4 RBIIbis. El hecho de que tanto la Conferencia de La Haya como la Unión Europea han realizado un esfuerzo por responder a las críticas y poner al día las soluciones en materia de retorno de menores sustraído/as debe valorarse muy positivamente. Ciertamente es que en ambos casos los nuevos textos refuerzan el mecanismo a la restitución, lo que en sí mismo no sería objetable si no fuera porque las soluciones que se plantean parten de unos niveles de cooperación y equivalencia en la protección de los menores que no siempre están presentes. En este sentido, que se pueda considerar la restitución sin que se hayan adoptado las medidas de protección se antoja una apuesta arriesgada, puesto lo que está en juego es la protección de un menor. Con todo, la propuesta de Guía mantiene las cautelas, pues el juez tiene un margen de valoración del que, sin embargo, carece el juez que aplica el Reglamento. Esta opción puede ser particularmente preocupante cuando existen situaciones de violencia doméstica que, a pesar de ser un elemento problemático, no se aborda como tal en ninguna de las dos propuestas. Aunque la violencia doméstica no debería ser el único parámetro sobre el que abordar la revisión de las soluciones en materia de restitución, una falta de atención más explícita al problema puede potenciar que se desarrollen soluciones alternativas al art. 13(1)(b), lo que puede frustrar parte del esfuerzo realizado.

Más allá de las soluciones sustantivas las propuestas reflejan opciones institucionales que también merecen una lectura cautelosa. Así, se puede cuestionar el acercamiento de la propuesta de Guía del artículo 13(1)(b) a una posición más parecida a la recogida en el RBIIbis y su propuesta de refundición. Por su parte, esta última en ocasiones parece atender más a intereses de integración que a la identificación del interés superior del/la menor en los supuestos de retorno, e introduce medidas que tendrán un impacto serio en el funcionamiento del Convenio. Con todo, debe reconocerse que tanto la Conferencia de La Haya como la Unión Europea han sido sensibles a la necesidad de incorporar consideraciones más sustantivas respecto del interés superior del menor. Queda por ver cómo evolucionan las propuestas y en qué medida incorporan las reflexiones que han suscitado.

¹³⁶ PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, “The link with international instruments...”, *op. cit.* p. 65.