**LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA HACIA LAS MUJERES EN CASOS DE TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITA DE MENORES: EL ODS Nº 5.2.**

Prof. Rosario Espinosa Calabuig

Universitat de València

1.- *El ODS 5.2 y la necesidad de una perspectiva de género en el DIPr.*

Entre los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) planteados por las Naciones Unidas en 2015 dentro de la llamada AGENDA 2030 (“Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”), el nº 5 aspira a “lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas”. En particular, el nº 5.2., bajo el título “Violencia de género” se centra en eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos públicos y privados (…).

Hoy por hoy el derecho de acceso a la justicia necesita claramente un análisis jurídico desde una perspectiva de género. El proceso (civil y penal) fue diseñado por hombres y para problemas de hombres y la actualización progresiva del derecho a través de la jurisprudencia ha ido poniendo de manifiesto este análisis necesario si se quiere aplicar justicia a las mujeres, tanto como actoras como pasivas. Esta misma perspectiva debe otorgarse al Derecho internacional privado (DIPr.) si queremos que sea un ordenamiento combativo y protector de las mujeres. Es fundamental, por tanto, orientar la función del DIPr. hacia la defensa del colectivo de las mujeres, de forma que pueda servir para dar un paso adelante en la protección de sus derechos, desde perspectivas muy variadas, y reivindicar un necesario enfoque de género a nuestra disciplina.

La tradicional ausencia de dicho enfoque se observa, entre otros sectores del DIPr., en el relativo a la sustracción internacional de menores o más estrictamente hablando en el traslado o retención ilícita de menores cuando dicho acto ha sido cometido por la madre del menor, de un Estado a otro, como forma de escapar de una situación de malos tratos.

Todavía hoy las mujeres conforman el colectivo de la sociedad más vulnerable frente a la discriminación por razones de sexo. En el ordenamiento jurídico español y a pesar de que la Constitución de 1978 proclama claramente la igualdad entre hombres y mujeres (art. 14), confirmada por abundante normativa de desarrollo y amparada por los tribunales, siguen existiendo vías que posibilitan el trato discriminatorio de la mujer ante la ley y que nacen de las mismas disposiciones del ordenamiento español.

Ciertamente el reconocimiento de la igualdad de derechos por los textos europeos, convencionales e internos constituye una base importante para la consecución del mencionado objetivo nº 5 de los ODS y para avanzar en la consolidación de una perspectiva de género de alcance global, también en el DIPr.. Dicho avance, sin embargo, se ha visto obstaculizado muchas veces, y entre otras causas, por la aplicación que de tales textos han hecho los tribunales y autoridades públicas que demuestran que, lamentablemente, aún existen frenos a la evolución del DIPr. hacia políticas más igualitarias. En la práctica, los tribunales han otorgado respuestas a litigios sobre la vida privada y familiar de las mujeres, bien anteponiendo políticas públicas de control de la extranjería a la protección individual, en cada caso concreto, o bien perpetuando una identidad genérica femenina que las identifica más con su función maternal, que con la función protectora de su libertad personal. El mismo TJUE (as. C-236/09) ha señalado que la diferencia de trato entre hombres y mujeres ya no es permisibley en la última sesión de La Haya en 2019 del Intituto de Derecho internacional se ha puesto de relevancia la prohibición de cualquier tipo de discriminación en el DIPr.

La perspectiva de género al DIPr. debe otorgarse, en todo caso, de una manera transversal si queremos que tenga algún resultado real y global. Por lo que al DIPr español se refiere es cierto que ha habido avances considerables en favor de la igualdad de derechos, por ejemplo en las normas de conflicto, dando efecto así al principio consitucional de no discriminación por razón de sexo. Pero todavía quedan reminiscencias del pasado y a su desarrollo tampoco han ayudado las dificultades prácticas, inherentes a nuestra disciplina, como son las derivadas, entre otras muchas, de normas complejas y ajenas a nuestra tradición jurídica como puede ser la eliminación del exequátur en relación con decisiones como el retorno del menor tras un traslado o retención ilícita (cometido por causa de violencia de género no demostrada) objeto de nuestra atención en estos momentos.

2*.- Violencia contra las mujeres en un contexto muy concreto: el traslado o retención ilícita de menores y sus nuevas normas en la UE*

En la práctica, la lucha contra la violencia hacia la mujer se observa también en un ámbito muy concreto como es el del traslado o retención ilicita de menores. Dicha lucha constituye hoy, sin lugar a dudas, un desafío para el DIPr. como forma de proteger no sólo al menor sino también a la madre maltratada que escapa del país donde tanto sus hijos como el supuestamente maltratador tenían su residencia habitual. Sin embargo, casos mediáticos como el de Juana Rivas, demuestran las dificultades prácticas y la presencia de obstáculos procesales y de coordinación entre los textos aplicables y entre las autoridades implicadas en varios Estados en este tipo de casos.

Basta una visita a la base de datos de INCADAT de la Conferencia de la Haya de DIPr para observar que el número de casos de retenciones o traslados ilícitos internacionales ha aumentado considerablemente, como también aquellos derivados de una situación de malos tratos contra la mujer que, como hemos señalado, utiliza esta vía como forma de escapar de su maltratador.

El informe elaborado por la *Agencia de Derechos Fundamentales (FRA) sobre violencia de género en la UE* nos muestra una realidad grave y presente en todos los Estados Miembros. La tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres como vía de promover la protección transfronteriza de las mujeres víctimas de violencia basada en el género debe analizarse en el contexto del Comité CEDAW de Naciones Unidas y en el contexto europeo (UE y Consejo de Europa). Pero, además, son clave la Directiva relativa a los derechos de las víctimas en el proceso penal, así como el Convenio de Estambul al que se ha adherido la UE. En la práctica, sin embargo, hay un desnivel entre lo que pide el Convenio de Estambul y el traslado de la Directiva de protección de las víctimas de violencia de género en los Estados Miembros.

3.- *Protección del interés superior del menor trasladado o retenido ilícitamente como prioridad de los textos normativos aplicables. Ausencia de una perspectiva de género que proteja el interés superior de las mujeres en situaciones de vulnerabilidad*.

La protección del menor es objeto de regulación por el DIPr. desde antaño a nivel estatal, internacional y europeo, poniéndose especial atención en la defensa de sus más básicos derechos en un sinfín de situaciones variadas, respetando así lo que constituya su interés superior. Este concepto, lejos de haberse aclarado con el tiempo, despierta innumerables dudas en ciertos sectores del DIPr. como es el relativo al del traslado ilícito del menor por uno de los llamados titulares de la responsabilidad parental y, obviamente, la existencia de una posible perspectiva de género en todo este sector ha brillado, y sigue brillando, por su ausencia.

En la actualidad asistimos a un debate entre el TJUE y el TEDH en relación con la figura del interés superior del menor y la interpretación de algunas de las normas del –todavía vigente- Reglamento Bruselas II bis (Reglamento 2201/2003, en DO L n. 338 de 23.12.2003)existentes en dicho ámbito, en particular los arts. 11.8 y 42. Tras años de debate estas normas han sido modificadas a través del reglamento Bruselas II ter (reg. 2019/1111) que resultará aplicable en agosto de 2022.

La defensa del principio del interés superior del menor constituye la piedra angular de la protección de la infancia y deja a un lado las divergencias existentes entre los EE.MM. cuando se trata de asuntos sobre derecho de familia. Respetando dicho enfoque, el legislador de la UE ha pretendido dar un paso más allá en sus normas sobre responsabilidad parental a través del Reglamento Bruselas II ter que, sin embargo en la práctica, ha de convivir con una pluralidad de instrumentos -internacionales y nacionales- que tienen un notable impacto sobre la vida familiar del menor. La coordinación de todas estas fuentes es probablmente uno de los mayores desafíos para los profesionales y opereadores jurídicos en este ámbito.

Las normas de la UE han otorgado una voz al niño que ha elevado su derecho a ser escuchado al rango de un derecho fundamental, proyectándolo sobre todos los asuntos de la responsabilidad parental. Algo similar ha sucedido con la función primordial otorgada a la residencia habitual del menor que se ha visto reforzada por el reciente reglamento como criterio para apoyar su protección. Ambos conceptos (audiencia del menor y residencia habitual de éste) serán clave en la regulación de los casos de violencia contra la mujer que lleva a cabo un traslado o retención ilícita de su hijo/a o hijos/as. El primero, habida cuenta de las divergencias existentes todavía hoy en el derecho procesal de los EE.MM., puede tener una utilidad práctica limitada. El segundo, esto es, la residencia habitual del menor, en cuanto criterio en torno al cual gira la calificación de ilícito de un traslado o retención realizada por una mujer supuestamente maltratada, puede ser asimismo un obstáculo en la regulación de este tipo de litigios.

Por otra parte, el examen de las normas de conflicto no se ha llevado a cabo en este contexto en la medida en que el Derecho de la Unión sigue remitiendo estas cuestiones al Convenio de La Haya de 19.10.1996 sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (BOE n. 291, de 2.12.2010). Al hacerlo, la UE no aborda las divergencias existentes entre los EE.MM. en materia familiar que permanece oculta tras la aparente neutralidad de las normas procesales. Sin embargo, los conflictos culturales vuelven a aparecer en el momento de su aplicación, como ilustran los casos de traslado o retención ilícita de menores, el más reciente el resuelto por el TJUE con el asunto C-603/20 PPU SS/MCP con sentencia de 24.3.2021 (R. ESPINOSA CALABUIG y L. CARBALLO PIÑEIRO, "Child protection in European family law" en T. PFEIFFER, Q.C. LOBACH y T. RAPP, (Eds.), *Facilitating Cross-border family life - Towards a common European Understanding*, Heidelberg University Publishing, 2021).

La necesidad de un enfoque holístico de la protección de menores no es coherente con esta dispersión normativa. Junto a ello, la crisis sanitaria mundial provocada por el Covid-19 ha puesto de manifiesto las dificultades inherentes al ejercicio de algunos derechos en relación con el menor, ya que las restricciones en los viajes y los cierres de fronteras, no solo ha reforzado el principio de nacionalidad sino que ha puesto fin al ejercicio de derechos fundamentales como la reunificación familiar o los derechos de visita. La excepcionalidad de esta situación no minimiza, en todo caso, una realidad como es la fragilidad de las situaciones transfronterizas en relación con el menor.

En nuestro país, la introducción en la LEC española por parte de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria del nuevo capítulo IV ha pretendido, al igual que el Reglamento Bruselas II bis y las normas del Convenio de La Haya de 25.10.1980 (BOE n. 202 de 24.8.1987), potenciar el regreso lo más rápido posible del menor en los casos en que ha sido trasladado ilícitamente a nuestro país desde otro Estado (miembro de la UE o del Convenio de La Haya 1980) en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado ilícito a España (art. 778 quáter y art. 778 quinquies LEC). Pero también en los casos en que estando el menor residiendo en España ha sido trasladado ilícitamente a otro Estado (art. 778 sexties).

Como se ha demostrado con asuntos como *Aguirre Zárraga* (STJUE de 22.12.2010, As. C-491/10 PPU) el principio de reconocimiento mutuo y con él la confianza mutua de la UE se ha llevado por el TJUE hasta sus últimas consecuencias, de modo que ni siquiera la posible vulneración de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta de Derechos fundamentales de la UE les ha llevado a modificar su postura. La reforma del art. 11.8 del Reglamento Bruselas II bis se habría realizado teniendo en cuenta el difícil equilibrio entre la valoración del interés del menor en cada caso y el riesgo de interpretaciones que puedan favorecer excepciones a la norma con las manipulaciones como las que, hasta ahora, se han realizado en el ámbito del Convenio de La Haya 1980. En este sentido, la jurisprudencia sentada por el TEDH (con asuntos como *Sofia Povse and Doris Povse v. Austria*, n. 3890/11. Sentencia de 18.6.2013) habría sido tomada en consideración en la elaboración del Reglamento Bruselas II ter.

Con el nuevo texto se han pretendido satisfacer varios objetivos. Entre ellos, la completa abolición del exequatur en las decisiones sobre responsabilidad parental, la armonización de ciertas reglas para el procedimiento de ejecución y, sobre todo, la aclaración del alcance y significado de muchas reglas, en concreto las relativas a la oportunidad del menor de expresar sus opiniones, las de su traslado a otro Estado miembro o las de circulación de acuerdos e instrumentos auténticos.

En general, y desde un punto de vista formal, las reglas sobre traslado ilícito de menores parecen haberse aclarado con el nuevo texto. Por ejemplo, el art. 21 ha clarificado la relación entre el Convenio de La Haya de 1980 y el reglamento Bruselas II bis. En este sentido, el art. 74 establece que las disposiciones del Convenio se seguirán aplicando en cuanto complementarias por las disposiciones del Reglamento. Según se manifestó en el Seminario EUFAM II celebrado en Valencia el 17.5.2019 por varios académicos en él presentes, el nuevo sistema podría estar dando un paso atrás respecto al reglamento 2201/2003 que se aplica con prioridad al Convenio (<https://www.ipr.uni-heidelberg.de/forschung/eufams.html>).

En cambio, parece apreciarse una mejora en las reglas sobre el regreso del menor en el art. 25 del nuevo reglamento. En él se incluye la posibilidad para el tribunal de asegurar el contacto entre el niño y la persona que promueve su regreso, teniendo en cuenta la defensa de su interés superior. La regulación se ha completado, en este sentido, mediante medidas provisionales, que se mencionan en el procedimiento de retorno del menor en el art. 25.4, y con una mayor comunicación entre las autoridades, al tiempo que las reglas sobre cooperación entre las Autoridades Centrales se han visto reforzadas (art. 21.a). Probablemente una de las novedades principales es la posibilidad expresa de usar los ADR para resolver los conflictos sobre sustracción de menores, aunque no todos los profesionales estén convencidos de la utilidad de las ADR en este contexto.

Todas estas reglas según sean interpretadas pueden volverse en contra de la mujer que ha llevado a cabo una retención o traslado de un menor, calificado como ilícito, por causa de una violencia ejercida contra ella y/o sus hijos, pero indebidamente demostrada. De este riesgo surgen dos necesidades que urge atender en la práctica. De un lado, la necesidad de mejorar el sistema de la prueba de los malos tratos que tenga, además, la misma eficacia en el país de origen como de destino de la sustracción del menor. De otro lado, la necesidad de reforzar la supervisión de las medidas cautelares y de protección del menor, en el caso de que, lamentablemente, haya fallado la prueba de los malos tratos.

Aparentemente, el mecanismo de retorno del menor se ha visto mejorado, aunque no se haya regulado la motivación de las órdenes de regreso que se ven rechazadas. Pero esta aparente mejora debería contemplar una perspectiva de género en la interpretación de la excepción al retorno del menor, regulada en el art. 13.b del Convenio de La Haya de 1980 (esto es, cuando “existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”). Dicha perspectiva podría reforzar dicha excepción en los casos de malos tratos hacia la mujer que llevó a cabo la sustracción del menor. Como ya se expuso, el éxito en la prueba de tales malos tratos será fundamental.

Otra novedad del nuevo reglamento ha sido la introducción de un vínculo entre la orden de regreso del menor y la decisión sobre el fondo relativa a los derechos de custodia; un aspecto que ha causado tantos problemas interpretativos en el pasado en países como España. También parece haberse mejorado la mencionada posibilidad de que el menor sea escuchado en juicio, aunque su alcance y procedimiento seguirá dependiendo del derecho nacional de los EE.MM., lo que puede seguir produciendo problemas en la puesta en práctica de todas estas reglas (el asunto *Aguirre Zárraga* es buena muestra de este conflicto, como también la respuesta del TEDH en el mencionado asunto *Sofia Povse).* Problemas que se evidenciarán en casos de traslados ilícitos cometidos por mujeres maltratadas como forma de escapar del maltratador, según las divergencias existentes en el procedimiento de audiencia de los menores y de su vinculación con los casos de violencia contra la mujer y su regulación en los Estados implicados en el traslado o retención calificada de ilícita.

4.- *Una apuesta importante de cara a la práctica en la lucha contra la violencia de género: la correcta compatibilización del reglamento 2019/1111 y el reglamento 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil*

El mayor problema de la violencia de género en el ámbito del traslado o retención ilícita de menores es, como ya se ha señalado, demostrar que en efecto ha habido una situación de malos tratos que ha provocado/justificado el traslado ilícito de un menor por parte –normalmente- de la madre, como vía de escapar del presunto maltratador y que pueda justificar posteriormente la excepción del mencionado art. 13 b) del Convenio de La Haya de 1980.

Con anterioridad al reciente reglamento 2019/1111, el art. 11.4 del Reglamento 2201/2003 ha justificado que los órganos jurisdiccionales no puedan denegar la restitución de un menor, basándose en dicha excepción, si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución (a pesar de los presuntos malos tratos). Pero el problema de la prueba de una situación de violencia contra la mujer ha demostrado, lamentablemente, disparidad de respuestas ante casos muy similares. Ello explicaría que la reforma del sistema interno español en materia de sustracción de menores, realizada tras la Ley 15/2015, se haya centrado, entre otros, en dichas medidas de protección. Probablemente es la mejora en las normativas internas de los Estados miembros, en línea con el legislador español, lo que pueda permitir un cierto avance en todo este sector.

Durante tiempo, el TJUE ha interpretado de un modo demasiado estricto el cumplimiento del art. 11.8 del reglamento 2201/2003, sin siquiera dar opción a excepciones como ha reflejado la jurisprudencia (por ejemplo, alguna de la antes mencionada). Ello ha provocado un claro conflicto interpretativo en torno a la protección de los derechos fundamentales y la misma concepción del interés del menor en este tipo de casos.

En este sentido, el TEDH ha defendido una postura más favorable a una interpretación del caso concreto, como forma de valorar el interés superior del niño o niña trasladado ilícitamente, que no siempre tiene que verse mejor defendido con su regreso al país en el que, por ejemplo, había habido una situación de malos tratos. La madre que supuestamente ha realizado el traslado ilícito por dicha causa se ve expuesta, en estos casos, a una situación de vulnerabilidad ante el riesgo de soluciones más basadas en un cumplimiento riguroso del reglamento, que en las circunstancias concretas de su caso en particular. La reforma del art. 11.8 por el reciente reglamento 2019/1111 se ha intentado realizar teniendo en cuenta las dificultades de valorar el interés del menor en cada caso, evitando el riesgo de manipulaciones como las que se han realizado muchas veces en el ámbito del Convenio de La Haya 1980. En este sentido, la jurisprudencia sentada por el TEDH habría sido tomada en consideración.

En todo este contexto, la celeridad en el procedimiento seguirá poniendo de manifiesto las dificultades interpretativas en cuestiones tan relevantes como, por ejemplo, la mencionada audiencia del menor a la que tanto el nuevo reglamento como el art. 778 quinquies, nº 8, de la LEC española le han otorgado un papel fundamental. Una solución equilibrada de la defensa del interés superior del menor, pero también del de la mujer, en estos casos de sustracción ilícita sólo será posible en un sistema eficiente de cooperación interestatal y de reforzamiento del régimen de la prueba en los diferentes EE.MM..

En este sentido, el art. 25 del reciente reglamento 2019/1111 alude a la obligación del Estado requerido para la restitución del menor de cooperar con las autoridades competentes del Estado Miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente, bien con la ayuda de autoridades centrales o de la Red judicial europea. Se situaría así junto a otros textos como el reglamento UE 606/2013 de 12.6.2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil49, aplicable a las víctimas de violencia de género y que completa la Directiva 2011/99 de 13.12.2011 sobre la Orden europea de protección.

La imposibilidad de demostrar los malos tratos ha justificado decisiones judiciales en las que se ha dictado una orden de regreso del menor - ejecutable sin exequátur- al país donde tenía su residencia con anterioridad a su traslado ilícito. Ello ha provocado casos de devolución inmediata del menor a su padre presuntamente maltratador, por no haberse podido demostrar el maltrato y con unas medidas de protección del menor insuficientes. Tales medidas se han querido reforzar con el nuevo reglamento 2019/1111. Pero habrá que ver si este nuevo instrumento va a suponer efectivamente un avance o no en el tema de sustracción realizada en situaciones de violencia contra la mujer y donde va a quedar, no sólo la protección del menor sino la protección de la madre que ha realizado el traslado ilícito como forma de escapar del maltrato hacia ella o sus hijos.

Será importante, además, compatibilizar la aplicación del nuevo reglamento UE 2019/1111 con el citado reglamento UE 606/2013 de 12.06.2013 en relación con la Orden Europea de Protección (OPE) en supuestos de violencia contra las mujeres (regulada por la Directiva 2011/99/UE de 23.12.2011 sobre la OPE dictadas como medidas de derecho penal). Habrá que evitar situaciones en las que se dicte una orden de retorno del menor por no haberse podido demostrar la situación de violencia contra la madre o los hijos y no se haya reconocido a tiempo una OPE emitida contra el supuesto maltratador.

Y sólo en un marco reforzado de cooperación, con el establecimiento específico de las medidas de protección (del menor y de la madre), el uso coordinado de los mencionados reglamentos (2019/1111 y 606/2013) y la presencia de profesionales especializados en violencia de género, se podrá favorecer el equilibrio de intereses al que me he referido, con la defensa del interés superior del menor pero también de la mujer en situación vulnerable. De lo contrario, pueden volverse a producirse acusaciones como las que tuvieron lugar con ocasión del asunto *González Carreño c. España* en que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) acusó a nuestro país de incumplir las obligaciones que le corresponden como Estado parte de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y seguir un patrón de actuación que “obedece a estereotipos y minimiza la situación de las víctimas de violencia doméstica colocándolas en una situación de especial vulnerabilidad”.

En favor de “tomar en consideración las situaciones de violencia doméstica o de género en la adopción de decisiones judiciales sobre responsabilidad parental” se ha manifestado igualmente, si bien sin aportar soluciones, el Parlamento Europeo en su Propuesta legislativa de 18.1.2018.