



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**Sustracción Internacional de menores: Un
análisis con perspectiva de género**

Presentado por:

Paula Gómez Fidalgo

Tutelado por:

María del Carmen Vaquero López

Valladolid, xx de xxxxx de 2025

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto la redacción de un estudio sobre el delito de sustracción internacional de menores con un enfoque de género. Se usará como referencia el caso de Juana Rivas, examinando los conflictos jurídicos que surgen cuando un menor es trasladado de un país a otro sin consentimiento de uno de los progenitores, en especial cuando concurre una situación de violencia de género.

Se examinarán los distintos mecanismos legales que regulan la sustracción de menores, como el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019 (Bruselas II ter), evaluando la aplicación del principio del interés superior del menor y las medidas de protección previstas para las víctimas de violencia de género. Concluyendo que, pese a la existencia de un marco normativo sólido en la rama del Derecho Internacional Privado, es necesario realizar un análisis y una interpretación más rigurosa en casos de violencia de género en el ámbito internacional, para poder compaginar la cooperación internacional entre los Estados y el cumplimiento de los Convenios y Tratados internacionales con una protección real y efectiva de los derechos de la mujer.

PALABRAS CLAVE: Sustracción internacional de menores, interés superior del menor, perspectiva de género, competencia judicial internacional, restitución del menor, cooperación internacional.

ABSTRACT

The purpose of this work is to develop a study on the crime of international child abduction through a gender perspective. The case of Juana Rivas will serve as a reference, focusing on the legal conflicts that emerge when a child is transferred from one country to another without the consent of one of the parents, particularly in cases involving gender-based violence.

The analysis will explore the various legal frameworks governing child abduction, including the 1980 Hague Convention and Regulation (EU) 2019/1111 of the Council of 25 June 2019 (Brussels II ter), assessing the application of the best interests of the child principle and the protective measures established for victims of gender-based violence. The study will

conclude that, despite the presence of a robust legal framework within Private International Law, a more thorough analysis and interpretation are required in cases involving gender-based violence at the international level. This is necessary to ensure a proper balance between international cooperation among states and the effective enforcement of international conventions and treaties, with a focus on safeguarding women's rights.

KEY WORDS: International child abduction, best interests of the child, gender perspective, Juana Rivas, international jurisdiction, return of the child, international cooperation.

ABREVIATURAS

CE: Constitución española

CP: Código Penal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

OMS: Organización Mundial de la Salud

ONU: Organización de las Naciones Unidas

SAP: Sentencia de Audiencia Provincial

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

Índice

1. INTRODUCCIÓN	6
1.1. RELEVANCIA DEL CASO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO	6
1.2. OBJETIVOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO	8
1.3. HECHOS CASO JUANA RIVAS	9
1.4. MARCO NORMATIVO APLICABLE	12
1.4.1. Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980	12
1.4.2. Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en la Haya el 19 de octubre de 1996.	14
1.4.3. Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.	16
1.4.4. Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980	18
1.4.5. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.	19
1.4.6. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989	21
1.4.7. Derecho interno español	22
2. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	25
2.1. CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL	25
2.3. COOPERACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES JUDICIALES DE LOS ESTADOS IMPLICADOS	29
2.4. ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DIRECTA DEL MENOR	33
3. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	36

3.1.	LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	36
3.2.	La competencia judicial en la guarda y custodia.....	39
3.3.	CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR.....	41
3.4.	ANÁLISIS DE COMPETENCIA SEGÚN EL REGLAMENTO (UE) 2019/1111, BRUSELAS II TER	43
3.4.1.	Competencia en caso de urgencia o medidas provisionales	45
3.5.	COORDINACIÓN CON EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996.....	45
3.6.	REGLA EXCEPCIONAL: LA NO RESTITUCIÓN DEL MENOR, CONVENIO DE LA HAYA DE 1980	47
4.	EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	52
4.1.	CONCEPTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	53
4.1.1.	Guía de Buenas Prácticas en virtud de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996. 55	
4.2.	LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MENOR EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS, ESPECIALMENTE EN LA SUSTRACCIÓN DE MENORES	56
5.	LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ...	57
5.1.	CONCEPTOS: VIOLENCIA DE GÉNERO, VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA VICARIA.	58
5.2.	LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES COMO HUIDA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO	59
6.	CONCLUSIONES	62
7.	BIBLIOGRAFÍA	65

1. INTRODUCCIÓN

1.1. RELEVANCIA DEL CASO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

El objeto principal de este trabajo de investigación es la elaboración de un análisis jurídico del “caso Juana Rivas” desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, centrado en la determinación de la competencia judicial de los tribunales, y en el concepto y regulación de la sustracción ilícita de menores.

Estamos ante una cuestión muy delicada donde los conflictos familiares traspasan las fronteras y, en consecuencia, generan tensión cuando colisionan los diferentes ordenamientos jurídicos internacionales y las normas de cada Estado.

El “caso de Juana Rivas” tiene una gran trascendencia mediática y social, por ello lo utilizaremos para realizar un estudio sobre los conflictos que pueden llegar a surgir entre las diferentes normativas, ya que no solamente son de aplicación los ordenamientos jurídicos de cada país, sino que también debemos de tener en cuenta los instrumentos legales existentes en el ámbito internacional. Así surge la necesidad de comprender y aplicar de forma correcta las distintas herramientas jurídicas para abordar el caso¹.

El interés de estudiar este caso radica en la necesidad de comprender cómo operan las distintas herramientas jurídicas en situaciones de “grave riesgo” para el menor, especialmente cuando dicho riesgo se deriva de un contexto de violencia de género.

Uno de los principales instrumentos jurídicos que utilizaremos para abordar este asunto será el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, (en adelante “Convenio de La Haya de 1980”), herramienta que trata de forma específica el tema central, la sustracción internacional de menores². Como base del análisis, y atendiendo al principio del “interés superior del menor”,

¹ MARTÍNEZ CALVO, J. y SÁNCHEZ CANO, M.ª J. (2020), “Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho internacional privado y del Derecho civil”, *Estudio jurídico del caso de Juana Rivas*, Dykinson, Zaragoza, pp. 5-10.

² Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, publicado en BOE n.º 202, de 24 de agosto de 1987.

se tendrán en cuenta tanto la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, (en adelante “Convención sobre los Derechos del Niño”³), como el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, (al que me referiré más adelante como “Reglamento Bruselas II ter”⁴) y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, (que mencionaré de aquí en adelante como “Convenio de La Haya de 1996”⁵).

Estas herramientas jurídicas, que serán explicadas con mayor detenimiento más adelante, nos proporcionan la base legal para analizar la determinación de la competencia de los distintos tribunales junto a su ley aplicable para la resolución del caso.

El texto legal utilizado para incorporar a nuestro estudio una perspectiva de género, será el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, (en adelante “Convenio de Estambul de 2011”⁶).

En el caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri observamos diferentes elementos que hacen que la elección de los tribunales competentes a nivel internacional suponga una mayor dificultad debido a que debemos de priorizar siempre en la toma de decisiones el principio del interés superior del menor. Además, en este caso debemos de tener en cuenta que nos encontramos en un contexto de malos tratos, en el que el Convenio de Estambul de 2011, en su artículo 31 ⁷, demanda que esta situación de violencia se tenga en cuenta, valorando

³ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, publicado en BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897-38904.

⁴ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, publicado en el DOUE, L 178, de 2 de julio de 2019, pp. 1-115.

⁵ Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, publicado en BOE n.º 291, de 2 de diciembre de 2010, pp. 99837-99868.

⁶ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, publicado en el BOE n.º 137, de 6 de junio de 2014, pp. 42946-42976.

y observando adecuadamente los incidentes ocurridos, y más aún cuando esto ponga en peligro los derechos y la seguridad de los menores.

En este trabajo se analizará en detalle la regulación sobre la sustracción internacional de menores, con una perspectiva de género, ofreciendo una visión clara y con una base legal sobre cómo se ha llevado a cabo el proceso para la resolución del caso ⁸.

1.2. OBJETIVOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Este estudio tiene como propósito analizar en profundidad las cuestiones jurídicas que suscita el “caso Juana Rivas”.

Este caso ha planteado distintos retos, destacando siempre la prioridad del interés superior del menor y la necesidad de incorporar de forma efectiva la perspectiva de género en estos procedimientos. Se estudiarán las normas para determinar la competencia internacional, las medidas aplicables al caso y las excepciones del retorno. Junto a ello se analizará el Derecho interno español, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“LEC”⁹) y el Código Penal (“C.P.”¹⁰), además de diferente jurisprudencia de casos de naturaleza análoga.

En cuanto a su estructura, el trabajo se divide en diversos capítulos diferenciados. Se inicia con una introducción general del tema, justificación del objeto de estudio y metodología empleada. A continuación, se expone el marco normativo y se estudia el concepto de la sustracción internacional de menores, el interés superior del menor, la perspectiva de género y su proyección en el ámbito internacional. Se abordará en detalle el caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri, y su desarrollo judicial.

Abordaremos cuestiones como ¿qué tribunales son competentes? ¿qué excepciones son aplicables al caso? ¿se tuvo en cuenta el episodio de malos tratos sufrido por Juana Rivas?

⁸ MARTÍNEZ CALVO, J. y SÁNCHEZ CANO, M.ª J. (2020), “Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho internacional privado y del Derecho civil”, *Estudio jurídico del caso de Juana Rivas*, Dykinson, Zaragoza, pp. 14-16.

⁹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicado en el BOE nº.7, del 8 de enero del 2000, con entrada en vigor el 8 de enero de 2001.

¹⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en el BOE nº.281, de 24 de noviembre de 1995, entrada en vigor 24 de mayo de 1996.

La parte final del estudio se completará con una valoración sobre el caso y las diferentes normas aplicables.

1.3. HECHOS CASO JUANA RIVAS

Juana Rivas, de nacionalidad española, y Francesco Arcuri, italiano, se conocen en Londres en 2004. La pareja se traslada al poco tiempo a Italia con la idea de formar una familia, y en 2006 llega su primer hijo, Daniel.

Tres años más tarde, en 2009, Juana Rivas interpone la primera denuncia de violencia doméstica contra Francesco Arcuri, por lo que este es condenado a pena de prisión de 3 meses y a una orden de alejamiento de un 1 y medio por malos tratos en Italia.

Pasado este tiempo, en 2013, reanudaron su relación y 1 año más tarde nació su segundo hijo, Gabriel. En este momento podemos indicar que la residencia habitual de los menores se establece en Italia, según el artículo 9 y 10 del Reglamento Bruselas II Ter, donde se encuentra el centro de vida y de interés de los menores.

En 2016, Juana Rivas, junto a sus dos hijos, decide regresar a España con la excusa de visitar a su familia. El progenitor, Francesco Arcuri, es conocedor de tal circunstancia y da su consentimiento. Sin embargo, el viaje tenía la finalidad de apartar a sus hijos de la situación que vivían en Italia, alegando, por parte de la madre, ser víctima de malos tratos. Durante el verano se interpone, por parte de Juana Rivas, la segunda denuncia contra Francesco Arcuri en los Juzgados de Granada, su ciudad natal, pero esta tuvo que ser archivada por la justicia española ya que los hechos habían transcurrido en Italia¹¹.

A partir de ese momento, Juana Rivas se negó rotundamente a devolver a la justicia italiana a sus dos hijos, pudiendo incurrir por ello en la comisión del delito de sustracción internacional de menores¹², que según el Convenio de la Haya de 1980 en su artículo 3, es considerado un acto ilícito cuando uno de los progenitores traslada o retiene al menor fuera

¹¹ LORENTE MARTÍNEZ, I. (2019), *La integración europea en el Derecho de Familia. Sustracción internacional de menores: el caso Juana Rivas*, pp. 169-173.

¹² STS, rec. 1665/2019, Sala de lo Penal, sección 1ª, sentencia nº 339/2021, de 23 de abril de 2021. ECLI:ES:TS:2021:1403

del Estado donde se encuentra su residencia habitual, sus interés principales, básicamente, donde este tiene toda su vida, sin el consentimiento del otro progenitor o en contradicción con resoluciones judiciales sobre la custodia¹³.

El asunto tuvo un gran impacto, recibiendo Juana Rivas un gran apoyo social. Se llevaron a cabo diferentes campañas de apoyo ciudadano y se difundieron con rapidez, buscando influir en quienes debían de tomar las decisiones judiciales. La frase “Juana está en mi casa” resume un intento de salvaguarda para Juana Rivas y para sus hijos de la presión que ejercía la justicia italiana sobre ella, para que restituyera a sus hijos a su país de origen.

El equipo jurídico de Juana Rivas interpuso varios recursos, como el recurso de apelación que fue desestimado por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada, el 21 de abril de 2017¹⁴ o la segunda demanda de amparo interpuesta por Juana Rivas, que también se inadmitió por ser extemporánea¹⁵.

Finalmente, terminó siendo condenada a 5 años de prisión y 6 años de pérdida de patria potestad por, supuestamente, cometer el delito de sustracción de menores, según lo que determino el Juzgado de lo Penal de Granada. Esta pena también llevó aparejada una indemnización económica de 30.000 euros a Francesco Arcuri, más las costas procesales.

Se tipifica por el artículo 225 bis del CP el hecho ocurrido en mayo de 2016, cuando Juana Rivas traslada a sus hijos desde Italia a España en el contexto de unas vacaciones, pero decide no restituirles. Esto se complementa con el hecho que se produce en julio de 2017, cuando Juana Rivas incumple una orden judicial firme que exigía la inmediata devolución de los menores a Italia. El juez concluyó que no se prueba ningún episodio de malos tratos posterior al del año 2009, por el que Francesco Arcuri ya había sido condenado.

La justicia italiana no cerró el caso y 2 años más tarde se le concedió la custodia exclusiva de los menores a su padre, fijándose una pensión alimenticia compensatoria de la que Juana Rivas se tendría que hacer cargo, por la cantidad de 300 euros al mes, 150 euros por cada

¹³ Sentencia nº 754/2016, de 14 de diciembre, Juzgado de Primera Instancia de Granada, Sección 3ª. Rec. 1442/2016. ECLI:ES:JPI:2016:723

¹⁴ Sentencia nº 152/2017, de 21 de abril, de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, rollo nº 72/2017, autos nº 1442/2016. ECLI: ES:APGR:2017:486.

¹⁵ Tribunal Constitucional, Gabinete del presidente, del 16 agosto, *Nota informativa nº 58/2017*.

uno de sus hijos, además de tener que asumir el 50% de los gastos extraordinarios previamente acordados y documentados; también en esta se fijó el régimen de visitas, donde los menores podrán pasar con su madre el tiempo comprendido entre el final de la escuela y la primera quincena de agosto y las vacaciones de Navidad alternadas con su padre. En cuanto a las visitas ordinarias, podrá ir su madre el fin de semana a Italia, y cada 5 semanas podrán estos reunirse en España.

Desde 2016 hasta 2019 Juana Rivas ha interpuesto un total de ocho denuncias por malos tratos, todas ellas archivadas y sin investigación. Su equipo jurídico lo recurrió con la finalidad de poder iniciar una investigación sobre los hechos.

En 2021 la defensa de Juana Rivas consiguió un indulto parcial de su pena, una medida de gracia que suprime de forma parcial la pena impuesta en la sentencia firme, esta fue concedida por el Tribunal Supremo, reduciendo la condena en 2 años y medio de prisión. Más adelante, en noviembre de ese mismo año, el Consejo de Ministros del Gobierno de España, a propuesta del Ministerio de Justicia, le concedió un indulto parcial a Juana Rivas, conmutó un año y 3 meses de pena de prisión, permitiéndole cumplir lo restante en libertad condicional y sustituyó también la inhabilitación de la patria potestad de 6 años, por 180 días de trabajo en beneficio de la comunidad. Todo ello se formalizó en el Real Decreto 1024/2021, de 16 de noviembre¹⁶.

Gabriel, el hijo mayor de la pareja, regresó a Granada con su madre al cumplir los 16 años. Desde ese momento hasta la actualidad, Juana Rivas no deja de luchar por la custodia de su hijo menor, Daniel, pero la justicia italiana rechaza su solicitud.

Volvieron a reencontrarse los tres en las navidades de 2021 cuando Daniel viaja a España; sin embargo, la restitución de este menor a Italia junto a su padre se debería haber realizado a principios de enero de 2025, pero este retorno se suspendió provisionalmente debido a la imposición de una medida cautelar por parte de una jueza de Granada el 7 de enero de 2025,

¹⁶ Real Decreto 1024/2021, de 16 de noviembre, publicado en el BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 2021, pp. 133160-133161.

que permitió a Daniel permanecer en España junto a su madre y hermano, tras escuchar su testimonio sobre la inseguridad que sentía con su padre en Italia¹⁷.

1.4. MARCO NORMATIVO APLICABLE

1.4.1. Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980

El Convenio de la Haya de 1980 fue adoptado el 25 de octubre de 1980 y ratificado por España el 28 de mayo de 1987. Surgió en respuesta al aumento de casos de sustracción de menores transfronteriza, por la creciente movilidad internacional y el aumento de matrimonios entre personas de distintas nacionalidades. Es un tratado multilateral, tiene una gran aceptación a nivel global, actualmente cuenta con 98 países contratantes, lo que nos confirma su relevancia en la materia. El Convenio se ha convertido en un instrumento esencial en el Derecho internacional privado de familia.

Este Convenio ha sido elaborado por la Conferencia de La Haya de DIPr. Su rasgo principal es que no es un Convenio clásico, sino que es un Convenio internacional de carácter fáctico. Persigue el retorno de la situación de hecho anterior al traslado del menor. Se establece una estructura de cooperación internacional de autoridades y una acción directa para el retorno inmediato del menor a su país de residencia habitual¹⁸.

Su finalidad es proteger a los menores de los efectos perjudiciales de los traslados o retenciones ilícitas y establecer un mecanismo jurídico eficaz para garantizar su restitución al Estado donde se encuentra su residencia habitual.

En su preámbulo, los Estados parte reconocen que el interés superior del menor es el principio base de la regulación, y este principio parte de una premisa esencial, el Estado donde se encontraba la residencia habitual del menor antes de la sustracción, como criterio para determinar la competencia judicial entre los distintos tribunales.

¹⁷ SARRIÓN, S. (2025), "Daniel, el hijo menor de Juana Rivas se queda en Granada con su madre", Periódico *El Salto*. Consultado 5 de mayo 2025: <https://www.elsaltodiario.com/justicia/hijo-menor-Juana-Rivas-se-queda-Granada-madre>

¹⁸ CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018), *Derecho internacional privado*, vol. II 18.ª ed. Granada: Comares, pp. 602-603.

En cuanto a sus principios y objetivos, el artículo 1 establece que se garantiza la restitución inmediata de los menores retenidos ilícitamente en cualquier Estado parte y asegurar el respeto de los derechos de custodia y visita reconocidos en el Estado de origen del menor.

El artículo 3 define lo que se entiende por traslado o retención ilícita, como aquellos que infringen un derecho de custodia ejercido efectivamente conforme al Derecho del país de residencia habitual del menor. A continuación, el artículo 12 es especialmente relevante en la práctica, marcando los plazos para interponer una solicitud de restitución; si esta se presenta antes del transcurso de un año desde la sustracción, la autoridad judicial debe ordenar el retorno inmediato del menor; si pasa ese plazo, solo podrá denegarse si se prueba que el menor está integrado en el nuevo Estado. Asimismo, el artículo 13 contempla excepciones al retorno del menor, donde la autoridad judicial o administrativa no estará obligada a ordenar el retorno si el progenitor o representante prueba que puede existir un *grave riesgo físico o psíquico* para el menor o que este, habiendo alcanzado la suficiente madurez, se oponga a regresar a su Estado de origen. Estos preceptos, sobre todo el que indica el grave riesgo para el menor, deben interpretarse de forma muy restrictiva, ya que el abuso de ellas podría desvirtuar el objetivo del Convenio.

Otro elemento clave es el papel de las Autoridades Centrales (artículos 6 y 7 del Convenio), que actúan como intermediarias entre los Estados parte y facilitan la cooperación entre estos. En España, esta función la desempeña la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia; entre sus funciones están la localización del menor, el inicio del procedimiento judicial, la transmisión de documentación y la facilitación de información y acuerdos.

El artículo 11 exige a las Autoridades Centrales actuar con urgencia, ya que debe de ser un procedimiento rápido, previendo un plazo de 6 semanas para resolver la solicitud de restitución.

Un precepto importante que destacar es el artículo 16, cuando se haya trasladado ilícitamente el menor de un país a otro y haya sido formulada la reclamación para la restitución, las autoridades judiciales del país al que ha sido trasladado el menor o donde

esta retenido ilícitamente, no pueden decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se determine que el menor no tiene que ser restituido¹⁹.

Además, no exige la legalización de documentos (artículo 23), ni permite imponer al solicitante el pago de costas judiciales (artículo 26), salvo excepciones.

También regula el régimen de visitas en su artículo 21, donde se permite solicitar a las Autoridades Centrales que garanticen el ejercicio efectivo del régimen de visitas transfronterizo. El Convenio no solo ampara los derechos de custodia, sino que también apoya el mantenimiento de los lazos paternofiliales mediante visitas.

Este texto se enfrenta a muchos desafíos en la práctica, porque no todos los Estados han logrado cumplir con las diferentes obligaciones, por ejemplo, hay muchas Autoridades Centrales que no tienen los suficientes recursos para llevar adelante una cooperación internacional de intercambio de información o no pueden llegar a crear acuerdos, lo que genera continuamente que haya demoras en el proceso atentando así con la rapidez que se busca. Otro límite inherente es que el Convenio solo aplica entre Estados parte, por lo tanto, si un menor es llevado a un país no contratante, el mecanismo de restitución no podrá activarse.

Con las diferentes dificultades, el Convenio sigue siendo el pilar fundamental en la sustracción de menores, proporcionando un marco legal uniforme que ha permitido resolver multitud de casos.

1.4.2. Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en la Haya el 19 de octubre de 1996.

El Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en la Haya el 19 de octubre de 1996, es un instrumento jurídico con gran

¹⁹ CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018), *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, p. 603.

relevancia que se adoptó en La Haya el 5 de octubre de 1961 (al que me referiré como “Convenio de La Haya de 1961”²⁰), por la necesidad de ampliarlo, actualizarlo e incorporar la perspectiva del interés superior del menor, consagrada también en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este texto se concibe como un instrumento complementario al Convenio de La Haya de 1980, ya que establece un sistema global y duradero de protección internacional de menores. Su finalidad principal, enmarcada en su artículo 1, es determinar qué Estado es competente para adoptar medidas de protección sobre la persona, los bienes del menor, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de dichas medidas y promover la cooperación entre las autoridades.

Se aplica a todos los menores de 18 años, con un abanico de medidas, como las visitas, guarda y custodia, tutela y representación legal, según el artículo 2.

En cuanto a la competencia judicial internacional, el Convenio atribuye en principio la competencia al Estado donde se encuentra la residencia habitual del menor. No obstante, contempla otras reglas para los menores que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente, manteniéndose la competencia del Estado de origen hasta que se cumplan ciertos requisitos de integración en el nuevo Estado. También se establecen criterios con una mayor flexibilidad en casos de urgencia (artículo 11), o medidas provisionales (artículo 12).

En cuanto a la ley aplicable, el artículo 15 establece que las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley, aunque se permite recurrir a la ley del otro Estado en el caso de que exista un vínculo estrecho. Este precepto recoge la regla *Lex Fori in Foro Proprio*, esto significa que como regla general, los tribunales y demás autoridades que resultan internacionalmente competentes, con arreglo a los foros de competencia internacional, deben aplicar siempre su propia normativa jurídica relativa a las medidas de protección de los niños.

²⁰ Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, publicado en el BOE nº. 291, de 2 de diciembre de 2010, pp. 99837 a 99868.

Uno de los grandes avances de este texto es el reconocimiento automático y la ejecución directa de las medidas de protección adoptadas por un Estado contratante; salvo supuestos excepcionales, los procedimientos deben de ser simples y rápidos. El capítulo V regula la cooperación institucionalizada mediante Autoridades Centrales, que deben de intercambiar información y asegurar la ejecución efectiva de las medidas aplicables al caso.

En su relación con la sustracción de menores, este Convenio, al igual que el del año 1980, contiene una definición sobre la sustracción internacional de menores, pero expresamente su artículo 50 prevé que este no deroga ni sustituye al Convenio de 1980, ambos operan de manera conjunta²¹.

1.4.3. Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

El Reglamento Bruselas II Ter, constituye el instrumento principal de la Unión Europea en materia de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en asuntos matrimoniales y de responsabilidad parental. Esta norma es aplicable desde el 1 de agosto de 2022.

Supone un avance sustancial en la protección de los menores en contextos transfronterizos. Tiene una especial relevancia en la sustracción de menores entre los Estados de la Unión Europea.

El Reglamento tiene como eje principal el respeto al interés superior del menor y tiene como objeto reforzar la cooperación judicial y la confianza mutua entre los Estados miembros, garantizando una protección eficaz, uniforme y rápida del menor. Su aplicación es obligatoria en todos los Estado miembros de la Unión Europea menos en Dinamarca por exclusión voluntaria.

²¹ CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018), *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, p. 579.

En materia de responsabilidad parental y sustracción de menores, el Reglamento Bruselas II Ter establece criterios claros sobre la competencia judicial, que, en principio, corresponde al Estado miembro donde el menor tiene su residencia habitual, según el artículo 7. En caso de traslado ilícito, será competente el órgano jurisdiccional del Estado de origen del menor (artículo 9), hasta que el menor se integre, si lo llega a hacer en algún momento, en su nuevo entorno y se cumplan las condiciones del Convenio de La Haya de 1980.

El Capítulo III, establece normas específicas para procedimientos de restitución, estableciendo el plazo de 6 semanas para que los órganos resuelvan la solicitud (artículo 24), permitiendo que se ordene la restitución inmediata del menor con medidas provisionales cuando haya un riesgo grave, complementando y reforzando así al Convenio de La Haya de 1980. En este sentido, el Reglamento Bruselas II Ter trata de limitar los abusos del uso de la excepción del artículo 13 apartado b) del Convenio de 1980, obligando a los jueces a valorar si existen medidas de protección alternativas para no poner en una situación de peligro al menor (artículo 29).

Otra novedad es el papel reforzado de las Autoridades Centrales y su cooperación, regulado en el artículo 76 y siguientes, junto a la mediación familiar transfronteriza, especialmente útil en casos de sustracción. Se introducen mecanismos que permiten el intercambio directo de información entre los órganos jurisdiccionales (artículo 79).

En su artículo 23 se indican los motivos de rechazo del reconocimiento de resoluciones. Se deniega el reconocimiento si la medida se ha adoptado por una autoridad cuya competencia no estuviera fundada en uno de los foros de competencia del Capítulo II del Convenio de La Haya de 1996. Por la falta de audiencia del niño, si el niño no ha podido ser escuchado, o falta de audiencia a la persona que ostenta la responsabilidad parental. Se deniega también si es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido²².

²² CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018), *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, p. 593.

En definitiva, este texto introduce un procedimiento más eficaz, rápido y centrado en el menor, que refuerza la protección de los niños en la Unión Europea. Se trata de un complemento esencial a los Convenios de la Haya de 1980 y 1996, aportando soluciones inmediatas, simplificadas y efectivas.

1.4.4. Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980

Este Convenio (conocido como “Convenio de Luxemburgo”²³) lucha contra el *Legal Kidnapping* a través del tradicional mecanismo del *exequatur*.

Su funcionamiento se da cuando se produce el traslado del menor a otro país, infringiendo una sentencia que atribuye la custodia o el derecho de visita a ciertas personas, tales personas pueden instar en el país donde se encuentra ahora el menor, el *exequatur* de la sentencia que establece el régimen de custodia o visita del menor. Logrado el *exequatur* de dicha decisión, ésta se sujeta en el país donde se halla el menor, de modo que se puede ordenar el retorno del mismo al país, donde fue directamente trasladado.

Este Convenio es poco utilizado en España, debido a que el *exequatur* es un trámite largo y costoso, por ello los particulares prefieren ejercer la acción directa del retorno del menor del Convenio de La Haya de 1980.

El Convenio no es aplicable en las relaciones entre Estados de la UE, lo que reduce de modo muy significativo su campo de acción. Solo puede aplicarse si el sujeto trasladado de un país a otro es un menor, el traslado es ilícito y el menor ha sido trasladado desde un Estado parte del Convenio hasta otro Estado también parte²⁴.

²³ Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, publicado en el BOE nº.210, de 1 de septiembre de 1984, pp. 25291 a 25295.

²⁴ CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018), *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, p. 600.

1.4.5. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

El Convenio de Estambul de 2011, constituye el primer tratado internacional de carácter vinculante centrado en la lucha contra la violencia de género y la violencia doméstica. España lo firmó en el año 2011 y lo ratificó en 2014. Este instrumento legal reconoce expresamente que la violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, es una violación de los derechos humanos.

Los principales objetivos de este Convenio están recogidos en el artículo 1, apartado primero:

“1. Los objetivos del presente Convenio son:

- a) proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica;
- b) contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluida mediante la autonomía de las mujeres;
- c) concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra las mujeres y la violencia doméstica;
- d) promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica;
- e) apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica;”

La violencia contra las mujeres se define en su artículo 3 a), como toda conducta que cause daños físicos, sexuales, psicológicos o económicos por razón de género, incluyendo amenazas, coacciones y privación de libertad. Esta definición incorpora actos como el acoso, la violación, el matrimonio forzado y la violencia sexual en el contexto de pareja. Además, se establece la prohibición de justificar cualquiera de estas conductas por razones culturales, de honor o religiosas.

El Convenio introduce en su preámbulo que se basa en principios como la igualdad, la no discriminación, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y la obligación de los Estados de actuar con la diligencia debida en estas situaciones. Impone a los Estados la adopción de medidas dirigidas a prevenir la violencia, promoviendo la protección y la asistencia a todas las víctimas (artículo 1).

Asimismo, el artículo 16 regula el establecimiento de programas preventivos y de intervención para los autores de esta clase de delitos, con el fin de evitar la reincidencia y para enseñar a adoptar un comportamiento no violento en las relaciones interpersonales.

Se protege también a los menores que presencian estas situaciones de violencia, reconociéndolos como víctimas directas. Por ello, el artículo 31 exige tener en cuenta los antecedentes de violencia en las decisiones judiciales sobre la custodia y el derecho de visita de los menores, garantizando que no se ponga en riesgo la seguridad de la víctima ni la de los menores.

El Convenio obliga a los Estados a tipificar penalmente múltiples formas de violencia, como por ejemplo el acoso sexual en el artículo 40, y se exige que los procedimientos judiciales se desarrollen con una perspectiva de género, sin demoras indebidas y con medidas cautelares eficaces, como órdenes de alejamiento (artículo 49).

El su Capítulo VIII sobre Cooperación Internacional, se prevén mecanismos de cooperación entre los Estados para la protección de las víctimas y la persecución de delitos transfronterizos. Las partes deben de cooperar entre sí mediante acuerdos, también tendrán la posibilidad de imponer medidas de protección cuando sea necesario, y deben de cumplir con la obligación de mantenerse informados de forma recíproca (artículos 62, 63 y 64).

El cumplimiento del tratado es supervisado por el Grupo de expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO), que evalúa periódicamente el grado de implementación en los Estados parte, como se señala en el Capítulo IX (artículo 66).

Se trata de un grupo entre 10 y 15 expertos con un mandato de 4 años, elegidos por el Comité de las Partes. Este Comité está formado por representantes de los Estados que han ratificado el Convenio.

El procedimiento de evaluación se organiza en ciclos. Los Estados deben remitir informes sobre las medidas adoptadas, respondiendo a un cuestionario elaborado por el GREVIO. Tras un análisis del caso, el GREVIO emite un informe con recomendaciones. El Comité de las Partes puede emitir recomendaciones adicionales a los Estados (artículos 67-70).

1.4.6. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

La Convención sobre los Derechos del Niño, es uno de los tratados con mayor número de ratificaciones a nivel mundial; el único país que no lo ha ratificado ha sido Estados Unidos. Esta Convención establece una amplia variedad de derechos civiles, políticos, económicos y sociales y culturales. España lo ratificó en 1990 y desde entonces forma parte de nuestro marco jurídico nacional como un referente en materia de derechos de la infancia.

La Convención define en su artículo 1 que se entiende por niño: *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

El texto destaca que es necesario en cualquier decisión tomar como consideración primordial el interés superior del menor (artículo 3), al igual que los principios y derechos se deben de aplicar sin distinción por raza, sexo, idioma, religión u otra condición (artículo 2). Además, en el artículo 12, se regula que el menor tiene derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le afecten se le dará siempre la oportunidad de ser escuchado. También es necesario preservar su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares. Son elementos especialmente importantes y se debe de tener especial cuidado con ellos en los casos de conflicto que impliquen traslados transnacionales (artículo 8).

En cuanto a la figura de los padres, el menor tiene derecho a conocerlos y a ser cuidado por ellos, este no debe de estar separado de sus padres salvo cuando sea necesario por su propio interés, por ejemplo, en casos de abuso o de abandono (artículo 3.2 y artículo 7).

El artículo 19 obliga a todos los Estados a adoptar *“todas las medidas que sean necesarias para proteger al niño contra todo perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación”*, y en el artículo 11 *“a adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”*.

La Convención no menciona expresamente la violencia de género, pero en su aplicación debe integrarse en conexión con una protección a la infancia en situaciones de violencia en el entorno familiar.

La Convención marcó un cambio de paradigma revolucionario en el Derecho Internacional, al reconocer a los niños no como meros objetos de protección, sino como sujetos plenos de derechos. Este enfoque se enmarca en una evolución general del siglo XX en el tratamiento jurídico de colectivos tradicionalmente considerados vulnerables (como mujeres, minorías étnicas o personas con discapacidad), que pasaron de ser percibidos como dependientes a titulares de derechos exigibles.

Por ello nace una visión democrática de la relación adulto-niño, en la que el menor ya no es propiedad de sus progenitores ni de ninguna institución, sino que se reconoce como una persona autónoma, cuyos derechos deben respetarse y garantizarse²⁵.

1.4.7. Derecho interno español

En el ámbito interno, destacamos el Código Penal, donde se tipifica en su artículo 225 bis la sustracción de menores, estableciendo que *“(E)l progenitor, sin causa justificada,*

²⁵ CARDONA LLORENS, J. (2012), “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”, Revista de la Universidad de Murcia, pp. 47-68

sustrajere a su hijo menor, será castigado con pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad entre cuatro y diez años”.

Asimismo, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (“LOPJ”)²⁶ fija en su artículo 22.4 la competencia de los tribunales españoles en materia de sustracción de menores. Atendiendo a la regla general, estos serán competentes cuando el menor tenga su residencia habitual en España.

Otra herramienta jurídica que debemos mencionar es la LEC, especialmente en lo que respecta a los artículos 778 quáter a 778 sexies, donde se regula el procedimiento de restitución o retorno del menor en estos casos, con el objeto de adaptar el ordenamiento jurídico español a las exigencias del Convenio de la Haya de 1980 y al Reglamento Bruselas II Ter.

El artículo 778 quáter de la LEC regula las normas generales aplicables a los procedimientos de restitución o retorno de un menor cuando este se encuentre en España. La competencia recae sobre el Juzgado de Primera Instancia de la localidad donde esté situado el menor, teniendo en cuenta que este órgano judicial debe de ser competente en materia de familia. El proceso se promoverá por quien ostente el derecho de custodia del menor, o por la Autoridad Central española, que en materia de sustracción de menores es el Ministerio de Justicia (artículo 6 del Convenio de La Haya de 1980). Es obligatorio comparecer en el procedimiento con un abogado y un procurador, excepto cuando actúe la Abogacía del Estado en nombre de la Autoridad Central. Sin embargo, si la persona que solicita el retorno del menor acude con su propia defensa y representación, no será necesaria la Abogacía del Estado.

El pleito tiene carácter urgente y preferente, con un plazo general de 6 semanas. Se prevé la cooperación judicial internacional y el juez podrá adoptar medidas cautelares o garantizar derechos de visita durante la tramitación, siempre atendiendo al interés superior del menor.

²⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, publicada en el BOE, nº. 157, de 2 de julio de 1985. Entrada en vigor el 3 de julio de 1985.

El artículo 778 quinquies de la LEC regula específicamente la solicitud de la restitución del menor. El proceso se inicia con una demanda que debe de contener los datos del solicitante, del menor y del presunto autor de la sustracción, así como la motivación de la solicitud y la documentación exigida por la normativa internacional aplicable. El Letrado de la Administración de Justicia decide sobre la admisión de la demanda en un breve plazo de 24 horas. Si se admite, se cita a la parte demandada para que comparezca con el menor en un plazo de 3 días. Debe de alegar su conformidad con el retorno o su disconformidad; en el caso de impugnar la restitución, debe de motivar su postura con la normativa internacional. Si el menor no es localizado, el procedimiento se archiva provisionalmente o se remite al juzgado competente si aparece el menor en otra provincia.

Si el requerido comparece y acepta el retorno de forma voluntaria, el juez dicta un auto que pone fin al proceso. En cambio, si no comparece o no coopera, se le declara en rebeldía y se convoca una vista en la que solo intervendrán el demandante y el Ministerio Fiscal. Si esta persona decide oponerse al retorno, deberá manifestarlo por escrito, y se celebrará una vista en los 5 días siguientes. La vista se mantiene, aunque el solicitante no acuda, pero, si no se persona el demandado que presento oposición, se entenderá que abandona su impugnación y, por tanto, no se tendrá en cuenta su negativa al retorno.

Antes de resolver, el juez debe de oír al menor, salvo que no sea conveniente por su edad o grado de madurez, lo cual deberá de justificarse expresamente. Una vez celebrada la vista, se debe dictar sentencia en el plazo de 3 días, limitándose a valorar la ilicitud o no del retorno, y si corresponde su restitución o no, atendiendo al interés del menor. En caso de acordarse el retorno la resolución detallará la forma y el plazo, pudiendo adoptarse medidas para impedir una nueva sustracción. Además, el juez podrá imponer al responsable los gastos del procedimiento y del retorno. Contra la resolución cabe recurso de apelación, con efectos suspensivos y tramitación preferente, que debe resolverse en un plazo improrrogable de 30 días. El proceso podrá suspenderse en cualquier momento para llegar a una solución por mediación, a solicitud de las partes o a iniciativa del juez. Finalmente, si se acuerda la restitución, la Autoridad Central española prestará asistencia para asegurar una ejecución segura.

Finalmente, el artículo 778 sexies de la LEC, regula la posibilidad de declarar ilícita la resolución judicial. Cualquier persona puede acudir a la autoridad judicial competente y declarar que el traslado vulnera lo previsto en la normativa internacional aplicable. Esta solicitud puede realizarse al margen del procedimiento principal, utilizando para ello cualquier vía judicial prevista para adoptar medidas en temas de familia²⁷.

2. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

2.1. CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL

Uno de los instrumentos jurídicos fundamentales que analizaremos en este estudio es el Convenio de la Haya de 1980, cuyo artículo 3 define el traslado o la retención ilícita de un menor:

“El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

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

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado”

²⁷ LARA LÓPEZ, A. M.^a, (2020), *Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*, Universidad de Málaga. pp. 3-5 Recuperado de: https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/19126/PAPERANTONIOLARA_KOBE.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Existe ilicitud cuando el menor es trasladado o retenido infringiendo un derecho de custodia legalmente reconocido en el Estado en el que tenía su residencia habitual. Puede ser titular de este derecho una persona física, una institución o cualquier otro organismo. Para que sea calificado como ilícito, es necesario que se estuviera ejerciendo el derecho de custodia de forma efectiva en el momento del traslado. No basta con que el derecho exista formalmente, sino que debe de tener una aplicación real.

El derecho de custodia es una definición clave dentro del ámbito de la sustracción de menores, ya que delimita la aplicación del Convenio y permite valorar si la acción llevada a cabo por uno de los progenitores vulnera el derecho de custodia preexistente, constituyendo así un posible delito de sustracción internacional de menores²⁸.

El caso tipo de sustracción de menores ha sido: el progenitor al que, tras un divorcio, se ha atribuido el derecho de visita, y aprovechando un periodo de ese derecho de visita sustrae consigo al menor y lo traslada a otro país, ante cuyas autoridades intenta obtener el derecho de custodia para “legalizar” el secuestro, supuesto por el que este fenómeno se denomina también “Legal Kindnapping”²⁹.

El artículo 5 del Convenio de La Haya de 1980, define el derecho de custodia y el derecho de visita, que son fundamentales para delimitar el acto ilícito. El derecho de custodia abarca el cuidado del menor, todas las decisiones relativas a su bienestar, pero sobre ellas destaca la decisión de elección del lugar de residencia del menor. Por esto, cualquier cambio no autorizado de la residencia habitual del menor por parte de uno de los progenitores puede considerarse una vulneración de este derecho.

En cuanto al derecho de visita, se define como la facultad de un progenitor para pasar tiempo con el menor, incluyendo la posibilidad de trasladarlo a un lugar distinto al de su residencia habitual por un tiempo limitado. Este derecho no confiere la capacidad o el derecho de realizar un cambio en la residencia habitual del menor, por lo tanto, su vulneración conlleva consecuencias jurídicas.

²⁸ LORENTE MARTÍNEZ, I. (2019), *La integración europea en el Derecho de Familia. Sustracción internacional de menores: el caso Juana Rivas*, pp.161

²⁹ CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018), *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, pp. 597.

Ambos conceptos tienen una especial relevancia en el caso de Juana Rivas, debido a que el traslado de ambos menores desde su residencia habitual a España, sin el consentimiento del otro progenitor, en este caso, su padre, podría haber vulnerado el derecho de custodia que tenía Francesco Arcuri, si este lo estuviese ejerciendo de forma efectiva³⁰.

Este es el tipo clásico de sustracción, pero hay infinidad de modalidades, como el caso en el que ambos progenitores comparten la custodia del menor y uno de ellos traslada al hijo común a otro país.

Cada vez la sustracción de menores es un problema más frecuente, donde la víctima, el menor, es “arrancado” de su entorno familiar, social y escolar. Las causas del Legal Kidnapping pueden ser diversas, pero normalmente el origen es similar:

Una separación matrimonial de personas de distinta nacionalidad, que normalmente son “parejas de alto riesgo”. Seguido del “nacionalismo judicial”, donde los jueces de un Estado suelen atribuir la custodia del menor a la persona que ostenta la nacionalidad de ese Estado. En el caso de Juana Rivas, las autoridades italianas le otorgan la custodia de los menores a Francesco Arcuri (italiano). Es más sencillo que el juez otorgue el derecho de custodia a la persona que ostenta la misma nacionalidad que los menores, que ha vivido en el mismo Estado, que habla la lengua y está familiarizado con todo el entorno.

Otro factor que debemos de tener en cuenta es el controvertido derecho de visita. Al progenitor que no se le atribuye el derecho de custodia sobre el menor, normalmente se le otorgan unos periodos de visitas donde ve a este y en estas ocasiones se puede aprovechar para intentar alejar al menor del progenitor que ostenta la custodia. En algunas ocasiones se puede utilizar hasta para trasladarlo del país donde tiene su residencia habitual.

Normalmente la sustracción ilícita se comete por mujeres, por las madres de los menores, cuando estas huyen de la violencia, acoso o de alguna situación vulnerable que viven por parte del otro progenitor. En consecuencia, trasladan a los menores de ese Estado para

³⁰ MARTÍNEZ CALVO, J. y SÁNCHEZ CANO, M.ª J., (2020) “Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho internacional privado y del Derecho civil”, *Estudio jurídico del caso de Juana Rivas*, Dykinson, Zaragoza. pp. 732-734.

poder alejarlo del otro progenitor. Este es el caso de nuestro estudio, Juana Rivas huye de Italia por los malos tratos que sufría por Francesco Arcuri y su objetivo es alejar a sus hijos de esa situación. Toda esta situación se ve reforzada por la facilidad de traspasar las fronteras con transportes internacionales veloces, como los aviones³¹.

La Dra. Linda K. Girdner y la Dra. Janet Johnston realizaron un informe donde determinaron los diferentes perfiles de personalidad que encajan con el perfil de un progenitor abductor: Los padres que han amenazado con cometer secuestros, los padres que abusan de sus hijos, padres paranoicos, sociópatas o psicópatas, padres en situaciones de ruptura amorosa que no se ven vinculados al Estado y los padres que se sienten desfavorecidos por el sistema legal³².

2.2. REQUISITOS PARA LA ILICITUD DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL

Una vez definida la sustracción internacional de menores, es necesario profundizar en los elementos que nos permiten determinar si se produce un acto ilícito en este ámbito.

Uno de los elementos clave es el traslado o la retención del menor, implicando una vulneración del derecho de custodia del otro progenitor ejercido de forma efectiva. El otro elemento fundamental para valorar la ilicitud es la determinación de la residencia habitual del menor, que según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), podemos determinar como el lugar donde el menor desarrolla su vida, donde se encuentra su entorno social y familiar, su estabilidad, seguido de factores como la estancia regular, su educación o el idioma³³. Profundizaremos en el concepto en el capítulo tercero de este trabajo.

Debemos de tener en cuenta que el Convenio de La Haya no pretende resolver los conflictos derivados de la guarda y custodia, sino restaurar la situación y el equilibrio del menor que ha sido alterada por el traslado. En el caso de Juana Rivas, el derecho de custodia estaba siendo compartido entre ambos progenitores desde 2013, ya que convivían junto a sus hijos en Italia, y conforme al Derecho italiano, ambos padres conservan la responsabilità

³¹ CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018), *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, p. 598.

³² JOHNSTON, Janet R; SAGATUN-EDWARDS, Inger; BLOMQUIST, Martha-Elin; y GIRDNER, Linda K. (2001) Informe del U.S. Department of Justice, *Prevention of Family Abduction Through Early Identification of Risk Factors*.

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, del 22 de diciembre de 2010, Asunto C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829

genitoriale, lo que implica que tras una separación o un divorcio con hijos menores, salvo una resolución judicial contraria, los progenitores mantienen la responsabilidad parental; por ello, ambos deberán decidir de común acuerdo las decisiones importantes de la vida del menor, como su residencia habitual o centro educativo³⁴.

Según jurisprudencia europea, el concepto de ejercicio efectivo de custodia no solamente se refiere a tener ciertos derechos legales sobre el menor, sino que también conlleva una participación activa en la vida de este ³⁵. El padre, Francesco Arcuri, sí ejercía de forma efectiva su derecho de custodia frente a sus hijos, por lo que el traslado a España de los menores encaja en el término de sustracción ilícita.

En consecuencia, en junio de 2018, los Tribunales españoles calificaron el acto como una sustracción internacional ilícita, dictando una sentencia condenatoria contra Juana Rivas de 5 años de prisión por dicho delito, imponiendo a mayores la pérdida de la patria potestad de sus hijos durante un periodo de 6 años ³⁶.

2.3. COOPERACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES JUDICIALES DE LOS ESTADOS IMPLICADOS

La cooperación internacional consiste en que dos o más Estados trabajan juntos para alcanzar un objetivo común. En los casos de sustracción de menores es un aspecto de gran relevancia, ya que las autoridades judiciales y administrativas de los países involucrados tienen la obligación de colaborar para que el menor retorne a su residencia habitual de forma rápida y segura³⁷.

Según el artículo 6 del Convenio de La Haya de 1980, cada Estado involucrado designará una Autoridad Central, un elemento clave para garantizar el correcto funcionamiento de la restitución, y estas serán encargadas de asegurar el cumplimiento del Convenio. Estas entidades actúan como intermediarias oficiales entre los países, facilitando así la

³⁴ Legge 10 dicembre 2012, n°219, Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, publicada en Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie generale n° 293, del 17 dicembre 2012. Entrada en vigor: 1 de enero de 2013.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2009). Asunto C-523/07, A, ECLI:EU:C:2009:225.

³⁶ Sentencia del Juzgado de lo Penal n° 1 de Granada, de 18 de julio de 2018, ROJ: SJP 51/2018

³⁷ Anotaciones de clase de Derecho Internacional Privado, con la profesora María Mercedes Soto Moya, Universidad de Granada

comunicación, la tramitación de solicitudes y la ejecución de medidas necesarias para lograr la restitución.

Las partes deben de tener acceso a la información jurídica pertinente, ya sea mediante las Autoridades Centrales o por los representantes legales especializados durante el proceso de mediación. Esta información debe de ser clara y concisa en cuanto al contenido del acuerdo de mediación, que debe de ser compatible con lo exigido en la ley ³⁸.

Se le atribuye a los Autoridades centrales la misión de colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados.

En caso de estar ante un Estado con estructura federal o con diversidad de sistemas jurídicos, se permite la designación de varias Autoridades Centrales. Aunque se exige que una de las entidades actúe como punto de contacto principal, y será quien reciba las solicitudes internacionales y las derive a la Autoridad Central del otro Estado³⁹. Como hemos mencionado anteriormente, la Autoridad Central en España es el Ministerio de Justicia (Artículo 6 del Convenio de La Haya de 1980).

La designación de las Autoridades se realiza a través de una declaración formal del gobierno del país, y se notifica a la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, que gestiona el propio Convenio de La Haya de 1980.

Una vez nombradas, tienen el objetivo común de lograr la restitución del menor trasladado ilícitamente, de la forma más segura y menos perjudicial para él.

La figura de estas entidades se refuerza con el artículo 7 del Convenio, donde se enumeran las funciones concretas que están obligadas a desempeñar, como la localización del menor,

³⁸ GARCÍA VICENTE, M., GERMÁN GÓMEZ, C., GONZÁLEZ MARTÍN, R., GONZÁLEZ REGIDOR, I., GONZÁLEZ SANZ, N., DE LEÓN SÁNCHEZ, M., LÓPEZ MORÁN, A., MARTÍN DEL RÍO, A., MARTÍN RONCERO, J., MARTÍN SÁNCHEZ, J. A., MÉNDEZ LAMELA, C., MOLINA SAN QUIRICO, A., MORÍÑIGO GÓMEZ, Á., MUÑOZ CUENCA, A., (curso 2020-2021), *Mediación y sustracción internacional de menores: buenas prácticas*, oordinado por Andrea Martín del Río. Dirigido por Antonia Durán Ayago. Trabajo de Fin Grado en Derecho – Derecho Internacional Privado, Universidad de Salamanca.

³⁹ DEL CASTILLO ORAMAS, A. (curso 2015-2016), *La sustracción civil internacional de menores extracomunitarios: la violencia de género como causa de denegación de la restitución*, tutorizado por la Profesora Doña María Asunción Asín Cabrera, Trabajo de Fin de Grado en Derecho, Universidad de La Laguna.

la prevención durante el proceso de daños mayores y la adopción de medidas provisionales, como la suspensión del traslado.

Deben de intentar facilitar e incentivar que se produzca una restitución amistosa, para ello es necesario que exista un intercambio de información unido a una buena comunicación entre los distintos Tribunales. Son las encargadas de promover el inicio del procedimiento legal y deben de prestar su asistencia jurídica, manteniéndose en contacto para superar los obstáculos y velar por la eficacia práctica del Convenio (artículo 11 del Convenio de La Haya de 1980).

Estas Autoridades Centrales juegan un papel esencial, actuando como “puentes de información” entre los sistemas judiciales (artículo 6 y 7 del Convenio de La Haya de 1980). En muchos casos asisten a los progenitores, informándoles de sus derechos y acciones legales disponibles.

En el caso de Juana Rivas, fue el padre de los menores, Francesco Arcuri, quien solicitó la restitución de sus hijos ante la autoridad italiana, que corresponde al Ministero della Giustizia, siguiendo el procedimiento marcado por el Convenio de La Haya de 1980.

Una vez la solicitud llegó a España, comienza la primera fase administrativa del proceso de cooperación internacional, intentando encontrar entre ambas Autoridades la solución menos perjudicial para el menor, más sencilla y ágil.

El Ministerio de Justicia de España traslada la solicitud al Tribunal competente, el Juzgado de Primera Instancia Nº3 de Granada, según el artículo 778.2 *quáter* de la LEC. Este órgano judicial fue el encargado de tramitar el procedimiento judicial y quien se encargó de tomar la decisión sobre la restitución de los menores⁴⁰.

Aunque el Ministerio de Justicia actué como Autoridad Central designada conforme al artículo 6 del Convenio de La Haya de 1980, su función es estrictamente administrativa y de cooperación internacional entre los Estados. En cambio, la decisión judicial le corresponde

⁴⁰ Anotaciones de clase de Derecho Internacional Privado, con la profesora María Mercedes Soto Moya, Universidad de Granada.

a la autoridad judicial del Estado requerido, en este caso, a los juzgados de la ciudad de Granada, que fueron los competentes en España para resolver la solicitud de restitución de los menores.

Cabe señalar que los tribunales españoles no tienen competencia para pronunciarse sobre el fondo del derecho de custodia, ya que esto le corresponde al órgano judicial del Estado donde se encontraba la residencia habitual del menor antes del traslado ilícito. Por ello, los tribunales italianos, concretamente los de Cagliari son los competentes en este asunto, según el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento Bruselas II Ter⁴¹.

El Juzgado de Granada evaluó la situación de Gabriel y Daniel, los hijos de Juana Rivas y Francesco Arcuri, para determinar la restitución inmediata de los menores a Italia. En la toma de esta decisión se contemplaron distintos factores, como el lugar de residencia habitual de los menores, que se encontraba en Italia, frente al riesgo de que estos podían estar en una situación de peligrosidad si se procedía con la restitución, debido a los posibles antecedentes de violencia de género por parte de su padre; sin embargo, tanto la Audiencia Provincial de Granada, que confirmó la orden de restitución inmediata de los menores, y el Tribunal Constitucional, que rechazó el recurso de amparo presentado por Juana Rivas, acordaron finalmente no suspender el proceso de restitución de los menores. Además, complementando esta decisión, el tribunal de Cagliari confirmó que el derecho de guarda y custodia sobre los menores le correspondía a su padre, Francesco Arcuri, y no apreció la posible existencia de un riesgo grave que justificará la paralización del proceso de restitución⁴².

Una vez que los menores fueron restituidos a Italia, conforme a lo previsto en el Convenio, serían los Tribunales de este país los encargados de todas las cuestiones relativas a la custodia, guarda, protección de los niños y ejercicio de la responsabilidad parental, debido a que Italia es el país de residencia habitual de los menores, donde se encontraban todos sus intereses antes del traslado.

⁴¹ CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018), *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, p. 603.

⁴² Auto nº 129/2017 de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª), de 9 de agosto de 2017, en el Rollo de apelación nº 72/2017, dimanante de los Autos nº 1442/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granada sobre restitución internacional de menores.

El procedimiento se fundamentó esencialmente en el Convenio de La Haya de 1980. No obstante, se debe de realizar la interpretación del texto normativo desde una perspectiva de género y atendiendo al interés superior del menor, que son criterios de interpretación fundamentales tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, como en el Convenio de Estambul de 2011 y en el Reglamento Bruselas II Ter⁴³.

2.4. ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DIRECTA DEL MENOR

El Convenio de La Haya de 1980 crea una acción directa dirigida a la restitución del menor, *“persigue volver al estado de cosas anterior al traslado ilícito del menor”*⁴⁴.

Se busca evitar que se consolide la situación creada por un secuestro ilegal, en el caso de Juana Rivas, busca que los menores retornen a Italia y no se mantengan en España. Para dar comienzo a este proceso de restitución, seguimos el procedimiento regulado en el Convenio de La Haya de 1980 y en el Reglamento Bruselas II Ter.

El primer paso es la solicitud de restitución; esta se puede interponer por toda persona, institución y organismo que sea consciente de la retención y de la infracción del derecho de custodia. Para que se inicie el proceso podrá dirigirse directamente a la Autoridad Central de cualquier Estado contratante (artículo 8 del Convenio de La Haya de 1980).

En el caso de Juana Rivas, fue Francesco Arcuri desde Italia, Estado de residencia habitual de los menores, quien promovió la solicitud de restitución internacional, dando inicio al procedimiento legal previsto en el Convenio para lograr el retorno de sus dos hijos.

Para ello, acudió al Ministero della Giustizia, designado como Autoridad Central en Italia, donde interpuso la solicitud. Esta solicitud debe de cumplir con diversos requisitos formales para ser interpuesta:

⁴³ LORENTE MARTÍNEZ, I. (2019), *La integración europea en el Derecho de Familia. Sustracción internacional de menores: el caso Juana Rivas*, pp. 185-187.

⁴⁴ CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018), *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, p. 610.

Tal solicitud debe de contener indicaciones detalladas sobre la identidad del solicitante, del menor y de la persona a la que se atribuye la retención ilícita de este. Si es posible también se debe de incluir a fecha de nacimiento del menor, que es esencial para valorar si procede la aplicación del Convenio de La Haya de 1980⁴⁵, que solo es aplicable a menores de 16 años (artículo 4 del Convenio).

Asimismo, el solicitante debe de exponer de forma motivada las razones que fundamentan la restitución, los hechos que constituyen que este acto sea un delito y la existencia de un derecho de custodia que ha sido infringido.

Debe de aportarse toda la información posible relativa a la localización del menor y de la identidad de la persona que se supone que se encuentra con él, con la finalidad de localizarlos lo antes posible (artículo 8 del Convenio).

La solicitud finalmente debe de ser complementada con documentación adicional, con una copia legalizada del acuerdo de derecho de custodia o de visitas, también de una certificación expedida por la Autoridad central o por otra Autoridad donde el menor tenga su residencia habitual. También se admite cualquier otro tipo de documento que se considere relevante para la correcta valoración del caso⁴⁶.

Este conjunto de requisitos tiene como finalidad garantizar una tramitación ágil, ya que las Autoridades Centrales, tras esta solicitud disponen de toda la información del caso y decidirán adoptar las medidas que consideren necesarias para salvaguardar el interés del menor y conseguir una restitución inmediata y segura (artículo 8 del Convenio). Una vez presentada la solicitud a la Autoridad Central, se remitirá esta al otro Estado parte, en este caso España, concretamente al Ministerio de Justicia.

Es importante tener en cuenta el plazo en el que se ha interpuesto esta solicitud debido a que si ha transcurrido más de 1 año desde la retención se ordenará la restitución del menor, salvo que se demuestre que el menor está integrado en el entorno del Estado en el que fue

⁴⁵ CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018), *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, p. 611.

⁴⁶ MARÍN PEDREÑO, C. (2015), *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor. Prólogo de D. Francisco Javier Forcada Miranda, Magistrado de Juez de familia y Representante de España ante la red Internacional de Jueces*, Málaga, 1ª edición, Editorial Ley 57.

retenido. Si el plazo de interposición de la solicitud es inferior al período de un año, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor (artículo 12 del Convenio).

El plazo en el que se haya presentado la solicitud tiene una gran relevancia, de él depende la restitución inmediata o no del menor. En el caso de Juana Rivas, la sustracción de sus hijos se produjo en mayo de 2016; Francesco Arcuri, su padre, en el mes de diciembre de ese mismo año, solicitó su restitución a la Autoridad Central italiana, por lo que estuvo dentro del plazo de un año marcado en el Convenio.

No obstante, debemos de tener en cuenta que la autoridad judicial competente del Estado requerido no está obligada a iniciar el proceso de restitución del menor si la parte que se opone al retorno del menor acredita que la persona, institución u organismo que tenía a su cargo al menor, no ejercía de forma efectiva el derecho de custodia, o bien que consintió o aceptó el traslado. La restitución también puede denegarse por la posibilidad de que el menor pueda exponerse a un grave riesgo físico o psíquico, es decir, que se podría perjudicar el interés del menor. Esta regla es excepcional y debe interpretarse restrictivamente⁴⁷.

Otra causa es la negación u oposición por parte del menor a retornar al Estado donde se encuentre su residencia habitual, siempre que el menor hay alcanzado una edad o un grado de madurez apropiado (artículo 13 del Convenio), según este artículo se debe de reconocer la autonomía del menor junto a su derecho de ser escuchado conforme al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Las autoridades judiciales antes de tramitar la restitución del menor podrán exigir al demandante, en este caso a Francesco Arcuri, que obtenga un certificado por parte de las autoridades del Estado donde se encuentre la residencia habitual de que la retención del menor ha sido ilícita. Corresponde a las Autoridades Centrales facilitar, en la medida de lo posible, la asistencia jurídica necesaria para obtener el certificado (artículo 15 del Convenio).

La solicitud se emite de un Estado a otro mediante la Autoridad Central. En el caso de Juana Rivas, se emitió de Italia a España, recibiendo la solicitud al Ministerio de Justicia de España,

⁴⁷ CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018), *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, p. 612.

quien lo traslado a la autoridad judicial competente, en este caso, al Juzgado de Primera Instancia N°3 de Granada. Este juzgado consideró que los hechos cometidos por Juan Rivas se enmarcaban en el artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980, al tratarse de una retención ilícita. Acordaron aplicar las consecuencias del artículo 12 del Convenio, por lo que se concretó la restitución inmediata de los menores, sin tener en cuenta las excepciones de negación recogidas en el artículo 13.

3. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

3.1. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

La competencia judicial internacional alude a *“la determinación de las cuestiones o litigios derivados de las relaciones jurídico-privadas internacionales, cuyo conocimiento corresponde a los órganos jurisdiccionales de un Estado considerados en su conjunto”*⁴⁸.

Las normas que regulan la competencia judicial internacional establecen de qué forma y en qué condiciones pueden conocer los órganos jurisdiccionales de un Estado los problemas conectados con varios ordenamientos jurídicos.

Según la Real Academia Española, es la *“Facultad de los órganos jurisdiccionales de un Estado para conocer y ejercer sus funciones jurisdiccionales sobre situaciones privadas internacionales. Por extensión, facultad de cualquier autoridad de un Estado para ejercer sus funciones sobre situaciones privadas internacionales”*. No se trata de decidir qué ley se aplicará al fondo del asunto, únicamente de establecer el órgano jurisdiccional que será competente para resolver el caso.

Esta competencia se delimita mediante ciertos criterios, como el domicilio del demandado, el lugar donde se produce el daño, la residencia habitual, o el lugar de cumplimiento de la obligación, siendo la finalidad garantizar la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva.

⁴⁸ Rodríguez Benot, A., Campuzano Díaz, B., Rodríguez Vázquez, M.ª Á., y Ybarra Bores, A. (2020), *Manual de Derecho Internacional Privado*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, p. 41.

Las normas que regulan esta competencia pueden tener diferentes orígenes. En el ámbito europeo, destacamos el Convenio de La Haya de 1980, que regula directamente la competencia judicial; aunque en el ámbito de sustracción internacional de menores el propio Convenio establece que las decisiones serán adoptadas por el Estado requerido. Por otro lado, también nos apoyamos en el Reglamento Bruselas II Ter, que establece las reglas de competencia en materia matrimonial y de responsabilidad parental, incluyendo los casos de sustracción de menores internacional⁴⁹.

Debemos distinguir este concepto de otras nociones similares como la jurisdicción o la competencia judicial interna.

La jurisdicción es la facultad que corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes para juzgar y ejecutar lo juzgado. Dicha facultad es una manifestación de la soberanía estatal (artículo 117 CE).

Las normas de competencia judicial internacional delimitan el ejercicio de los órganos jurisdiccionales en los casos que aparezcan conectados diversos ordenamientos jurídicos y determinan cuando será competente el órgano jurisdiccional español para conocer un asunto.

En cambio, la competencia judicial interna es el poder que tiene cada país para decidir si sus tribunales pueden ocuparse de un conflicto que incluye otros ordenamientos jurídicos, basándose en criterios de competencia territorial, objetiva y funcional (artículo 44 LEC).

Este poder es una capacidad de decisión unilateral del propio Estado, pudiendo imponer sus propias normas, respetando siempre los límites impuestos por el Derecho internacional. Podrán establecer los tribunales que pueden intervenir y los que no. Esto forma parte de su soberanía.

Cada país organiza su propio sistema judicial y prioriza sus intereses y propósitos como institución pública y marca su proyección internacional. Esto es lo que se conoce como

⁴⁹ Álvarez González, S. (2013), *Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado*. Revista Española de Derecho Internacional, Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, pp. 199-254.

competencia territorial o competencia interna⁵⁰. No obstante, para identificar el órgano jurisdiccional competente, debemos de analizar las normas de competencia judicial internacional y una vez analizadas estas, acudiremos a las normas internas. Esta aplicación sucesiva puede tener excepciones, debido a que ciertas normas internacionales nos pueden remitir directamente al órgano competente sin tener que acudir a las normas internas.

En nuestro país, haciendo uso de esta libertad, regulamos la competencia judicial en la LOPJ, en sus artículos 21 y siguientes.

El artículo 21 LOPJ establece:

“1. Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.”

Este artículo hace referencia a la determinación de la competencia judicial mediante las leyes españolas, respetando siempre las normas internacionales.

Los artículos 22 a 25 *nonies* de la LOPJ, se ocupan de la competencia judicial en el orden civil y los artículos 23 a 25 en el orden penal, contencioso-administrativo y social, respectivamente.

Los Estados también podrán manifestar esta libertad para regular la competencia judicial internacional llegando a acuerdos con otros Estados, o aceptando que esta función la desarrolle una organización supranacional como es la UE ⁵¹.

En el caso particular de España, el sistema de competencia internacional se inspira en el principio de proximidad. Atribuyéndose la competencia a los tribunales que tienen cierta vinculación con el objeto del litigio⁵².

⁵⁰ Font i Segura, A., Gràcia i Casamitjana, J., Orozco Hermoso, M., & Vinaixa i Miquel, M. (s.f.). *Competencia judicial internacional*. Universitat Oberta de Catalunya, pp. 11-12.

⁵¹ Rodríguez Benot, A., Campuzano Díaz, B., Rodríguez Vázquez, M.ª Á., y Ybarra Bores, A. (2020), *Manual de Derecho Internacional Privado*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, p. 42.

⁵² Font i Segura, A., Gràcia i Casamitjana, J., Orozco Hermoso, M. y Vinaixa i Miquel, M. (2019), *Competencia judicial internacional*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, p. 12.

En el caso de Juana Rivas, este principio es fundamental para determinar que la competencia para determinar el fondo del derecho de custodia no correspondía a los tribunales españoles, si no, a los italianos. Dado que Italia era el Estado de residencia habitual de los menores antes de su traslado ilícito a España.

Existen diferentes foros de competencia que sirven para determinar la competencia judicial internacional, estos se determinan según las diferentes circunstancias del caso, en el caso que nos ocupa, Juana Rivas, destacamos:

En primer lugar, los foros personales, basados en circunstancias relacionadas con las partes implicadas en el litigio. En este caso, el foro personal es el de la residencia habitual del menor, un foro vinculado al menor y no a los progenitores, que se encontraba en Italia.

En segundo lugar, los foros de carácter territorial, donde se hace referencia al lugar donde ocurren los hechos o donde se produce el daño. En el caso presente hacemos referencia al lugar donde se retuvo a los menores, España.

En tercer lugar, los foros basados en la autonomía de la voluntad, este se dará cuando las partes del litigio acuerden un Estado de forma conjunta para que sea competente. En el caso de Juana Rivas este foro no se aplicó, debido a que ninguna de las partes manifestó, ni de forma expresa ni tácita, un acuerdo.

Por último, los foros de protección, que tampoco se aplicaron al caso. Normalmente tienden a favorecer o apoyar a la parte “más débil”⁵³.

3.2. LA COMPETENCIA JUDICIAL EN LA GUARDA Y CUSTODIA

⁵³ FONT I SEGURA, A., GRÀCIA I CASAMITJANA, J., OROZCO HERMOSO, M. Y VINAIXA I MIQUEL, M. (2019), *Competencia judicial internacional*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, pp. 12-14.

La guarda y custodia “(E)s un deber que ejercen los progenitores sobre los hijos menores de edad y mayores necesitados de especial protección, y se refiere a la obligación de velar por ellos, cuidarlos y tenerlo en su compañía”⁵⁴.

Es necesario diferenciar el concepto de guarda y custodia con el de patria potestad. La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que tienen los progenitores respecto a sus hijos menores. En cambio, la guarda y custodia se refiere al cuidado cotidiano y convivencia habitual con el menor.

Con frecuencia la patria potestad suele ser compartida y la guarda y custodia se puede fijar de mutuo acuerdo entre las partes mediante un convenio regulador, o puede ser decidido por un juez en el caso de no haber acuerdo. Además, en situaciones graves la custodia podrá ser otorgada a un tercero si los padres no pueden asumir el cuidado del menor⁵⁵.

El Reglamento Bruselas II Ter define este concepto englobándolo junto al derecho de visita en su artículo 2.7:

“...Los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluidos, en particular, los derechos de custodia y visita”

Destacamos en esta materia el Convenio de La Haya de 1996, que regula la responsabilidad parental, el derecho de guarda y custodia y garantiza la cooperación internacional entre los Estados parte para garantizar la seguridad del menor.

En el Convenio, se define el derecho de guarda y custodia como el conjunto de facultades que permiten a los progenitores o a los representantes legales encargarse del cuidado personal del menor, tomar decisiones esenciales en su vida, como la determinación del lugar de residencia del menor, o establecer los regímenes de visita. La adecuada determinación

⁵⁴ Conceptos Jurídicos (s.f.), *Guarda y custodia*. Recuperado el 3 de junio de 2025: <https://www.conceptosjuridicos.com/guarda-y-custodia/>

⁵⁵ ZABALGO, P. (2023), *Medidas paternofiliales: Diferencia entre patria y guarda y custodia*. Recuperado el 3 de junio de 2025: <https://palomazabalgo.com/diferencias-entre-patria-potestad-y-guarda-y-custodia/>

de la competencia judicial en estos casos resulta esencial para garantizar el interés superior del menor (artículos 1-3 del Convenio de La Haya 1996).

En el artículo 5 de este Convenio se regula la determinación de la autoridad judicial que será competente para interponer las medidas de protección hacia el menor. Siguiendo la regla general, serán competentes las autoridades judiciales del Estado contratante donde el menor tenga su residencia habitual. Esta decisión se basa en el principio de proximidad, considerando que el entorno habitual del menor es más adecuado para tomar esta decisión. El apartado 2 de este mismo artículo señala que en caso de que el menor cambie de residencia, serán competentes las autoridades del nuevo Estado de residencia.

En el caso de la sustracción internacional de menores, se establece que será competente el Estado donde se encontraba la residencia habitual del menor hasta el momento en el que este sufrió el traslado, en el caso de Juana Rivas, Italia (artículo 7).

En los artículos 8 y 9 se prevén excepciones fundadas en el interés superior del menor. El Estado competente puede considerar que el otro Estado contratante se encuentra en una mejor posición para adoptar las medidas de protección. En este caso, se prevé una transferencia de competencia, esto puede ocurrir cuando el menor tenga vínculos más estrechos con el otro país o si posee bienes en ese territorio.

3.3. CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR

La residencia habitual del menor sirve para determinar la competencia judicial internacional, especialmente en la sustracción internacional de menores.

Aunque no existe una definición uniforme, nos basamos en diferentes fuentes para obtener un concepto completo y claro.

El Reglamento (CE) nº 763/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 julio de 2008, relativo a los censos de población y vivienda⁵⁶, señala en su artículo 2:

⁵⁶ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Reglamento (CE) nº 763/2008, de 9 de julio de 2008, relativo a los censos de población y vivienda, publicado en el DOUE nº.218, de 13 de agosto de 2008. pp. 14-20.

“«Residencia habitual»: el lugar en que una persona pasa normalmente el período diario de descanso, independientemente de ausencias temporales con fines de ocio, vacaciones, visitas a amigos o parientes, negocios, tratamiento médico o peregrinaje religioso...”

De esta definición extraemos que la residencia habitual implica una vinculación estable, personal y no meramente transitoria.

También podemos obtener alguna puntualización más por parte de la jurisprudencia sobre el concepto de residencia habitual del menor. En varias sentencias se entiende que es necesaria la presencia física del menor en el Estado y esta no debe de ser ni ocasional ni temporal, la razón de su permanencia en el territorio es importante, tomando relevancia por diferentes factores, como son la presencia de sus progenitores, su nacionalidad o su educación.

Existen otros elementos importantes, como la duración de la estancia en ese Estado y las condiciones de la vida del menor, haciendo referencia a la calidad de su vivienda, de su entorno familiar, de su educación o de sus amistades.

La edad del menor y su grado de madurez son esenciales, al igual que la capacidad de adaptación. Si se evalúa que el menor tiene la capacidad y madurez suficiente podrá tomar la decisión de no retornar a su Estado de origen.

Junto a la situación del menor, se analizarán los motivos del traslado de sus progenitores a este Estado miembro, al igual que se examinarán sus relaciones sociales y carrera profesional⁵⁷.

En relación con la norma europea, el TJUE se ha pronunciado sobre el concepto de residencia habitual, recalcando que se trata del lugar donde el menor tiene “una cierta integración en un entorno social y familiar”. El Tribunal aclara que “es competencia de los

⁵⁷ Sentencia del TJUE, Sala Primera, de 2 de diciembre de 2010. Asunto C-497/10 PPU. ECLI:EU:C:2010:829 y Sentencia del TJUE, Sala Quinta, de 8 de junio de 2017. Asunto C-111/17 PPU. ECLI:EU:C:2017:436

órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta su conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso”⁵⁸.

En el caso de estudio, se consideró que la residencia habitual de los hijos de Juana Rivas y Francesco Arcuri se encontraba en Italia, lugar donde anteriormente residían sus padres, donde los menores estaban escolarizados, tenían su entorno amistoso y el italiano era su idioma natal.

3.4. ANÁLISIS DE COMPETENCIA SEGÚN EL REGLAMENTO (UE) 2019/1111, BRUSELAS II TER

El objetivo de este Reglamento es regular la competencia de los tribunales en los casos de responsabilidad parental. Actúan en el mismo ámbito instrumentos jurídicos como el Convenio de La Haya de 1996, el de 1980 y el Reglamento Bruselas II Bis, todos ellos vinculados con la responsabilidad parental, la guarda y custodia y, en consecuencia, con la sustracción internacional de menores⁵⁹.

El criterio general para establecer la competencia es el lugar donde el menor tuviese su residencia habitual, en el caso de que se trate de un Estado parte del Reglamento Bruselas II Ter, se regula su competencia en el artículo 7:

“Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional”.

No obstante, tendremos en cuenta los siguientes artículos del Reglamento, como el artículo 9, dónde se especifica la competencia de un Estado parte en una situación de sustracción ilícita de menores y las diferentes excepciones al criterio general de competencia.

Se le atribuye la competencia al Estado en el que se encontraba la residencia habitual del menor antes del traslado. Este Estado mantendrá la competencia mientras el menor no

⁵⁸ STJUE de 4 de abril de 2009, en el asunto C-523/07.

⁵⁹ GONZÁLEZ MARIMÓN, M. (2023), *La movilidad de niños y niñas más allá de las fronteras de la Unión (Traslado lícito e ilícito de menores de un Estado miembro a un Estado tercero)*, Universidad de Valencia, pp. 9-11.

adquiera una nueva residencia habitual en otro Estado miembro. En el caso de que esto suceda, será necesario el cumplimiento de ciertos requisitos, como por ejemplo que la persona que está a cargo del menor acepte de forma expresa el traslado. Además, el menor debe de haber vivido al menos el período de 1 año en el nuevo Estado y se encuentre integrado con el entorno, el idioma y sus relaciones.

El artículo 10 del Reglamento regula la elección del órgano jurisdiccional bajo ciertas condiciones:

- La existencia de un vínculo estrecho del menor o de los progenitores con el Estado miembro. Esto puede ocurrir cuando uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en ese Estado su residencia habitual, si con anterioridad ese Estado fue la residencia habitual del menor o si este es nacional de ese territorio.
- Un acuerdo entre las partes en la elección del foro. Los progenitores, de mutuo acuerdo, deciden de forma libre y expresa que Estado será competente en el proceso. Ambas partes con anterioridad han debido de ser informadas de su derecho a no aceptar el acuerdo. Si acuerdan un foro, deben de manifestarlo por escrito, fechar y firmar el acuerdo, mostrando así su consentimiento, o hacerlo constar en acta judicial.
- Basar la elección del órgano en el interés superior del menor.

En el caso de no poder determinar la competencia por el artículo 10, se acudirá al artículo 11, que permite fundamentar la competencia en la presencia física del menor en un Estado miembro. Si se quiere realizar un traslado de competencia de un Estado a otro como hemos señalado, se acudirán a los artículos 12 y 13 del Reglamento.

Finalmente, se establece una cláusula de competencia residual si, tras aplicar los artículos 7 a 11, no puede determinarse la competencia de ningún Estado, se aplicará el derecho interno de cada Estado (artículo 14 Reglamento Bruselas II Ter).

Por lo tanto, será competente el Reglamento Bruselas II Ter, con preferencia sobre el Convenio de La Haya, cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro del Reglamento⁶⁰.

3.4.1. Competencia en caso de urgencia o medidas provisionales

Además de la atribución de competencia siguiendo la norma general, mencionada en el epígrafe anterior, basada principalmente en la residencia habitual y el acuerdo entre los progenitores, el Reglamento Bruselas II Ter contempla otras salvedades en casos de urgencia.

Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro distinto al Estado competente para resolver el fondo del asunto pueden actuar de forma inmediata en situaciones de urgencia; siempre con el objetivo de proteger al menor, se adoptarán medidas provisionales o cautelares, por ejemplo, sobre la responsabilidad parental o la custodia.

Lo más común es que el Estado que actúa de forma inmediata sea el territorio donde se encuentra físicamente el menor o donde se encuentran los bienes de este.

El tribunal que haya adoptado las medidas provisionales o cautelares deberá de informar sin demora al órgano jurisdiccional que tiene la competencia principal. Esta comunicación debe de hacerse directamente o a través de las Autoridades centrales; estas medidas solo serán válidas si el órgano competente no ha actuado. Si el tribunal con competencia para el fondo toma una decisión, las medidas urgentes dejan de aplicarse (artículo 15 del Reglamento Bruselas II Ter).

3.5. COORDINACIÓN CON EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996

⁶⁰ GONZÁLEZ MARIMÓN, M. (2022), *La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: Hacia una mejor protección del interés superior del menor*. Vol. 14, Nº1, pp. 286-312.

El Convenio de la Haya de 1996 y de 1980 son competentes en esta materia junto con el Reglamento Bruselas II Ter, lo que puede generar ciertas duplicidades normativas y, en ocasiones, estas pueden resultar difíciles de compaginar⁶¹.

El Convenio de La Haya de 1996 tiene por objeto determinar qué autoridades podrán ser competentes, la determinación de la ley aplicable en el ámbito de responsabilidad parental, y la adopción de medidas de protección hacia el menor, entre otros.

Será competente “(E)l Estado contratante de la residencia habitual del niño”, señala el artículo 5 del Convenio de la Haya de 1996, como regla general. El Estado contratante puede ser el Estado de cuya nacionalidad sea el niño, aquel donde estén situados sus bienes, donde se haya interpuesto la demanda de divorcio o de separación de sus padres, o un Estado con el que el niño tenga un vínculo estrecho (artículo 8.2 del Convenio de La Haya de 1996).

Aun así, en caso de urgencia, la adopción de medidas de protección hacia el menor podrá ser adoptada por cualquier Estado contratante donde se encuentre el menor o sus bienes (artículo 11 del Convenio de La Haya de 1996).

En el caso de que el menor no resida en un Estado miembro, pero haya fijado su residencia habitual en un Estado parte de El Convenio de La Haya, será este instrumento jurídico el competente en el caso, anteponiéndose al Reglamento Bruselas II Ter. Esto también sucede en el caso de que el menor no resida en un Estado miembro del Reglamento ni tampoco del Convenio. La competencia internacional se fija a través del Convenio de La Haya de 1996⁶².

Ha de tenerse en cuenta que esto ocurre porque el Convenio señalado tiene eficacia *erga omnes*, y sus reglas sea aplicarán, aunque se trate de un Estado que no forma parte.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 15.1 del Convenio de La Haya de 1996, la autoridad que se declare competente aplicará su propia ley interna. Esta solución es lo que se

⁶¹ GONZÁLEZ MARIMÓN, M. (2023), *La movilidad de niños y niñas más allá de las fronteras de la Unión (Traslado lícito e ilícito de menores de un Estado miembro a un Estado tercero)*, Universidad de Valencia, Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado, pp. 9-10.

⁶² CALVO A.L, CARRASCOSA, J. (2019), “Tema XV: Protección de menores”, Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia, pp. 390 y ss.

denomina *legeforista*, se aplica una ley interna para regular una situación privada internacional, ignorando la presencia de elementos extranjeros.

Sin embargo, el propio Convenio contempla la posibilidad de aplicar la ley de otro Estado cuando haya un vínculo estrecho entre ambos Estados, esta aplicación de un ordenamiento extranjero es algo excepcional anteponiendo siempre la protección del menor y de sus bienes.

En casos de responsabilidad parental, la ley aplicable será la del Estado donde se encuentre la residencia habitual del niño (artículo 16 del Convenio). Si esta ha cambiado, se aplicará la ley del Estado donde se encuentre la nueva residencia habitual (artículo 17 del Convenio). Esta ley también regulará las medidas de protección que se tengan que aplicar al caso⁶³.

En el caso de Juana Rivas, los tribunales italianos, competentes sobre la guarda y custodia de los menores, aplicaron su normas internas. En cambio, los tribunales españoles, al ser conocedores de la solicitud de restitución, aplicaron su propia legislación interna en armonía con el Convenio de La Haya de 1980 y el Convenio de 1996. Aunque España no era competente para resolver la guarda y custodia, el Juzgado de Granada podía haber adoptado medidas provisionales urgentes, pero se descartó la necesidad de estas por falta de riesgo para el menor.

3.6. REGLA EXCEPCIONAL: LA NO RESTITUCIÓN DEL MENOR, CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

El Convenio de La Haya de 1980, marca un procedimiento muy claro sobre la acción directa de restitución del menor, según analizamos en el Capítulo 2. No obstante, el propio Convenio prevé ciertas excepciones.

Esta posibilidad de no restitución podrá darse en el caso de que el retorno del menor sea perjudicial. La aplicación de esta excepción tiene en cuenta los datos concretos de cada

⁶³ RODRÍGUEZ BENOT, A., CAMPUZANO DÍAZ, B., RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.ª Á., Y YBARRA BORES, A. (2020), *Manual de Derecho Internacional Privado*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 196-197.

caso, para evitar que la regla general de restitución inmediata cause daños o injusticias en casos específicos.

Esta regla excepcional es muy restrictiva. La denegación de restitución nunca se presume y para que se otorgue se deben de probar y motivar las causas.

El artículo 13 del presente Convenio recoge un proceso de dos etapas para la no restitución del menor. La primera consiste en que concurran las causas que permitan la no restitución; la segunda etapa consiste en acreditar tales causas y que el tribunal las apruebe. Este no está obligado a denegar la restitución del menor el tribunal dispone de discrecionalidad al respecto.

El artículo 13 señala:

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

- a) La persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
- b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.”

De este artículo extraemos varias causas de denegación, se puede denegar la restitución del menor si se demuestra que la persona, institución u organismo que se hacía cargo del menor no ejercía de forma efectiva el derecho de custodia en el momento en que el menor fue trasladado o retenido (artículo 13.a).

Se puede denegar la restitución si el menor se opone a su restitución, siempre que haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta su opinión (artículo 13.b).

También cuando la restitución pueda producir la existencia de un “grave riesgo” para el menor o le genere una “situación intolerable” (artículo 13. b).

Este artículo presenta problemas por la interpretación de “grave riesgo”. Será el juez quien deba de cuestionarse la interpretación en cada caso, y su opinión se deberá poder recurrir, ya que el Convenio indica que la mejor solución para el menor es el retorno. Para acreditar este daño o peligro es necesario realizar una investigación previa sobre el caso.

Todos los conceptos de este artículo, “grave riesgo”, “daño físico o psíquico” o “situación intolerable” deben de interpretarse de forma restrictiva y deberán de verificarse siempre en relación con el menor y no con la madre o el padre.

Aunque, si se produce un daño al padre o madre del menor, su restitución puede terminar afectando al menor en forma de “daño psicológico”. Son las autoridades judiciales del Estado donde está retenido el menor las que deben de decidir si la restitución lo someterá a una situación de “grave riesgo”⁶⁴.

En el caso de Juana Rivas, esta situación de “grave riesgo” podría haber sido alegada por los Tribunales por la supuesta situación sufrida por Juana Rivas de malos tratos por parte de su pareja en ese momento, Francesco Arcuri, ya que este episodio de violencia podría repercutir en la situación de los menores.

⁶⁴ CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018), *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, pp. 612-617.

Pero ni el Reglamento ni el Convenio ponen de manifiesto ninguna situación o salvedad referida a la violencia de género, siendo la única referencia indirecta este artículo en su apartado b).

Este artículo fue analizado por los Tribunales de Granada a la hora de tomar su decisión sobre el retorno. Consecuentemente, debemos de señalar lo dispuesto en el artículo 27.3 del Reglamento Bruselas II Ter:

“... 3. Cuando un órgano jurisdiccional considere la posibilidad de denegar la restitución del menor únicamente sobre la base del artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980, no denegará la restitución del menor si la parte que solicita la restitución del menor demuestra al órgano jurisdiccional, o si consta de otro modo al órgano jurisdiccional, que se ha dispuesto lo necesario para garantizar la protección del menor tras su restitución...”

Juana Rivas, tenía varios puntos en contra para poder alegar este artículo, ya que su denuncia de malos tratos frente a Francesco Arcuri no fue interpuesta en Italia, espero para denunciar hasta que estuvo en España, es decir, denunció una vez ya había cometido el supuesto delito de sustracción de menores. Tampoco existen testigos que corroboren este episodio, ni informes médicos o psicológicos que puedan acreditar que Francesco Arcuri puede ser una persona peligrosa o violenta. Este artículo generó grandes dudas y debates, sin aclarar cuáles serían las medidas de protección más adecuadas⁶⁵.

El reglamento se pronuncia sobre las medidas que deben aplicarse *“Las medidas adoptadas para proteger al menor de dicho riesgo deben permanecer en vigor hasta que un órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor tome las medidas que considere apropiadas. En la medida en que la protección del interés superior del menor lo exija, el órgano jurisdiccional debe informar de las medidas adoptadas, directamente o por conducto de las autoridades centrales, al órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto en virtud del presente Reglamento. No*

⁶⁵ PESCADOR RAFAEL, M. (2019). *Sustracción internacional de menores*, Trabajo de Fin de Grado, Facultad de Derecho, tutorizado por Diana Gluhaia, Universidad de Valladolid.

obstante, el incumplimiento de la obligación de facilitar dicha información no debe, como tal, constituir un motivo de no reconocimiento de la medida” ⁶⁶.

En la práctica, esta excepción se ha utilizado con el fin de retrasar el proceso, cabiendo la posibilidad de alegar que el menor se ha adaptado o se siente integrado en el país donde ha sido retenido con el fin de evitar su retorno.

El abuso en la interpretación de este artículo ha generado situaciones de peligro para hijos e hijas de víctimas de violencia de género.

Un punto esencial al analizar si este precepto podía aplicarse o no, fue que la situación de violencia había sido sufrida por la madre, pero no por los menores.

Al no ser estos las víctimas directas, es más difícil demostrar el “grave riesgo” que puede generar en ellos, siendo poco frecuentes las resoluciones que amparan a la víctima cuando no son los hijos quienes se ven afectados directamente. Una deficiencia notable de nuestro sistema es que no tenga peso una situación de violencia en un hogar, pensando que esta situación no pueda llegar a afectar a los menores.

La Comisión Especial de la Haya ha advertido sobre la falta de reconocimiento de la violencia de género y de los efectos que puede causar en los menores, especialmente cuando los maltratos van dirigidos a la madre. Se reconoce que es necesario adaptar la regulación a los cambios sociales. Por ello se ha regulado en el marco de mejoras de la aplicación del Convenio diversas recomendaciones y guías de buenas prácticas⁶⁷.

Entre estas iniciativas de mejora, destacamos la *Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13.b) del CH 1980*, desarrollado por la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya⁶⁸.

⁶⁶ Reglamento Bruselas II Ter, preámbulo, párr. 30.

⁶⁷ RUIZ SUTIL, C. (2018), “*Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores.*”, Revista de Derecho Internacional Privado. pp. 616-641. Consultado el 26 de abril de 2025: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4392>

⁶⁸ Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores (2011), *Parte VI, Art. 13(1)(b)*. Recuperado de: <https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c15c51b12.pdf>

Aun así, el Juzgado de Primera Instancia de Granada, el órgano que dictó la sentencia, ordenó la inmediata restitución de los menores a Italia, sin tener en cuenta la situación vivida de violencia familiar.

4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Para definir este concepto, usaremos diversos instrumentos jurídicos, como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante, “LO 8/2015”)⁶⁹.

El objeto de la LO 8/2015, es modificar y adaptar el sistema de protección de la infancia y la adolescencia en España en la actualidad. Garantizando así una protección más efectiva, incorporando nuevas medidas y criterios que fortalezcan los derechos y la protección de los niños y adolescentes.

La finalidad de la ley es asegurar que el interés superior del menor sea prioritario y la base para tomar cualquier decisión que los afecte de forma directa o indirecta; promueve la protección ante cualquier situación que pueda causar un daño o perjuicio, fomentando un desarrollo normal de su vida.

La Convención sobre los Derechos del Niño, busca reconocer y proteger los derechos humanos de todos los niños. Establece un marco legal de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales para todos los menores, garantizando su cumplimiento.

Su finalidad es asegurar el cumplimiento de estos derechos, dando una mayor importancia a los relacionados con la educación y la salud. Sin olvidar los derechos en contra de la explotación infantil y los de acceso a la justicia, por todos los países que ratifican la Convención.

Los Estados parte están obligados a la adopción de medidas para garantizar que los menores sean tratados con igualdad y respeto, promoviendo su bienestar y asegurando priorizar el interés superior del menor en la toma de cualquier decisión que les incumba.

⁶⁹ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Publicada en el BOE nº 175, de 23 de julio de 2015.

También destacamos otra normativa, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (me referiré a ella como “LO jurídica del menor”)⁷⁰. El objeto de esta ley es establecer un marco normativo para la protección jurídica de los menores en España, asegurando su protección social, económica y jurídica, tanto en el ámbito público como en el privado. Regula los derechos y deberes de los menores, las instituciones que están encargadas de asegurar su bienestar y la adopción de medidas frente a situaciones de maltrato o abandono.

En nuestra Constitución también se regula esta protección hacia el menor en el artículo 39, en los apartados 2 y 3, respectivamente se indica que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y que los progenitores son los encargados de prestarles todo tipo de asistencia durante su minoría de edad⁷¹.

4.1. CONCEPTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El interés superior del menor es un principio que asegura que los derechos y el bienestar de los niños sean la prioridad en todas las decisiones que afecten en sus vidas. Debe prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo. Podemos desglosarlo en 3 dimensiones:

1. Derecho sustantivo: El menor tiene derecho a que sus intereses se evalúen y se tengan en cuenta en cualquier medida.
2. Principio interpretativo: Siempre se debe de optar por la interpretación más favorable para el menor.
3. Procedimiento: todas las decisiones que se tomen han de estar precedidas de un proceso donde se garanticen los derechos y los intereses del menor.

⁷⁰ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Publicada en el BOE, nº. 15, de 17 de enero de 1996, entrada en vigor el 16 de febrero de 1996.

⁷¹ ABARCA JUNCO, A. P., GÓMEZ JENE, M., GUZMÁN ZAPATER, M., HERRANZ BALLESTEROS, M., MIRALLES SANGRO, P. P., PÉREZ VERA, E. Y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (2016), *Derecho Internacional Privado*, UNED, Madrid, p. 541.

Estas garantías y derechos son, en parte, responsabilidad de los padres. Ellos son quienes tienen que velar que se respeten.

También existirá un compromiso por los Tribunales de proteger a los menores, de escuchar su opinión y sentimientos, evaluando las necesidades del niño, y siempre respetando su cultura y religión.

Por último, el Estado será el encargado de crear condiciones adecuadas para el bienestar de los menores. Además, debe de garantizar ciertos derechos procesales, como el derecho de ser escuchado en el proceso, la intervención de profesionales y del Ministerio Fiscal. Todas las decisiones que se tomen deben de estar debidamente motivadas⁷².

En el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño se regula:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Enmarca el concepto del interés superior del menor, dando prioridad a este interés sobre otros, como los de los padres o los de las instituciones, asegurando que se antepongan siempre los derechos y el bienestar de los niños.

⁷² Conceptos Jurídicos, Derecho de Familia, *¿Qué es el interés del menor?*. Recuperado el 3 de junio 2025 de: <https://www.conceptosjuridicos.com/interes-superior-del-menor/>

A nivel internacional, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁷³, regula también en su artículo 8 el derecho de resto a la vida privada y familiar, remarcando los derechos del niño.

También en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁴, se regula en el artículo 19 los derechos del niño, “(T)odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

4.1.1. Guía de Buenas Prácticas en virtud de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996.

La Guía de Buenas Prácticas fue elaborada en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la versión más reciente de la Guía es del año 2011. Esta Guía es la encargada de revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 y de 1980 para mejorar su implementación.

La Guía ofrece un desarrollo de los principios generales y de las prácticas recomendadas para que su aplicación práctica se desarrolle de una forma más eficaz. Especialmente en lo que respecta al contacto transfronterizo entre los progenitores con sus hijos, la promoción de acuerdos, la cooperación internacional entre Estados, tramitación de solicitudes, la reubicación y el derecho de visita.

El contacto transfronterizo es muy importante para los menores durante y después de haber sufrido algún conflicto internacional. Es obligatorio contextualizar que se entiende por contacto “*las diversas maneras en que un padre o una madre que no tiene la custodia (y en ocasiones otro pariente o uno de sus amigos) mantiene relaciones personales con el niño, ya sea mediante visitas periódicas, comunicación a distancia u otros medios*”⁷⁵.

⁷³ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950. Publicado en el BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564 a 23570.

⁷⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978. Tratados OEA nº.36 – Reg. ONU 27/07/1979. Nº 17955.

⁷⁵ Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, (2011), *Capítulo XXVII, Algunas Cuestiones terminológicas*. Recuperado de: <https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf>

La Guía establece un modelo general para la cooperación internacional de los Estados respetando los derechos y garantías de los menores usando como base, a la hora de tomar decisiones, el interés superior del menor. No obstante, debemos tener en cuenta que nada de lo establecido es vinculante para los Estados parte, teniendo un carácter meramente facultativo.

Este texto va dirigido especialmente para los jueces, las Autoridades centrales designadas por los Estados y para los gobiernos que desarrollan políticas en relación con el contacto transfronterizo. Se motiva a los Estados parte que revisen sus propias prácticas y las mejoren si fuese necesario.

4.2. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MENOR EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS, ESPECIALMENTE EN LA SUSTRACCIÓN DE MENORES

En el ámbito internacional, la protección de los menores ha sido objeto de regulación de varios textos. Como ya hemos mencionado, en la sustracción internacional de menores, uno de los instrumentos jurídicos que destacamos es el Convenio de La Haya de 1980, este regula un procedimiento de cooperación internacional entre los diferentes Estados para una restitución del menor a su Estado de origen de forma segura; durante este proceso se realiza una evaluación continuada del menor por expertos, para asegurar que se están respetando sus derechos y las decisiones se tomen siempre a favor de su interés⁷⁶.

Otra normativa a destacar es la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece también medidas de protección para los menores (artículo 19 de la Convención), indicando que se debe considerar primordial el interés superior del menor.

Se aplica el principio de no discriminación, garantizando así a todos los niños sus derechos fundamentales, sin importar su nacionalidad, etnia o lugar de residencia (artículo 2 de la Convención).

⁷⁶ LORENTE MARTÍNEZ, I. (2019), *La integración europea en el Derecho de Familia. Sustracción internacional de menores: el caso Juana Rivas*, Universidad de Murcia. p.163.

En el Derecho Interno, podemos destacar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante “LO 1/1996”)⁷⁷. Su artículo 2 regula que el interés superior del menor ha de ser considerado primordial en todas las decisiones que le afecten. Se deben de considerar sus opiniones y deseos, velar porque crezca en un entorno adecuado y libre de violencia y que respete su identidad, cultura, religión, idioma y orientación sexual. Los poderes públicos velarán porque los progenitores, responsables legales o tutores, desarrollen de forma correcta sus deberes y responsabilidades frente al menor, y cuando los menores se encuentren en situaciones de violencia familiar, vicaria o de género por alguien de su mismo hogar, se asegurará su atención especializada y la aplicación de las medidas de protección que sean necesarias.

Tras análisis de las diferentes normas, se deduce que los pilares fundamentales del sistema protector español de menores son los padres y el poder público⁷⁸.

5. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La igualdad entre mujeres y hombres, así como el respeto a la dignidad y libertad de las mujeres, son principios fundamentales de toda sociedad democrática.

Aunque se han logrado importantes avances en las últimas décadas, la violencia de género continúa afectando a muchas mujeres y niñas del mundo. Por ello, es esencial integrar la perspectiva de género en todas las ramas del Derecho, especialmente en el Derecho Internacional Privado.

En las relaciones privadas internacionales, es común que las autoridades españolas tengan que enfrentarse a instituciones constituidas en el extranjero que discriminan y vulneran la dignidad de las niñas y las mujeres, como en los casos de poligamia, de matrimonios

⁷⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Publicado en el BOE, Nº.15, a 17 de enero de 1996, entrada en vigor el 16 de febrero de 1996.

⁷⁸ ABARCA JUNCO, A. P., GÓMEZ JENE, M., GUZMÁN ZAPATER, M., HERRANZ BALLESTEROS, M., MIRALLES SANGRO, P. P., PÉREZ VERA, E. Y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (2016), *Derecho Internacional Privado*, UNED, Madrid, p. 541.

forzosos o bien en casos donde se tengan que aplicar un Derecho extranjero que atenta contra la prohibición de discriminación por razón de sexo en nuestro ordenamiento jurídico.

En tales casos, nuestro ordenamiento dispone de una cláusula de “orden público internacional”, que permite denegar la aplicación de las normas extranjeras discriminatorias.

No podemos ignorar que en los últimos años se ha producido un aumento de casos de violencia contra la mujer ejercida por su pareja o expareja dentro del ámbito familiar y estas se ven obligadas a “huir” con sus hijos a sus países de origen, aunque sean conscientes de que pueden llegar a ser acusadas de un delito de sustracción internacional de menores.

Es necesario incorporar una perspectiva de género en el Derecho Internacional Privado, puesto que ni el Convenio de La Haya de 1980, ni el Reglamento Bruselas II Ter garantizan la protección del menor que es víctima directa o indirecta de la violencia de género.

El objetivo de estas normas es la restitución inmediata del menor y esto impide poner a los menores a salvo del progenitor maltratador y limita la actuación judicial en estos casos⁷⁹.

5.1. CONCEPTOS: VIOLENCIA DE GÉNERO, VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA VICARIA.

En la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LO 1/2004)⁸⁰, encontramos en su artículo 1 el objeto de la ley, que no es otro que actuar contra la violencia de género. La violencia de género es todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad (artículo 3). También se refiere a la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad (artículo 4).

⁷⁹ MARCHAL ESCALONA, N. (2023). *El reto: la necesaria incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Internacional Privado*. Legal Today. Recuperado el 18 de junio de 2025: <https://www.legaltoday.com/actualidad-juridica/mujeres-por-derecho/el-reto-la-necesaria-incorporacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-el-derecho-internacional-privado-2023-08-02/>

⁸⁰ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Publicado en el BOE, Nº 313, del 29 de diciembre de 2004, entrada en vigor el 28 de enero de 2005. pp. 42166-42197.

En cuanto a la violencia doméstica, esta abarca múltiples formas de agresión dentro del ámbito familiar, ya sea física, psicológica, económica o sexual, dirigida a menores, parejas u otros miembros del hogar. Es un problema social grave y una violación de los derechos de la mujer, ejercida principalmente por sus parejas, con cifras muy elevadas a nivel mundial.

Pese a los avances normativos, la violencia persiste como respuesta a los conflictos familiares, afectando de forma indirecta, en muchas ocasiones, a los menores⁸¹.

Según el Ministerio de Sanidad y Consumo la violencia doméstica se equipara a *“aquellas agresiones que se producen en el ámbito privado en el que el agresor, normalmente varón, tiene una relación de pareja con la víctima. Dos elementos deben de tenerse en cuenta en la definición: la reiteración de los actos violentos y la situación de dominio del agresor que utiliza la violencia para el sometimiento y control de la víctima”*.

La ONU desde 1995 estableció objetivos estratégicos respecto a la violencia doméstica y la OMS (Organización Mundial de la Salud), en 1998 declaró este tipo de violencia como una de las principales causas de muerte y lesiones no mortales en todo el mundo⁸².

Por último, la violencia vicaria, tiene el objetivo de dañar a la mujer a través de sus seres queridos y especialmente de sus hijas e hijos. El padre ejerce una violencia extrema contra sus hijos, llegando incluso a causarles la muerte. Podríamos englobar esta clase de violencia dentro de la violencia de género, ya que en vez de ser la mujer la víctima directa, son sus hijos. Se sustituye a una persona por otra para ejercer la acción⁸³.

5.2. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES COMO HUIDA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

⁸¹ ACEITUNO JULIÁ, J. (2020). *Influencia de la violencia doméstica en la sustracción internacional de menores*, Trabajo Fin de Grado, Universidad de Jaén. Repositorio de la Universidad de Jaén. p. 16.

⁸² Ministerio de Sanidad y Consumo (2003). *Violencia doméstica*. Grupo de Salud Mental del Programa de Actividades de Prevención y Promoción de la Salud (PAPPS) de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (semFYC), Madrid.

⁸³ TAJAHUERCE ÁNGEL, I., SUÁREZ OJEDA, M. (s. f.). *Así es la violencia vicaria, la expresión más cruel de la violencia de género*. Oficina de Transferencia de Resultados de Investigación (OTRI), Universidad Complutense de Madrid. Recuperado el 19 de junio de 2025: <https://www.ucm.es/otri/noticias-violencia-vicaria-ucm>

Muchas madres optan por “secuestrar” a sus hijos para poder alejarse del progenitor maltratador. Frecuentemente es necesario huir del Estado donde viven para evitar sufrir ese maltrato y proteger a sus hijos.

Este problema es generado porque las normas internacionales olvidan la situación que está sufriendo la madre, que normalmente es el progenitor que huye a su país de origen con el menor para escapar de la situación de violencia de género.

La atribución de competencia al tribunal del Estado donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado ilícito es un principio válido en casos de secuestro internacional derivado de una crisis matrimonial donde no existen episodios de violencia de género.

No obstante, cuando el secuestro tiene como finalidad poner a los menores a salvo del progenitor maltratador, la preocupación prioritaria no debería ser la restitución inmediata, si no la protección de las víctimas, tanto la madre como los menores; permitiendo que las autoridades del país donde se ha trasladado al niño o a la niña aprecien si verdaderamente existía una situación de violencia de género, y si es necesario privar al progenitor maltratador de su derecho de custodia sobre los menores.

En estos casos, es justificable la aplicación de la excepción del artículo 13 b) del Convenio de La Haya de 1980⁸⁴. Sin embargo, existen proposiciones para mejorar su aplicación en el ámbito de la violencia de género, como mencionábamos en el capítulo 3, el *Proyecto de Guía de buenas Prácticas sobre el artículo 13.b) del CH 1980*, desarrollado por la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya y el Convenio de Estambul de 2011.

Es muy importante que las decisiones judiciales se basen en el contexto específico en el que se producen los hechos, especialmente cuando se alega violencia. Aplicar automáticamente la norma sin valorar el riesgo puede suponer una revictimización⁸⁵.

⁸⁴ LARA AGUADO, Á. (2022). Neutralidad del Derecho Internacional Privado en cuanto al género, una forma de violencia de género institucional. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, (Protocolo II)*, pp. 304-305.

⁸⁵ BERNAL-TRIVIÑO, A. (2018). El tratamiento informativo del caso Juana Rivas. Hacia una definición de violencia mediática. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, pp. 1307–1322.

Uno de los problemas al aplicar estas normativas es que en la mayoría de los casos no se clasifican como peligrosos o como un riesgo aquella violencia que no sea sufrida de forma directa por el menor⁸⁶. Podemos tomar de referencia la SAP Valencia de 23 de febrero de 2017, donde no se aplicó la excepción del artículo 13 b) del Convenio aun existiendo un proceso penal de violencia de género contra el padre debido a que no consta que los malos tratos hayan afectado al menor⁸⁷. Lo mismo ocurre en la SAP Navarra de 3 de octubre de 2018⁸⁸.

Cabe citar al Convenio de Estambul de 2011, mencionado en el Capítulo 1 como el primer tratado internacional vinculante que reconoce la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos.

El ámbito de aplicación del Convenio queda principalmente delimitado por el artículo 2.1, *“(E)l presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada”* y en el artículo 2.2, *“se alienta a las Partes a aplicar el presente Convenio a todas las víctimas de violencia doméstica. Las Partes prestarán especial atención a las mujeres víctimas de violencia basada en el género en la aplicación del presente Convenio”*. Esta dualidad de conceptos entre violencia de género y violencia doméstica ha generado tensiones y conflictos⁸⁹.

Además, en el artículo 31 del Convenio se indica que, *“las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio”*. Según estos artículos, entendemos que esta herramienta jurídica debe de ser utilizada para la resolución del caso de Juana Rivas.

⁸⁶ MARTÍNEZ CALVO, J. y SÁNCHEZ CANO, M.ª J. (2020), “Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho internacional privado y del Derecho civil”, *Estudio jurídico del caso de Juana Rivas*, Dykinson, Zaragoza, pp. 745-746.

⁸⁷ SAP Valencia (Sección 10ª), num. 180/2017, de 23 de febrero de 2017, ECLI: ES:APV:2017:718.

⁸⁸ SAP Navarra (Sección 3ª), num. 449/2018. De 3 de octubre de 2018, ECLI: ES:APNA::2018:875.

⁸⁹ THILL, M. (2020). *El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género*. *IgualdadES*, 2, pp.157–196. Recuperado el 19 de junio de 2025: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.2.06>

6. CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio se ha analizado el delito de sustracción internacional de menores a través del caso de Juana Rivas.

En especial se ha examinado cómo deben de interactuar las normas del Derecho Internacional Privado, salvaguardando el principio de interés superior del menor y siempre analizándolo desde una perspectiva de género.

Este enfoque ha permitido evidenciar que, a pesar de contar con un amplio marco jurídico internacional, existen ciertas lagunas en su aplicación, como es el caso del Convenio de Estambul de 2011 o las excepciones a la regla general del Convenio de La Haya de 1980.

Uno de los principales puntos que podemos destacar de este análisis es que la perspectiva de género no ha sido integrada de forma eficaz en esta rama del Derecho, lo cual supone una violencia institucional⁹⁰, que se refleja en casos como el de Juana Rivas, donde la justicia priorizó en todo momento la restitución inmediata de los menores, sin valorar adecuadamente los antecedentes de violencia de género. El estudio del caso revela una aplicación formalista de las normas internacionales.

En el caso de Juana Rivas, la denuncia interpuesta de violencia de género y malos tratos en España fue desestimada por los tribunales, argumentando que no se podía probar que este episodio afectase directamente a los menores, a pesar de que estos lo hubiesen presenciado⁹¹.

No pudo demostrarse la gravedad de este episodio ni por el relato de las partes, ni por el trabajo efectuado por los profesionales que habían evaluado a los niños⁹². La aplicación de las normas internacionales se realizó de forma mecánica, se ordenó la inmediata restitución

⁹⁰ LARA AGUADO, Á. (2022). Neutralidad del Derecho Internacional Privado en cuanto al género, una forma de violencia de género institucional. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, (Protocolo II)*, pp. 293-326.

⁹¹ LORENTE MARTÍNEZ, I. (2019), *La integración europea en el Derecho de Familia. Sustracción internacional de menores: el caso Juana Rivas*, Universidad de Murcia, p. 169.

⁹² MARTÍNEZ CALVO, J. y SÁNCHEZ CANO, M.ª J. (2020), "Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho internacional privado y del Derecho civil", *Estudio jurídico del caso de Juana Rivas*, Dykinson, Zaragoza, p. 746.

de los menores a Italia⁹³ y se practicó una prueba pericial evaluando que el retorno a Italia no supondría una situación de “grave riesgo” para ellos.

Esto evidencia una falta de sensibilidad en la implementación de los diferentes mecanismos de protección. En este caso parece razonable la aplicación del Convenio de Estambul de 2011, con el propósito de valorar los antecedentes de violencia de género, pero ni los tribunales españoles ni los italianos lo tuvieron en cuenta.

Tanto el artículo 18 como el 31 del citado Convenio obliga a adaptar medidas de protección y ayuda a las víctimas. Sin embargo, Juana Rivas, no fue protegida de manera efectiva y resultó condenada por el delito de sustracción de menores sin que se reconociera su condición de víctima de violencia de género.

En cuanto a la aplicación del Reglamento Bruselas II Ter, no se adoptó ningún mecanismo que impidiese el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras que se pronuncien sobre el derecho de custodia y visita en contextos de violencia de género y tampoco se han previsto mecanismos que garanticen el ejercicio seguro de dicho derecho.

Aunque España forma parte del Convenio, su aplicación en cuanto a la violencia de género en el caso de Juana Rivas fue inexistente. Se priorizó el cumplimiento formal de las normas, ignorando la obligación de proteger a las víctimas de violencia, tanto a Juana Rivas como a sus hijos ⁹⁴.

Es necesario adoptar soluciones en defensa de la mujer que regresa a su país de origen para escapar de una situación de violencia intrafamiliar. Al igual que sería necesario adoptar un enfoque de género en la regulación del derecho de custodia y visita transfronterizo en estos supuestos de violencia.

⁹³ Sentencia Juzgado de Primera Instancia Nº3 de Granada, num. 754/2016, del 14 de diciembre de 2016, ECLI: ES:JPI:2016:723.

⁹⁴ MARCHAL ESCALONA, N. (2023). *El reto: la necesaria incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Internacional Privado*. Legal Today. Recuperado el 18 de junio de 2025: <https://www.legaltoday.com/actualidad-juridica/mujeres-por-derecho/el-reto-la-necesaria-incorporacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-el-derecho-internacional-privado-2023-08-02/>

Existe una gran tensión entre la restitución inmediata del menor (regla general) y la necesidad de proteger a la víctima (excepciones). En los casos de violencia, esta tensión debería de resolverse a favor del interés superior del menor, que no puede evaluarse de forma aislada del contexto de violencia que lo rodea⁹⁵. A pesar de existir un riesgo para el menor, se prioriza la regla general de restitución al país donde se encontraba su residencia habitual antes del traslado, lo que pone de manifiesto la falta de sensibilidad por parte del legislador europeo, pues se constata, reforzando el argumento del caso, que las cifras de víctimas de violencia de género van en aumento en todos los países de la Unión Europea⁹⁶.

Cabe señalar el giro significativo acontecido en el caso de Juana Rivas en Italia recientemente. Se ha abierto un proceso penal contra Francesco Arcuri “por maltrato habitual, físico y psicológico de forma grave y continuado contra sus hijos”. Tras las diversas denuncias interpuestas por Juana Rivas, finalmente, el Tribunal de Cagliari ha fijado el 18 de septiembre de 2025 como fecha para el juicio penal contra Francesco Arcuri ⁹⁷. Esta decisión judicial evidencia que se está tomando en cuenta la situación de violencia que han podido sufrir los menores, y en un futuro puede que evolucione hacia un enfoque que reconozca la posible violencia de género que sufrió Juana Rivas.

El equipo legal de Juana Rivas lo ha calificado como violencia vicaria e institucional. Este juicio puede ser un precedente relevante en la lucha por la protección efectiva de las víctimas de violencia de género y la aplicación de la justicia en estos casos⁹⁸.

Son todavía muchos los frentes abiertos en el Derecho Internacional Privado en la lucha por la igualdad y los derechos fundamentales de las niñas y mujeres. La introducción de una

⁹⁵ THILL, M. (2020). *El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género*. IgualdadES, 2, pp.157–196. Recuperado el 19 de junio de 2025: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.2.06>

⁹⁶ LARA AGUADO, Á. (2022). Neutralidad del Derecho Internacional Privado en cuanto al género, una forma de violencia de género institucional. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, (Protocolo II)*, pp. 304-305.

⁹⁷ ARROYO, J. (2025). Caso Juana Rivas: *La expareja de Juana Rivas irá a juicio en Italia por presunto maltrato a sus dos hijos*. Periódico El País. Recuperado el 25 de junio de 2025: <https://elpais.com/sociedad/2025-06-17/la-expareja-de-juana-rivas-ira-a-juicio-en-italia-por-presunto-maltrato-a-sus-dos-hijos.html>

⁹⁸ MARTÍNEZ COLLADO, M. (2025). *Francesco Arcuri irá a juicio en Italia por maltrato habitual a los hijos de Juana Rivas*. Periódico Diario Público. Recuperado el 25 de junio de 2025: <https://www.publico.es/mujer/violencia-machista/francesco-arcuri-ira-juicio-italia-maltrato-habitual-hijos-juana-rivas.html>

perspectiva de género en esta rama del Derecho es para los legisladores y las autoridades una prioridad y una asignatura pendiente⁹⁹.

7. BIBLIOGRAFÍA

- DOCTRINA:

Abarca Junco, A. P., Gómez Jene, M., Guzmán Zapater, M., Herranz Ballesteros, M., Miralles Sangro, P. P., Pérez Vera, E., & Vargas Gómez-Urrutia, M. (2016). *Derecho Internacional Privado*. UNED.

Aceituno Juliá, J. (2020). *Influencia de la violencia doméstica en la sustracción internacional de menores*. Trabajo Fin de Grado, Universidad de Jaén. Repositorio de la Universidad de Jaén.

Bernal-Triviño, A. (2018). "El tratamiento informativo del caso Juana Rivas. Hacia una definición de violencia mediática". *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 24(4).

Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. (2018). *Derecho internacional privado* (Vol. II, 18.^a ed.). Comares.

Del Castillo Oramas, A. (2016). *La sustracción civil internacional de menores extracomunitarios: la violencia de género como causa de denegación de la restitución*. Trabajo de Fin de Grado en Derecho, tutorizado por la Profesora doña María Asunción Asín Cabrera, Universidad de La Laguna.

Font i Segura, A., Gràcia i Casamitjana, J., Orozco Hermoso, M., & Vinaixa i Miquel, M. (2019). *Competencia judicial internacional*. Universitat Oberta de Catalunya.

García Vicente, M., Germán Gómez, C., González Martín, R., González Regidor, I., González Sanz, N., De León Sánchez, M., López Morán, A., Martín del Río, A., Martín Roncero, J., Martín Sánchez, J. A., Méndez Lamela, C., Molina San Quirico, A., Moríñigo Gómez, Á., & Muñoz Cuenca (2021). *Mediación y sustracción internacional de menores: Buenas prácticas*.

⁹⁹ MARCHAL ESCALONA, N. (2023). *El reto: la necesaria incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Internacional Privado*. Legal Today. Recuperado el 18 de junio de 2025: <https://www.legaltoday.com/actualidad-juridica/mujeres-por-derecho/el-reto-la-necesaria-incorporacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-el-derecho-internacional-privado-2023-08-02/>

Trabajo de Fin de Grado, tutorizado por la Profesora Antonia Durán Ayago, Universidad de Salamanca.

González Marimón, M. (2022). “La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(1). pp. 286-312.

Johnston, J. R., Sagatun-Edwards, I., Blomquist, M.-E., & Girdner, L. K. (2001). *Prevention of Family Abduction Through Early Identification of Risk Factors*. U.S. Department of Justice.

Lara Aguado, Á. (2022). Neutralidad del Derecho Internacional Privado en cuanto al género, una forma de violencia de género institucional. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (Protocolo II). pp. 293-326.

Lorente Martínez, I. (2019). La integración europea en el Derecho de Familia. Sustracción internacional de menores: el caso Juana Rivas. *Revista de Derecho de Familia*. pp. 161-187

Marchal Escalona, N. (2023). El reto: la necesaria incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Internacional Privado. *Legal Today*. Recuperado el 18 de junio de 2025 de <https://www.legaltoday.com/actualidad-juridica/mujeres-por-derecho/el-reto-la-necesaria-incorporacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-el-derecho-internacional-privado-2023-08-02/>

Marín Pedreño, C. (2015). *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*. Editorial Ley 57.

Martínez Calvo, J., Sánchez Cano, M.^a J. (2020). “Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho internacional privado y del Derecho civil”. En *Estudio jurídico del caso de Juana Rivas*. Dykinson. pp. 732-746

Rodríguez Benot, A., Campuzano Díaz, B., Rodríguez Vázquez, M.^a Á., & Ybarra Bores, A. (2020). *Manual de Derecho Internacional Privado* (7.^a ed.). Tecnos.

Ruiz Sutil, C. (2018). “Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores”. *Revista de Derecho Internacional Privado*, pp. 616-641.

Thill, M. (2020). "El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género". *IgualdadES*, 2.

Zabalgo, P. (2023). Medidas paternofiliales: Diferencia entre patria potestad y guarda y custodia. Recuperado el 3 de junio de 2025 de <https://palomazabalgo.com/diferencias-entre-patria-potestad-y-guarda-y-custodia/>

- RECURSOS ELECTRÓNICOS:

ARROYO, J. (2025). Caso Juana Rivas: La expareja de Juana Rivas irá a juicio en Italia por presunto maltrato a sus dos hijos. Periódico El País. Recuperado el 25 de junio de 2025: <https://elpais.com/sociedad/2025-06-17/la-expareja-de-juana-rivas-ira-a-juicio-en-italia-por-presunto-maltrato-a-sus-dos-hijos.html>

Conceptos Jurídicos. (s. f.). ¿Qué es el interés del menor? *Derecho de Familia*. Recuperado el 3 de junio de 2025 de <https://www.conceptosjuridicos.com/interes-superior-del-menor/>

Conceptos Jurídicos. (s. f.). Guarda y custodia. Recuperado el 3 de junio de 2025 de <https://www.conceptosjuridicos.com/guarda-y-custodia/>

Guía de Buenas Prácticas. (s. f.). Algunas cuestiones terminológicas. Capítulo XXVII. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf>

Lara López, A. M.^a (2020). *Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*. Universidad de Málaga. Recuperado de https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/19126/PAPERANTONIOLARA_KOB_E.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Sarrion, S. (2025). Daniel, el hijo menor de Juana Rivas se queda en Granada con su madre. *El Salto Diario*. Recuperado el 5 de mayo de 2025 de <https://www.elsaltodiario.com/justicia/hijo-menor-Juana-Rivas-se-queda-Granada-madre>

Tajahuerce Ángel, I., & Suárez Ojeda, M. (s. f.). Así es la violencia vicaria, la expresión más cruel de la violencia de género. *Universidad Complutense de Madrid – Oficina de*

Transferencia de Resultados de Investigación (OTRI). Recuperado el 19 de junio de 2025 de <https://www.ucm.es/otri/noticias-violencia-vicaria-ucm>

- LEGISLACIÓN:

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE, n.º 137, 6 de junio de 2014.

Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. BOE, n.º 210.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. BOE, 10 de octubre de 1979.

Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. BOE, n.º 202, 24 de agosto de 1987.

Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1996. BOE, n.º 291, 2 de diciembre de 2010.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978. Tratados OEA n.º 36 – Reg. ONU 27/07/1979. N.º 17955.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE, n.º 313, 31 de diciembre de 1990.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE, n.º 7, 8 de enero de 2000.

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. BOE, n.º 312, 29 de diciembre de 2007. Entrada en vigor: 30 de diciembre de 2007.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE, n.º 15, 17 de enero de 1996.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE, n.º 313, 29 de diciembre de 2004, pp. 42166-42197.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE, n.º 157, 2 de julio de 1985.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE, n.º 175, 23 de julio de 2015.

Real Decreto 1024/2021, de 16 de noviembre. BOE, n.º 275, 17 de noviembre de 2021.

Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. DOUE, L 178, 2 de julio de 2019.

- JURISPRUDENCIA:

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

Sentencia de la Sala Tercera, de 23 de diciembre de 2009, Asunto C-403/09 PPU. ECLI: EU:C:2009:810.

Sentencia de la Sala Primera, de 4 de abril de 2009, Asunto C-523/07. ECLI: EU:C:2009:225.

Sentencia de la Sala Primera, de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-497/10 PPU. ECLI: EU:C:2010:829.

Sentencia de la Sala Primera, de 2 de diciembre de 2010, Asunto C-497/10 PPU. ECLI: EU:C:2010:829.

Sentencia de la Sala Quinta, de 8 de junio de 2017, Asunto C-111/17 PPU. ECLI: EU:C:2017:436.

Audiencia Provincial de Granada

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª), n.º 152/2017, de 21 de abril de 2017, Rollo n.º 72/2017, Autos n.º 1442/2016. ECLI: ES:APGR:2017:486.

Auto de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª), n.º 129/2017, de 9 de agosto de 2017, Rollo de apelación n.º 72/2017, dimanante de los Autos n.º 1442/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Granada. ECLI: ES:APGR:2017:486.

Audiencia Provincial de Valencia

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), n.º 180/2017, de 23 de febrero de 2017. ECLI: ES:APV:2017:718.

Tribunal Supremo

Sentencia de la Sala de lo Penal (Sección 1.ª), n.º 339/2021, de 23 de abril de 2021, Recurso n.º 1665/2019. ECLI: ES:TS:2021:1403.

Audiencia Provincial de Navarra

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª), n.º 449/2018, de 3 de octubre de 2018. ECLI: ES:APNA:2018:875.

Juzgado de lo Penal

Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Granada, de 18 de julio de 2018. ROJ: SJP 51/2018.

Juzgado de Primera Instancia

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Granada, n.º 754/2016, de 14 de diciembre de 2016. ECLI: ES:JPI:2016:723.