

## conferencia asime 21 junio de 2021

### Problemática del artículo 13 bis convenio de la haya 1980.

Interviene como ponente **D<sup>a</sup> Lilian Bendahan**, Magistrada-Juez de Uruguay, y una de las redactoras de la Guía de buenas prácticas del art. 13 b) del Convenio de la Haya de 1980, de Sustracción de menores (<https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c15c51b12.pdf>). Pertenece a la Red Judicial de apoyo en representación de su país.

Según expone la Magistrada, este apartado es una excepción a la regla general de obligación de restituir. Los Convenios están para cumplirse, en virtud del principio “Pacta sum servanda”, y por tanto este apartado debe tratarse de manera restrictiva, lo que no obsta para que sean escuchadas las alegaciones del progenitor sustractor y el fundamento sea valorado correctamente.

Lo primero que es preciso para alegar el art. 13 b) es que hay que demostrar que existe un grave riesgo físico o psíquico para el menor en caso de restitución.

Asimismo, debe tenerse en cuenta la Observación General nº 12 que establece la participación del niño en el proceso.

Pone como ejemplo los casos Linger o Latvia, en las que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sanciona a estos países por que los jueces no tuvieron en cuenta debidamente las alegaciones del progenitor sustractor, debiendo estar siempre al interés superior del niño.

Este concepto de interés superior del menor fue ya contemplado en el CLH de 1980 y posteriormente recogido en el Convenio de La Haya de Protección de los Derechos del Niño de 1996.

La Guía de buenas prácticas, es una guía de criterios interpretativos que busca el punto medio entre el cumplimiento del convenio, la obligación general de retorno, el interés del menor y el peligro al que éste puede estar expuesto, tanto el menor como el progenitor sustractor, en general las madres en el caso de orden de retorno.

Como primer principio a tener en cuenta está el valorar si el traslado es perjudicial para el niño, de ahí la urgencia, pero en una evaluación del caso, se deben recabar todas las pruebas relevantes. No hay que olvidar que el CLH de 1980 no entra en el fondo del asunto, ni en la materia de la custodia, sino únicamente estudia el caso desde el punto de vista de la sustracción y el eventual retorno, por lo que todas las pruebas deberán ser las pertinentes para valorar esto y no otros aspectos de fondo.

En el caso de que se alegue violencia o abuso debe ser el juez natural quién lo juzgue, no los jueces del estado requerido al que el menor ha sido trasladado.

Para ello se deben combinar ambos convenios, el CLH de 1980 y el Convenio de Protección de los menores de 1996 y adoptar medidas de protección ante el retorno- artículo 11 del CLH 1996 y el artículo 16, CLH 1980.

En todo caso, ni la violencia, ni el abuso, ni los problemas migratorios ni la acusación penal que pudiera estar vigente en el estado requirente contra el progenitor sustractor deben obstar a dictar la orden de retorno siempre que se puedan adoptar medidas de protección. Si no fuera posible implementar las medidas de protección no se accede al retorno.

Sin embargo, se plantea el problema de qué pasa si el juez del Estado requirente no acepta las medidas de protección. En este caso la Magistrada considera que deben ser reconocidas de pleno derecho si ambos son Estados contratantes.

Igualmente, es factible condicionar el retorno al reconocimiento de las medidas de protección.

Interviene el ex magistrado español **D. Joaquín Bayo**, quien plantea que no es lo mismo reconocimiento que ejecución, y que si bien las medidas de protección pueden ser reconocidas por el estado requirente eso no implica que se puedan ejecutar, pues la mayoría de los países exigen un exequátur para su ejecución con el tiempo que ello supone.

La magistrada está de acuerdo y señala que el convenio de 1996 prevé el reconocimiento automático en su artículo 23, pero no la ejecución, si bien puede condicionarse el retorno a que el estado requirente además de reconocer las medidas de protección dicte orden de ejecución, de lo contrario puede no accederse al retorno.

En aplicación del artículo 24 del Convenio de Protección de los Menores se puede obtener el **reconocimiento avanzado** y por el artículo 26 se puede pedir la ejecución.

Es importante por ello solicitar antes del retorno, no solo el reconocimiento sino también la ejecución en el Estado requirente. También cabría pedir medidas cautelares de ejecución en aplicación de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

En definitiva, cuando exista la duda de que el menor puede verse expuesto a un peligro físico o psíquico deben adoptarse las medidas de protección y todas las cautelas necesarias para que se trate de un retorno seguro.

Diana Carrillo

Socia de ASIME