



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: RÉGIMEN EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

Juan Pedro Franco Ruiz

Julio, 2017

ÍNDICE

	PÁGINA
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....	8
1. CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....	8
2. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....	9
III. REGULACIÓN DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....	10
1. DELIMITACIÓN NORMATIVA.....	10
1.1 REGLAMENTO 2201/2003 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2003.....	12
1.2 CONVENIO DE LUXEMBURGO DE 20 DE MAYO DE 1980.....	15
1.3 CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980.....	16
1.4 CONVENIO BILATERAL HISPANO-MARROQUÍ DE 30 DE MAYO DE 1997.....	20
1.4.1 ANTECEDENTES Y ORIGEN DEL CONVENIO.....	20
1.4.2 REGULACIÓN.....	21
1.4.3 JURISPRUDENCIA.....	22
1.5 LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: LEY 15/2015 DE 23 DE JULIO DE 2015.....	26
2. NUEVO PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.....	28
3. LA MEDIACIÓN COMO SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....	31
IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....	34
1. CUESTIONES CONTROVERTIDAS.....	34

1.1 DERECHO DE CUSTODIA Y DERECHO DE VISITA.....	36
1.2 ACUERDOS PACTADOS POR LAS PARTES.....	38
1.3 INTERPRETACIÓN DE RESIDENCIA HABITUAL.....	39
2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....	42
2.1 GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980.....	43
2.2 INFORMES DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE CONCEPTOS IMPRECISOS.....	50
V. CONCLUSIONES.....	51
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	54

RESUMEN

El objetivo principal de este trabajo es realizar un estudio sobre la sustracción internacional de menores desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español. La regulación de esta materia presenta la particularidad de contenerse en normas procedentes de diversas fuentes de origen convencional, institucional y autónomo; ante la existencia de este entramado normativo, el operador jurídico deberá garantizar el interés superior del menor en aquellos casos en los que se produzca un traslado ilícito. Para la consecución de este objetivo, se ha llevado a cabo un estudio de la reglamentación existente, así como un análisis jurisprudencial acerca de los puntos más controvertidos. De esta manera, se ha podido verificar como la sustracción internacional de menores presenta determinadas fortalezas y debilidades en referencia a su régimen normativo.

ABSTRACT

The main objective of this work is to carry out a study on the international abduction of minors from the perspective of Spanish Private International Law. The regulation of this subject presents the peculiarity of being contained in norms coming from diverse sources of conventional, institutional and autonomous origin; In view of the existence of this normative framework, the legal operator must guarantee the best interests of the child in cases in which an illegal transfer occurs. In order to achieve this objective, a study of the existing regulations has been carried out, as well as a jurisprudential analysis of the most controversial points. In this way, it has been possible to verify how the international abduction of minors presents certain strengths and weaknesses in reference to its normative regime.

PALABRAS CLAVE:

Sustracción internacional de menores, secuestro internacional, retención ilegal, traslado ilícito, mediación.

KEYWORDS:

International abduction of minors, international abduction, illegal retention, illegal transfer, mediation.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc	Código Civil
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CH	Convenio de La Haya
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
FGE	Fiscal General del Estado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Sent.	Sentencia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

La eliminación de las fronteras geográficas entre países ha favorecido la aparición de relaciones entre personas de distintas culturas y países, llegando a unirse mediante el vínculo matrimonial. En algunas ocasiones, estas relaciones mixtas suelen ser muy beneficiosas ya que al ser un fenómeno cada vez más extendido, fomenta un clima de tolerancia hacia otras culturas. Cuando se produce una situación de crisis matrimonial entre las parejas de distinta nacionalidad, los hijos se convierten en las principales víctimas del conflicto.

Ante un caso de separación o divorcio entre parejas de distinta nacionalidad, una de las cuestiones más importantes es determinar a quién de los progenitores le corresponderá el derecho de custodia sobre el menor. Puede ocurrir que el menor conviva con ambos progenitores alternando periodos de tiempo, o tan solo con uno de los dos. Los tribunales que resulten competentes para dictaminar sobre el asunto, tendrán que decidir sobre esta cuestión teniendo en cuenta en todo momento el bienestar y el buen desarrollo del menor. Por ello, con el fin de evitar cualquier situación que pueda perjudicar la estabilidad del menor, resulta adecuado en ocasiones que ambas partes lleguen a un acuerdo.

La realidad, en la mayoría de los casos de separación entre progenitores de distintos países, es que se ven implicados en disputas sobre la custodia del menor, dejando de lado la búsqueda del interés del menor por la lucha de sus propios intereses. El agravamiento de esta situación puede concluir en un fenómeno que en los últimos años está ganando protagonismo: la sustracción internacional de menores¹.

La sustracción internacional de menores, es un tema trágico tanto en el ámbito familiar como judicial. En este hecho tiene una gran importancia el peso emocional de los progenitores ante la separación, el cual se acentúa por la existencia de menores que aparecen como parte imparcial en el conflicto. Todo esto es lo que hace necesario que en la resolución judicial prime el interés del menor, siendo así necesaria una gran

¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2016), *Derecho Internacional Privado*, Navarra, Aranzadi, p. 388.

consideración por parte tanto del legislador como del Juez para que afronten estos asuntos con especial tacto a la hora de buscar una solución al problema.

Especial mención merecen aquellos supuestos donde los niños son trasladados de forma ilícita por uno de sus progenitores, hacia un país con una cultura totalmente distinta a la de los países occidentales. Se trata de los casos donde entran en conflicto los países occidentales y los países de tradición islámica², en los que se incrementa la dificultad al producirse choques por la existencia de distintas culturas y valores. En estos países existen modelos de familia y roles totalmente distintos, que van a dificultar la labor de los tribunales de justicia a la hora de encontrar una solución rápida y beneficiosa para ambas partes.

Para poder hacer frente y poner fin a este problema, se hace necesaria la cooperación de todos los países en la lucha contra la sustracción. Uno de los instrumentos más importantes para solucionar estas situaciones son los Convenios internacionales, siendo el más destacado, el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores³. Sin embargo, estos procesos se caracterizan por ser, en la mayoría de ocasiones, lentos y onerosos, llegando en alguno de los casos a empeorar la situación entre las partes. Por este motivo, una de las prácticas más recomendadas en las últimas décadas, para la resolución de este tipo de conflictos, es la mediación internacional familiar.

La mediación es un instrumento legal con muy poco arraigo dentro de los diferentes sistemas jurídicos de los distintos Estados, pero con el paso del tiempo su figura se ha ido desarrollando y normalizando, hasta llegar a ser un método de solución de conflictos extrajudicial muy utilizado por las familias⁴.

En cuanto a la normativa vigente en España sobre sustracción internacional de menores, cabe decir que es de índole multidisciplinar, ya que está compuesta por normas de distintas naturaleza que necesitan de una interpretación común para

² CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M. (2011), *El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos*, Cuadernos de Derecho Transnacional, p.47.

³ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. BOE, núm. 202, de 24 de agosto de 1987, pp. 26099-26105.

⁴ VELARDE D'AMIL, Y. (2015), *La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Revista de Derecho UNED, Núm. 17, p.1280.

conseguir una correcta aplicación. El entramado normativo se encuentra compuesto por normas europeas, como el Reglamento 2201/2003⁵, por normas de origen convencional, a destacar el CH de 1980 y normas de carácter nacional, como la Ley 15/2015 de 23 de julio de 2015⁶. Es por ello que, ante un caso de sustracción internacional, puede resultar complejo para los operadores jurídicos la aplicación de las distintas normas vigentes en el sistema en aras a la determinación de la competencia judicial internacional, la ley aplicable o el reconocimiento de decisiones.

Cada caso de sustracción ha de ser tratado de forma individualizada y, para ello, resultará indispensable determinar la normativa aplicable y, en caso de que existan varias normas, habrá que determinar cuál lo es atendiendo a las reglas de coordinación, el ámbito de aplicación y las reservas que hayan podido establecer los Estados.

Al hilo de esta labor surge el propósito de este trabajo: la realización de una recopilación y un análisis general de la normativa aplicable ante un caso de sustracción internacional de menores desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español. Del mismo modo se examinan las medidas tendentes a prevenir la sustracción y aquellas que se utilizan para tratar de resolverla una vez que se ha producido.

Por otro lado y en relación a la estructura seguida en el trabajo, éste se articula en tres partes diferenciadas. En la primera de ellas, procederemos a realizar un estudio sobre la figura de la sustracción, el objeto central de este tipo, para ello se analizará el concepto y los elementos configuradores de esta figura. En la segunda, se llevará a cabo un análisis de la regulación, tanto de ámbito nacional como internacional, existente en esta materia y un análisis de los instrumentos de solución de conflictos de carácter extrajudicial. Y por último, se procederá a realizar un examen de la jurisprudencia y de las cuestiones polémicas que generan mayor controversia por parte de los tribunales a la hora de llevar a cabo la resolución del conflicto. Tras realizar esta tarea de investigación sobre la sustracción internacional de menores, se llegan a una serie de conclusiones que se detallan a su término.

⁵ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. *Diario Oficial de la UE*, núm. 338, de 23 de diciembre de 2003, pp. 1-29.

⁶ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. *BOE*, núm. 158, de 3 de julio de 2015, pp. 54068-54201.

La metodología seguida para la realización de esta investigación ha sido la revisión bibliográfica, a través de la cual se ha llevado a cabo un estudio de la información obtenida en diversas revistas y bibliografía especializada en la materia.

II. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1. CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La sustracción internacional de menores es un fenómeno muy habitual asociado a los conflictos entre civilizaciones donde generalmente existen planteamientos muy diferenciados en relación con la familia. Este tema constituye un arduo asunto puesto que involucra tanto la esfera familiar como la jurídica.

Según la doctrina se pueden distinguir dos vertientes a la hora de conceptualizar la sustracción internacional de menores, cada una de ellas igualmente válidas. La primera aborda la definición desde una perspectiva sociológica del concepto. Así, Encar Pardo la define como *“la conducta que ejerce un progenitor cuando retiene a un menor, privándole del contacto con el otro progenitor, como expresión de un conflicto interno, que se resuelve utilizando al menor como un instrumento de chantaje emocional contra el otro progenitor”*⁷. De esta definición podemos extraer que detrás de cada traslado ilegal de un menor, existen diferentes pretensiones y motivaciones que impulsan al progenitor a llevar a cabo estos actos.

La segunda se configura desde una perspectiva jurídica, según la cual *“se produce la sustracción internacional de menores cuando un menor es trasladado ilícitamente a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, o en aquellos casos en que el padre o la madre se haya trasladado con el menor para residir en otro país, e impida al otro progenitor que tenga atribuido el derecho de visita ejercerlo”*⁸.

Por tanto, podríamos definir este fenómeno como la situación que se produce cuando un menor, en los casos de crisis matrimonial, es trasladado de forma ilegal por el cónyuge extranjero a su país de origen donde este reside habitualmente. De este

⁷ DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2010), *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*. Valencia, Tirant lo Blanch.

⁸ Página web oficial del Gobierno de España, Ministerio de Justicia. www.mjusticia.gob.es.

modo, al producirse el desplazamiento del menor a otro país, se impide al otro progenitor hacer efectivo el ejercicio de los derechos de custodia o visita legalmente atribuidos por los tribunales de justicia⁹.

2. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

De esta definición se pueden deducir que son tres los elementos que deben confluír para que se puedan aplicar los tratados relativos a esta materia. Tales elementos son:

- Territorialidad: para que pueda apreciarse esta figura es necesario que uno de los cónyuges sea extranjero. Cuando tiene lugar la situación de crisis matrimonial, cada uno de los progenitores buscará la defensa de sus derechos acorde a su ley natal e intentará encontrar el respaldo de las autoridades judiciales de su país, por lo que se producirá el quebranto de la prohibición de sacar al menor del Estado donde se encuentre su residencia habitual. De este modo, al existir este elemento de extranjería y la disputa de intereses entre personas de distintas nacionalidades, entra en juego el derecho internacional privado a través de una serie de mecanismos jurídicos¹⁰.
- Temporalidad: en estos supuestos juega un papel fundamental el lapso de tiempo que transcurre desde que se produce la sustracción del menor y su posterior traslado al extranjero, hasta que se inician los procedimientos de restitución. Existen una serie de límites cuyo incumplimiento pueden llegar a acondicionar de una manera definitiva la decisión del juzgado, por este motivo uno de los objetivos básicos del CH de 25 de octubre de 1980 sea la celeridad en el proceso con el fin de evitar situaciones que puedan perjudicar al menor. Como consecuencia de la dilatación del procedimiento el menor se hace mayor y se integra en la sociedad del país al que ha sido trasladado, por lo que el retorno al país de origen puede resultar ser más perjudicial que beneficioso¹¹.

⁹ ADAM MUÑOZ, M.D. y GARCÍA CANO, S. (2004), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, p. 51.

¹⁰ JIMÉNEZ BLANCO, P. (2008), *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, p. 15.

¹¹ GONZÁLEZ VICENTE, P. (2007), *La sustracción internacional de menores y su nueva regulación*, Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 11, p. 92.

- Materialidad: es el elemento más significativo puesto que hace referencia a la violación del derecho de custodia legalmente atribuido por los órganos competentes. Es el derecho de custodia el que presenta mayor problema a la hora de analizar esta figura, puesto que cada ordenamiento jurídico interpreta de manera independiente los supuestos en los que nos encontramos ante una retención ilícita.

En relación con la retención ilícita, el CH establece que: *“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 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” (art. 3).*

Con el fin de evitar la aparición de discrepancias entre los ordenamientos jurídicos de los distintos países, motivadas por diferencias culturales, políticas y sociales existentes entre estos, se hace necesaria la aplicación de una única norma en materia de sustracción. Se considera el CH de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores como la norma por excelencia en esta materia, y su posterior desarrollo junto con el de otras normas van a ser expuestas en este trabajo.

III. REGULACIÓN DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1. DELIMITACIÓN NORMATIVA

La sustracción del menor por parte de uno de los progenitores puede darse en tres ámbitos muy dispares y, dependiendo del caso concreto, se aplicaran distintas normas en función de la territorialidad. Así podemos apreciar tres tipos de retención:

En primer lugar, aquella que tiene lugar en territorio nacional. En este caso, no existen problemas a la hora de determinar que juzgados tienen la competencia para conocer del asunto: la competencia judicial internacional corresponderá a los órganos de

justicia y a la Autoridad Central de dicho Estado. Por lo que, ante un caso de sustracción internacional de menores, la búsqueda se centrará únicamente en la demarcación nacional¹².

En segundo extremo, el traslado ilícito del menor puede producirse dentro de un Estado parte de la Unión Europea. Esta situación provocará la aplicación de las normas y principios de Derecho comunitario existentes en la materia. En estos casos, serán competentes para la solución del conflicto los tribunales de justicia del Estado donde radique la residencia del menor¹³.

Por último, puede ocurrir que el traslado del menor se produzca a un tercer Estado con el que, en ocasiones, no exista ningún convenio relativo a la sustracción de menores como ocurre con algunos países musulmanes, donde la concepción en relación a la familia es muy contraria a los países occidentales. Esta sustracción es la más compleja, ya que al tratarse de países con culturas totalmente opuestas supondrá un factor añadido a la hora de conseguir la restitución del menor¹⁴.

En general, en materia de sustracción internacional de menores existen tres normas básicas para hacer frente a estas situaciones. Estos son: el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980¹⁵, el CH de 25 de octubre de 1980 y el Reglamento (UE) N° 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea de 27 de noviembre de 2003.

Aunque, no son las únicas normas que se utilizan, ya que suele ser normal el uso de otros textos legales como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989¹⁶ y el CH relativo a la competencia, la ley aplicable, el

¹² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2016), *Derecho Internacional Privado*, Navarra, Aranzadi, p. 54.

¹³ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Sustracción internacional de menores: una visión general*, Institución Fernando el Católico, p.118.

¹⁴ AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (2015), *Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente*, Revista boliviana de derecho, núm. 20, p. 195.

¹⁵ 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*, núm. 210, de 1 de septiembre de 1984, pp. 25291-25295.

¹⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989. *BOE*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897-38904.

reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños de 19 de octubre de 1996¹⁷.

En el caso de España, existe un acuerdo bilateral con Marruecos. Dicho Convenio fue firmado por ambos países el 30 de mayo de 1997 cuyo objetivo es crear un texto normativo para regular los asuntos en materia de derecho de custodia, el derecho de visita y devolución de menores¹⁸.

1.1 Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003

El Reglamento 2201/2003 entró en vigor el 1 de marzo de 2005. Esta norma regula la sustracción internacional de menores, siempre que el traslado se haya producido de un país a otro, siendo ambos países Estados miembros en el Reglamento¹⁹.

El Reglamento emplea innumerables conceptos tomados de otro texto legal internacional de carácter multilateral, el CH de 1980. Si bien es cierto que, ante un caso de sustracción internacional de menores en el que intervengan dos estados europeos, la norma comunitaria prevalece sobre las normas reguladas en el Convenio debido a que el Reglamento es un texto especial sobre el Convenio²⁰. No obstante, entre ambos textos existe un régimen de compatibilidad, puesto que ninguno es más importante que el otro.

La principal diferencia entre la norma comunitaria y la norma convencional es su ámbito de aplicación material. Así, el Convenio establece una acción de restitución del menor, mientras que, el Reglamento tiene como finalidad solo la de determinar por un lado, la competencia judicial internacional y por otro, el reconocimiento y la ejecución en los casos de crisis matrimonial y responsabilidad parental, dentro del cual queda regulada la sustracción internacional de menores.

¹⁷ 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. BOE, núm. 291, 2 de diciembre de 2010, pp. 99837-99868.

¹⁸ GARCÍA REVUELTA, C. (2016), *Aplicación práctica del Convenio de La Haya y el Reglamento 2201/2003. El papel de la Autoridad Central*, Poder Judicial.

¹⁹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Sustracción internacional...*, op. cit. p.140.

²⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 392.

El Reglamento se erige como un instrumento normativo que complementa el texto convencional. En consecuencia, aquellas lagunas que aparecen en el Convenio se complementan con lo dispuesto en el Reglamento.

De este modo, el art. 11 del Reglamento habla sobre la acción directa de restitución, la cual no deja de ser la misma fórmula que la regulada en la norma convencional pero con algunas especialidades, entre las que podemos destacar:

- Para poder iniciar el procedimiento se hace indispensable la audiencia del menor. La comparecencia de este dependerá de la edad y el grado de madurez demostrado ante el juez.
- En el tiempo que se establezca la restitución del menor con base en los artículos 12 y 13 de la norma convencional, se le concederá carácter de urgencia al procedimiento, para cuyo logro se concederá un plazo máximo de seis semanas.
- El art. 13.b) del CH expone que si la restitución del menor puede suponerle un grave peligro físico o psíquico, la autoridad judicial no estará obligada a llevar a cabo la restitución. Sin embargo, el Reglamento en su art. 11 se limita a establecer que no se podrá dictaminar una resolución denegatoria con base en la existencia de peligro físico o psíquico del menor, siempre y cuando se hubieran adoptado medidas tendentes a garantizar su protección.

Las disposiciones introducidas por el Reglamento vienen a subsanar algunos de los problemas e imperfecciones que la aplicación en la realidad del CH presentaba.

El Reglamento 2201/2003 en comparación con la norma convencional, presenta dos grandes cambios. Por un lado, desaparecen las figuras del reconocimiento y se sustituye el reconocimiento del exequátur por la figura del reconocimiento automático, en el que no es necesario incoar procedimiento alguno²¹. Así, su art. 41 expone que la resolución dictada por un Estado miembro relativa al derecho de visita será reconocida y vinculante en cualquier otro Estado miembro sin que sea necesario ningún

²¹ DE TOLEDO QUINTANA, L. A. (2013), *La cuestión de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento de extranjero*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 5, núm. 2, pp. 146 y ss.

procedimiento de homologación de sentencias judiciales. Para que tenga lugar la ejecución directa de la sentencia se deben de cumplir dos requisitos: que en el Estado de origen la sentencia sea ejecutiva y que dicha resolución sea certificada mediante un formulario detallado del mismo Reglamento (contenido concretamente en el Anexo III del Reglamento 2201/2003). Por otro lado, el art. 48 del propio Reglamento permite que los tribunales de justicia del país de ejecución de la resolución, puedan rectificar la obtenida por las autoridades judiciales de otro Estado miembro, siempre que se tengan en consideración los elementos esenciales de la sentencia.

De esta manera, el principal fin de esta norma es la protección del menor, este hecho justifica tanto el carácter inminente del procedimiento como la comparecencia del menor. Así, en los supuestos en los que un menor es trasladado ilícitamente de un Estado miembro a otro, los tribunales de justicia del primero son competentes con arreglo al Reglamento, para dictaminar la devolución del menor. Dicha resolución, no necesita de reconocimiento ni homologación a través de la figura del exequátur, puesto que gozará de fuerza ejecutiva directa²².

Pues bien, tras haber estudiado las principales normas en esta materia, se puede decir que la nota esencial es la necesaria operación de delimitación normativa para determinar la norma aplicable ante la existencia de diversas normativas internacionales. Para solucionar esta problemática, se deben de tener en cuenta las siguientes premisas:

- a) En su ámbito de aplicación material y en las relaciones entre Estados miembros de la Unión Europea, existe un orden de prioridad del Reglamento 2201/2003 sobre el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 y sobre el CH de 25 de octubre de 1980.
- b) Existe una relación de complementariedad entre el Convenio de Luxemburgo y el CH, siendo aplicable en todo caso la norma más adecuada para conseguir la restitución de la situación hasta el momento anterior al secuestro. De este modo, tanto el juez como la parte interesada pueden requerir la aplicación de aquel

²² ESPINOSA CALABUIG, R. (2008), *Sustracción de menores y eliminación del exequátur en el Reglamento 2201/2003*, Madrid, Iustel, p. 243.

Convenio que más favorezca a sus intereses, esto es, la restitución del menor, siendo posible la aplicación simultánea de ambos Convenios internacionales.

- c) En la actualidad, no existe ningún Convenio a nivel mundial que regule esta materia. Por tanto, en las relaciones con países de tradición islámica resulta una tarea complicada la resolución de los casos de sustracción internacional de menores. Una de las medidas que se llevan a cabo para mitigar dicho problema, es la firma de tratados bilaterales entre países occidentales y países islámicos. Concretamente, España firmó con Marruecos el Convenio sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 20 de mayo de 1997²³.

1.2 Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980

Este Convenio combate el fenómeno de la sustracción internacional de menores mediante el mecanismo del exequátur. El exequátur, se puede definir como un procedimiento autónomo de homologación de sentencias extranjeras mediante el cual, se pretende conseguir el reconocimiento de la sentencia sobre la custodia del menor emitida por el Estado del lugar de residencia en el país donde ha sido trasladado de manera ilícita²⁴.

En materia de sustracción de menores, la figura funciona de la siguiente manera: si al producirse el traslado ilegal del menor a un país extranjero, se quebranta una sentencia dictada en el país de origen que atribuye el derecho de custodia o de visita a alguno de los progenitores, es éste quien puede pedir a los tribunales de justicia del país donde se encuentra el menor, el exequátur de la sentencia que originariamente atribuían estos derechos. De conseguirse su reconocimiento, se procederá a su ejecución en el país donde se encuentra el menor y se organizará el regreso de este a su país de origen.

²³ Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997, *BOE*, núm. 150, 24 de junio de 1997, pp. 19348–19351.

²⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 385.

En España, este Convenio es de escasa utilización ya que se trata de un procedimiento caro y lento. Además, solo es aplicable si se coteja que se cumplen los siguientes requisitos: debe tratarse de un menor, que haya sido trasladado a otro país de manera ilícita y que se trate de países firmantes del Convenio, tanto el país de traslado como el de origen. Estos son algunos de los motivos que han hecho que el CH de 1980 sea más utilizado que el Convenio de Luxemburgo.

1.3 Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980

La existencia de un entramado normativo sobre la sustracción internacional de menores, dificultaba la resolución homogénea de estos casos. Como respuesta, se lleva a cabo un proceso codificador que da lugar al CH de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, ratificado por España el 28 de mayo de 1987.

En la actualidad, este tratado multilateral se erige como el principal instrumento internacional para la defensa de los intereses de los menores ante los traslados y retenciones ilícitas practicadas por sus progenitores. A él se encuentran adheridos noventa y seis Estados, siendo su principal objetivo el aunar en un único instrumento toda la normativa en lo referente a este asunto para evitar interpretaciones y aplicaciones inadecuadas e incoherentes entre sí.

A diferencia de la mayoría de Convenios clásicos de Derecho Internacional Privado, el CH es de carácter fáctico,²⁵ ya que establece un sistema de cooperación internacional entre las autoridades centrales de los países firmantes, así como la regulación de una acción de regreso del niño al país de residencia del menor. Como consecuencia, el art. 16 dispone que: *“Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este*

²⁵ AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (2015), *Sustracción internacional de menores...*, op.cit. pp. 192 y ss.

Convenio”. De lo expuesto se desprende, que se trata de un precepto de competencia judicial internacional negativa, puesto que se impide a los juzgados de un país conocer y resolver de raíz la cuestión, al menos, de manera provisional²⁶.

Son diversos los objetivos que persigue este Convenio, si bien, los más importantes son conseguir el regreso del menor trasladado ilícitamente de su país de residencia al otro y vigilar por la ejecución de los derechos de custodia y visita legalmente establecidos por los órganos jurisdiccionales competentes²⁷.

Para poder aplicar este Convenio, es necesario que se verifiquen las siguientes circunstancias:

- El Convenio solo será de aplicación a los menores de 16 años cuya residencia habitual, en el momento de la sustracción ilegal, se encuentre en uno de los Estados contratantes, siendo indiferente la nacionalidad tanto del menor objeto de la sustracción, como de los autores.
- El traslado debe ser considerado ilícito según el art. 3 del Convenio mencionado con anterioridad.
- Que el traslado ilícito se realice entre Estados parte del Convenio. Sin embargo, se constituye una excepción a la aplicación del Convenio cuando el traslado se realiza desde un Estado donde el menor no tiene su residencia habitual a otro, donde sí la tiene. Del mismo modo, si el menor es trasladado a un tercer país no adherido al Convenio, este no será aplicable. En la actualidad, son más de cincuenta los Estados adheridos al Convenio, lo que ha hecho posible una mayor instrumentalización de esta figura gracias a la colaboración entre países.
- Quebrantamiento del derecho de custodia legalmente atribuido, por los órganos de justicia del país donde se encuentre la residencia habitual del menor, a uno de los progenitores.

²⁶ CASTELLANOS RUIZ, E. y RODRÍGUEZ RODRIGO, J. (2006), Comentarios a la LEC: de la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 36 LEC), *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, p. 13.

²⁷ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Sustracción internacional ...*, op. cit., p. 123.

Con el fin de proteger el interés del menor, el Convenio dispone la posibilidad de instar ante los órganos de justicia una acción directa de retorno²⁸. Dicha acción, queda regulada como un mecanismo para intentar asegurar el interés del menor y el derecho de custodia atribuido. A través de este mecanismo, se hace innecesario el empleo del exequátur para lograr la restitución.

Serán las Autoridades Centrales del Estado parte donde haya sido trasladado ilícitamente, quienes decidan si corresponde o no la restitución. Los órganos judiciales valoraran si el retorno beneficia o puede perjudicar el interés del menor y tomarán una decisión. Sin embargo, no les corresponde decidir sobre los derechos de custodia, ya que estos han sido resueltos con anterioridad por las autoridades del país de residencia del menor. En España, según el art. 1902 de la LEC de 1881²⁹, será competente para decidir si ha sido trasladado ilícitamente el Juez de Primera Instancia.

Las medidas así previstas en el Convenio, serán distintas en función del momento en el que haya sido ejercitada la acción. Según el Convenio podemos diferenciar dos momentos:

- Si la acción es ejercida en un plazo inferior a un año antes del momento de la sustracción, se producirá la devolución de manera inminente si la custodia por el progenitor perjudicado era desempeñada verdaderamente, sin que ello pueda ocasionar un grave peligro a la integridad física o psíquica del menor; constituyendo la circunstancia más utilizada para denegarla³⁰.
- Si es ejercida después de un año, la restitución del menor se llevará a cabo en los casos en los que el menor no se haya integrado en la cultura y sociedad del país trasladado. Dicha integración a su nuevo hogar debe ser plena en todos los sentidos, tanto físico, psíquico como emocional. La restitución se producirá siempre que no pueda conllevar un grave peligro a la integridad física o psíquica del menor. En caso de que el

²⁸ *Ibidem*, pp. 178 y ss.

²⁹ Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la LEC, *GACETA*, núm. 36, de 5 de febrero de 1881.

³⁰ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Sustracción internacional ...*, op. cit., p. 134.

mismo se haya integrado plenamente en su nuevo medio, dicho país pasará a ser su nueva residencia habitual y no podrá efectuarse el retorno de éste.

Si bien, esta causa de denegación de la devolución del menor es muy criticada por la doctrina por varias causas. Por un lado, por tratarse de un procedimiento bastante lento, pues desde que se inicia hasta que se obtiene la resolución con la orden de restitución del menor pueden pasar varios años, lo que origina que el menor en dicho tiempo se haya adaptado por completo a su nuevo medio, siendo más desfavorable para el menor la restitución. No obstante, si dicha acción de retorno fue presentada en un plazo inferior al año, no podrá ser alegado el art. 12.2 del Convenio ni denegar la restitución del menor amparándose en la integración al nuevo país³¹.

Por otro lado, el paso del tiempo como garantía para los progenitores-raptadores para conseguir impedir el retorno del menor y “legalizar” el secuestro, puede incitar al progenitor a raptar al menor y esconderlo el tiempo suficiente para conseguir tal fin. En dicho caso, el periodo de tiempo que el menor permanezca escondido no debe confundirse con el tiempo necesario para la adaptación al nuevo medio³².

Una de las medidas creadas con el objetivo de favorecer un mayor entendimiento entre las instituciones y promover la unificación de los criterios de interpretación, fue la creación en 1999, por parte de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de una base de datos sobre la sustracción internacional de menores, conocida como INCADAT³³.

Esta base de datos sirve como un recurso a Jueces, Autoridades Centrales y demás operadores jurídicos que les permite realizar consultas sobre resoluciones relacionadas con la sustracción internacional de menores y el CH de 1980.

³¹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Sustracción internacional ...*, op. cit., p. 137.

³² AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (2015), *Sustracción internacional de menores...*, op. cit. p. 206.

³³ Página web oficial HCCH – The International Child Abduction Database (INCADAT). www.incadat.com

En la actualidad, a nivel comunitario el CH en la lucha contra la sustracción internacional de menores, ha perdido cierto protagonismo a favor del Reglamento 2201/2003.

1.4 Convenio bilateral Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997

1.4.1 Antecedentes y origen del Convenio

El Convenio entre España y Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997, es el único Convenio bilateral que España tiene firmado con otro país sobre esta materia y que engloba los objetivos del CH de 1980.

La firma de este Convenio bilateral era de suma importancia, debido a la cercanía geográfica entre Estados, los intercambios culturales, el tránsito de personas entre ambos países y a la negativa de Marruecos de no formar parte en sus inicios del CH.

Hasta que en 2011 España aceptó la adhesión de Marruecos al CH, este Convenio bilateral había sido el único medio de solución referente a la sustracción internacional de menores.

La finalidad de este Convenio no era otra que la de articular los mecanismos necesarios para asegurar la devolución de los menores trasladados a España o a Marruecos de manera ilegal, al igual que garantizar el reconocimiento y la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales de uno u otro país. Para ello se lleva a cabo la implantación de las siguientes medidas³⁴:

- Nombramiento de una Autoridad Central encargada de la localización de menores trasladados de manera ilícita. En España, dicha labor es asumida por la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional.
- Establecimiento de una acción de retorno inmediato del menor, la cual se encuentra regulada en el art. 15 del Convenio.

³⁴ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Sustracción internacional ...*, op. cit., p. 151.

- Protección del derecho de visita atribuido legalmente a uno de los progenitores con anterioridad al momento del traslado.

Este Convenio se inspira tanto en el CH como en el Convenio de Luxemburgo, de ahí que tengan la misma finalidad, identidad de plazos y se regulen los mismos motivos de denegación de la restitución del menor.

1.4.2 Regulación

El mecanismo de devolución inmediata del menor viene recogido entre los artículos 7 y 10 del Convenio hispano-marroquí. Los tribunales de justicia en aplicación del Convenio a la hora de valorar si es pertinente la devolución del menor tendrán en consideración el paso del tiempo.

- Si no ha transcurrido más de seis meses desde el traslado ilícito, el art. 8.2 establece dos situaciones en las que no es perceptivo practicar la devolución forzosa: si el menor tiene exclusivamente la nacionalidad del Estado donde se ha trasladado al menor y cuando en dicho Estado exista con antelación una sentencia referente al derecho de custodia. Una de las críticas que lleva a cabo un sector de la doctrina es que consideran que la norma recogida en este art. 8.2 no parece tener como finalidad la protección del interés del menor³⁵.
- En el supuesto de que hayan transcurrido más de seis meses desde la sustracción, el art. 9 del Convenio establece dos causas de denegación: por un lado, que se haya producido la total integración del menor a su nuevo entorno en todos los sentidos y por otro, evitar en beneficio del interés del menor la exposición de este a cualquier tipo de peligro ya sea físico o psíquico. Ambos motivos van encaminados en la misma dirección que en el CH de 1980 en lo relativo a los motivos de denegación de devolución del menor³⁶.

A decir verdad, aunque este Convenio vino a cubrir un gran vacío latente en las relaciones con nuestro país vecino, aumentando el nivel de protección de los menores, y pese a la voluntad de ambos países por mantener una cooperación mutua, la dificultad para poder aplicar el Convenio en la práctica es muy grande.

³⁵ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M. (2011), *El secuestro internacional de menores...*, op. cit. p. 54.

³⁶ *Ibidem.*, p. 55.

Como pone en evidencia la doctrina jurídica, en la gran mayoría de casos en los que se ha empleado el Convenio hispano-marroquí para conseguir la restitución, el resultado siempre ha sido el mismo, la no localización del menor³⁷. La doctrina critica con dureza aquellos Convenios celebrados entre países occidentales y musulmanes por haber tenido muy poco éxito, en este sentido, Mónica Herranz Ballesteros considera que “*se trata de un instrumento muy poco empleado*”³⁸. Sus críticas recaen al no exponer con claridad las obligaciones y principios legales de forma patente en el texto normativo.

La adhesión de Marruecos al CH hace que nos planteemos el futuro del Convenio. El Convenio hispano-marroquí en su art. 3.3 regula la posibilidad que tienen los interesados para acudir en cualquier momento ante los tribunales de los Estados, por lo que podemos observar como se trata de una norma no imperativa. Al mismo tiempo, el CH en su art. 34 establece que: “*no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita*”, siendo el propio Convenio el que permite la aplicación de cualquier otra normativa internacional a fin de lograr la restitución del menor. Por lo que podemos entrever que, una vez Marruecos ratifique el CH, que por el momento se encuentra en su proceso de aprobación, y ambas normas puedan ser utilizadas, se procedería a la aplicación de la norma más favorable³⁹. Aunque lo normal sería que una vez aceptada la adhesión de Marruecos, los casos de sustracción internacional de menores que tenga lugar entre ambos países se resuelvan conforme al CH.

1.4.3 Jurisprudencia

En relación con el criterio adoptado por la jurisprudencia en esta materia, merece una especial mención la Sentencia del TEDH, de 22 de diciembre de 2009⁴⁰.

³⁷ ADAM MUÑOS, M. D. y GARCÍA CANO, S. (2004), *Sustracción internacional de menores...*, op. cit. p. 80.

³⁸ HERRANZ BALLESTEROS, M. (2010), *Autoridad Central y protección de menores: algunas medidas a examen*, Madrid, Marcial Pons, p. 107.

³⁹ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M. (2011), *El secuestro internacional...*, op. cit., p. 61.

⁴⁰ TEDH (Sección 3ª). Caso *Tapia Gasca y D. contra España*. Sentencia de 22 de diciembre de 2009.

El Tribunal intervino en un caso de traslado ilícito de un menor a Marruecos llevado a cabo por su propio padre. La madre del menor expuso ante el TEDH la violación de los artículos 6, 8 y 13 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

En este caso se daba la situación de que ambos progenitores eran de distintas nacionalidades, la madre era de nacionalidad española y el padre de nacionalidad marroquí. En el momento en que se produce la crisis matrimonial y se pone punto final a la relación, la madre con la intención de evitar cualquier posible salida de territorio español del menor solicitó, ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza, la adopción de medidas preventivas, la ejecución de la misma fue llevada a cabo por la Dirección General de la Guardia Civil.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza, en su Sentencia de 24 de febrero de 1997⁴¹, ante el maltrato físico propiciado por parte del padre a la madre y las continuas amenazas sobre la posible sustracción del menor en un futuro, hizo que el tribunal concediera el derecho de custodia a la madre, la patria potestad se concedió a ambos progenitores, el derecho de visita para el padre siempre ante la presencia de la madre o cualquier persona de su confianza y se prohibió la salida del menor de España sin autorización judicial.

El 20 de abril de 1997, el menor no fue entregado a la madre después del ejercicio del derecho de visita por parte del padre, ante esta situación, la madre acudió ante los tribunales para comunicar lo sucedido. Al día siguiente, el tribunal de justicia ordenó la entrada y el registro del domicilio del padre y se puso en conocimiento de las autoridades fronterizas y organismos de colaboración policial internacional la sustracción del menor.

El 1 de diciembre de 1999, el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza dictaminó sentencia atribuyendo totalmente la patria potestad a la madre.

Durante este tiempo, le fue concedida a la madre una indemnización debido a que se demostró que no se había ejecutado en tiempo la orden de cierre de fronteras dictaminada en su momento. Ya que la orden de cierre de fronteras ordenada en 1996 tan solo fue aplicada sobre el aeropuerto de Zaragoza, presuponiendo que el menor pudo

⁴¹ Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza. Sentencia núm. 200/1997 de 24 de febrero.

salir de España por la frontera de Ceuta, donde dicha orden fue reconocida al día posterior a la denuncia de la madre.

Asimismo, la madre inició acciones judiciales frente al padre y familiares de este por desobediencia a los tribunales de justicia. Así, entre el año 1997 y 1999 tuvieron lugar actuaciones como la tramitación de órdenes de busca y captura contra el padre en distintos países como Francia, Marruecos o Argelia.

El 26 de junio de 1997, gracias al Convenio bilateral que existe entre España y Marruecos en materia de devolución de menores, las Autoridades Centrales españolas se dirigieron a las marroquíes para solicitar la devolución inminente del menor en base a las resoluciones que habían sido dictadas por los órganos de justicia españoles. Las resoluciones fueron admitidas por las Autoridades marroquíes, pero no llegaron a tener efectos ya que no se pudo localizar ni al menor ni al padre.

El 23 de junio de 1998, los tribunales de Marruecos dictaron una resolución por la que accedían a la restitución del menor en el momento en que fuese encontrado, en base al art. 7 del Convenio bilateral según el cual: *“El desplazamiento de un menor, del territorio del Estado requirente hacia el territorio del Estado requerido, se considerará ilegal y la Autoridad judicial ordenará, por consiguiente, su devolución inmediata cuando: a) El desplazamiento hubiere tenido lugar haciendo caso omiso de una resolución judicial dictada en juicio contradictorio y de carácter ejecutivo en territorio del Estado requirente, y que en el momento de la presentación de la solicitud de devolución del menor: éste tuviera su residencia habitual en territorio de dicho Estado. Y el menor y sus padres, en el momento del desplazamiento, tuvieran, únicamente, la nacionalidad del Estado requirente. b) Se hubiera producido la violación de un derecho de custodia atribuido, exclusivamente, al padre o a la madre, por el derecho del Estado del que fuera nacional. c) El desplazamiento infrinja un acuerdo concertado entre las partes implicadas, refrendado por una Autoridad judicial de uno de los dos Estados contratantes”*. Además, como los progenitores no estaban casados y la menor había nacido fuera del matrimonio, se determina que la menor tan solo tenía nacionalidad española y que el padre no gozaba de derecho sobre la menor como para proceder a su traslado.

Posteriormente, se llevaron a cabo varias acciones de forma simultánea entre las autoridades de España y Marruecos. Así, el 26 de julio de 2000, los tribunales de justicia marroquí condenaron a varios sujetos por delitos de falsificación en relación con la menor. Ya que el padre pretendía modificar el apellido y los datos de filiación de la misma. Pero tras los intentos de negociar una reducción de la pena de prisión a cambio de la devolución del menor, este no tuvo éxito.

Durante los siguientes años, la madre siguió insistiendo en la búsqueda del paradero de su hija, sin embargo, no se consiguió nada. Así, en 2006 se dictó un auto de sobreseimiento sobre el padre al hallarse en paradero desconocido aunque la orden de búsqueda internacional seguía teniendo valor.

El 17 de mayo de 2007, la madre interpuso recurso de casación contra el Tribunal Supremo, el cual rechazó. Por lo que la madre acudió en última instancia, al haber agotado sin éxito todos los recursos existentes en España, ante el TEDH.

La madre interpuso denuncia contra el Estado español alegando una vulneración del art. 8 del CEDH. Este artículo tiene como finalidad la defensa de la esfera familiar contra todas aquellas intromisiones abusivas por parte de los poderes públicos. En los casos de sustracción internacional de menores, esto se resume al derecho que tiene un padre de llevarse a cabo todas las medidas necesarias encaminadas a reunirse con su hijo y la obligación por parte de las Autoridades nacionales a ejecutarlas.

En innumerables sentencias el TEDH en relación a las obligaciones que impone este artículo, ha señalado que en materia de sustracción internacional de menores, debe de ser entendido conforme al CH de 1980⁴². Asimismo, el TEDH señaló que en casos como el descrito, lo fundamental es la actuación rápida por parte de las Autoridades centrales a fin de evitar resultados irreversibles⁴³.

⁴² TEDH (Sección 3ª). Caso *Tapia Gasca y D. contra España*. Sentencia de 22 de diciembre de 2009, apartado 90. TEDH (Sección 3ª). Caso *Maire contra Portugal*. Sentencia de 26 de junio de 2003, apartado 72. TEDH (Sección 3ª). Caso *Ignaccolo-Zenide contra Rumanía*. Sentencia de 25 de enero de 2000, apartado 95. TEDH (Sección 4ª). Caso *Iglesias Gil y A.U.I. contra España*. Sentencia de 29 de abril de 2003, apartado 51.

⁴³ TEDH (Sección 3ª). Caso *Tapia Gasca y D. contra España*. Sentencia de 22 de diciembre de 2009, apartado 92.

De este caso, podemos observar como las autoridades españolas no procedieron de la forma más diligente posible en dos aspectos clave para lograr con éxito la restitución del menor:

- 1) Medidas de acción encaminadas a impedir el traslado ilícito del menor: el TEDH determinó la existencia de falta de diligencia al no efectuar la orden de cierre de fronteras dictaminado por el Juzgado de Primera Instancia con la inmediatez y celeridad que la situación requería⁴⁴.
- 2) Medidas de reacción para conseguir la devolución del menor: el TEDH realizó un análisis de las medidas llevadas a cabo tanto por las autoridades españolas como por las marroquíes. Entre las que podemos destacar: la tramitación de órdenes de búsqueda y captura del padre, la orden de registro realizada sobre su domicilio, la orden de restitución del menor y la condena por el intento de falsificación de documentos oficiales. Aunque muchas de las medidas solicitadas por la madre no fueron aceptadas, el TEDH considera que estaban suficientemente motivadas⁴⁵.

De este modo, el TEDH, a la vista de la demanda interpuesta por la madre, resolvió que no existía una vulneración real del art. 8 del CEDH por parte de las autoridades españolas y marroquíes, ya que consideró que ambas realizaron todo lo que estuvo en sus manos para lograr la restitución del menor.

1.5 Legislación española: Ley 15/2015 de 23 de julio de 2015

En España, durante muchos años, alcanzar un cierto nivel de rapidez a la hora de la tramitación de los numerosos casos de sustracción internacional de menores fue un objetivo casi inalcanzable, motivado por el gran número de casos a los que tenía que hacer frente los tribunales españoles y por la falta tanto de medios humanos como materiales.

Esta nueva legislación interna española, la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio (aplicable para los casos de sustracción internacional de

⁴⁴ TEDH (Sección 3ª). Caso *Tapia Gasca y D. contra España*. Sentencia de 22 de diciembre de 2009, apartado 101.

⁴⁵ TEDH (Sección 3ª). Caso *Tapia Gasca y D. contra España*. Sentencia de 22 de diciembre de 2009, apartado 106 y 107.

menores recogidos en los artículos 778 bis y siguientes), tiene como objetivo aumentar la velocidad con la que se tramitan estos procesos. Asimismo, se está consiguiendo que el proceso español sea mucho más ágil y que se haya reducido considerablemente el tiempo de resolución de estos casos. En notas generales, podemos decir que esta nueva ley apuesta por la celeridad del proceso tanto en primera como en segunda instancia, por la mediación como forma extrajudicial de resolución de conflictos y por la concentración de la jurisdicción⁴⁶.

La nueva Ley lleva a cabo una actualización del procedimiento para el retorno de menores de manera rotunda, ya que con esta nueva regulación se consigue una gran mejora respecto de la situación anterior y un mayor amparo de los derechos de los menores.

El nuevo proceso, contemplado en la ley, se caracteriza por ser un proceso contencioso, especial, preferente y urgente. Este proceso pasa a tener sustantividad propia dentro de los procesos relativos a menores en la LEC. Igualmente, la celeridad en el proceso se traduce en que existe un límite máximo de seis semanas desde la fecha de presentación de la solicitud ante los tribunales, salvo circunstancias extraordinarias.

Entre una de las mejoras que incorpora la ley es la concerniente a la concentración de la competencia. Pues se concede, por primera vez, la competencia para conocer de estos asuntos al Juez de familia del territorio donde se encontrase el menor antes del momento de su traslado. Asimismo, esta ley permite la adopción, en cualquier momento del proceso, de medidas cautelares que el Juez estime conveniente con el fin de garantizar el normal desarrollo del proceso. En caso de que el progenitor condenado a la devolución del menor se negara o impidiera el cumplimiento de la sentencia, el Juez podrá adoptar aquellas medidas que considere oportunas a fin de garantizar la ejecución de la sentencia en el menor tiempo posible⁴⁷.

La especialidad de este proceso reviste en que el órgano decisor no realiza un examen sobre el fondo del asunto, la regulación de los derechos de custodia y visita,

⁴⁶ FORCADA MIRANDA, F. J. (2016), *El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015*, Revista Bitácora Millennium Derecho Internacional Privado, núm. 3. Apartado I.

⁴⁷ *Ibidem*, Apartado VI.

sino que tan solo va a observar el origen de las causas de desestimación relativas al retorno del menor. Las cuestiones relativas a los derechos anteriormente mencionados, serán resueltas por el Juez competente para conocer el fondo del asunto, que generalmente será el del lugar de residencia habitual del menor.

Especial mención merece la Circular nº 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 17 de noviembre⁴⁸, emitida por la FGE. Se trata de un texto innovador, amplio y bien fundamentado. La Circular apuesta por la celeridad en el proceso de restitución e incita a que los Fiscales se nieguen a la práctica de todas aquellas acciones que puedan suponer un freno al proceso. Asimismo, marca un modelo a seguir en cuanto a la actuación de las Fiscalías Provinciales.

2. NUEVO PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Como se ha expuesto con anterioridad, para poder iniciar un procedimiento de restitución de un menor sustraído, es necesario que se haya producido un traslado ilícito del menor fuera del país donde radique su residencia habitual.

Estarán legitimados para la incoación del procedimiento tanto el progenitor que ostenta el derecho de custodia, la persona que ostente un régimen de visitas o estancias, así como la Autoridad Central competente. Siendo competente, en estos casos, el Juzgado de Primera Instancia con competencia en derecho de familia⁴⁹, según la circunscripción donde se encontrara el menor.

En cuanto a la postulación, debido a que este procedimiento queda encuadrado dentro del Libro IV de la LEC⁵⁰, será de obligado cumplimiento la asistencia tanto de abogado como de procurador para lograr la validez del proceso, desde que comienza hasta que termina. La actuación del Abogado del Estado, en los casos que intervenga a instancia de la Autoridad española, concluirá en el instante en que el solicitante del

⁴⁸ Circular 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 17 de noviembre de 2015.

⁴⁹ FORCADA MIRANDA, F. J. (2016), *El nuevo proceso español de restitución...*, loc. cit. Apartado V.

⁵⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2000, pp. 575 a 728.

retorno del menor haga acto de presencia en el proceso, acompañado con su propio abogado y procurador.

El procedimiento tiene la condición de ser preferente y sumario. Así, deberá de desarrollarse, en ambas instancias, en un plazo máximo de seis semanas desde la fecha de presentación de la solicitud ante los tribunales, salvo circunstancias extraordinarias que lo hagan imposible.

Con el fin de simplificar el proceso y favorecer las comunicaciones judiciales entre los órganos jurisdiccionales de los distintos países involucrados, se puede recurrir tanto al auxilio de las Autoridades Centrales, a la ayuda de los miembros de la Red Internacional de Jueces, a los Jueces de enlace y a las Redes de Cooperación Judicial Internacional⁵¹.

El procedimiento de retorno de menores se encuentra regulado en el art. 778.ter de la LEC. Dicho proceso se iniciará por demanda, de cualquiera de los legitimados, en la que se pedirá la inmediata devolución al lugar de origen del menor sustraído. En dicho escrito deberá constar toda la información relativa a la identidad del menor, del demandante, del progenitor que ha llevado a cabo el traslado ilícito, la información que puede tener sobre la localización del menor, así como, demás información requerida por la normativa internacional.

Será el Secretario judicial el encargado de resolver acerca de la admisión o no de la demanda, para ello tendrá un plazo máximo de veinticuatro horas. Si este entendiera inadmisibile la demanda, se trasladará al Juez para que resuelva en el mismo plazo. Si por el contrario resulta admitida, el Secretario judicial notificará al progenitor autor de la sustracción para que, en el plazo de tiempo establecido, el cual no podrá ser superior a los tres días siguientes, tenga lugar su comparecencia con el menor y declare si acepta su retorno, o si por el contrario, se opone al mismo⁵².

En el caso de que el menor no se encontrara en el lugar señalado en la demanda, se procederá a la realización de las indagaciones necesarias por parte del Secretario

⁵¹ AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (2015), *Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente*, Revista Boliviana de Derecho, núm. 20, p. 197.

⁵² FORCADA MIRANDA, F. J. (2016), *El nuevo proceso español de restitución...*, loc. cit. Apartado V.

sobre su residencia, si estas indagaciones resultan ser ineficaces, el procedimiento se archivará temporalmente hasta que el menor sea encontrado. Si el menor es encontrado en otra provincia⁵³, el Secretario judicial, lo pondrá en conocimiento del Juez para que este resuelva al día siguiente y convoque a las partes en el plazo de los tres días siguientes.

Si el progenitor acude a la comparecencia ante el Juez y accede al retorno del menor, el Secretario judicial levantará acta y el Juez, ese mismo día, dictaminará si procede o no la restitución del menor así como la imposición al pago de los gastos y las costas derivadas del proceso. En cambio, si no se produce la comparecencia o no lo hace en la forma fijada, el Secretario judicial lo declarará en rebeldía y el proceso continuará sin él.

En el caso de que en la primera comparecencia ante el Juez el progenitor mostrase su negativa a la devolución del menor, apoyándose en alguna norma internacional, el Secretario judicial dará traslado al Juez de la oposición y citará a ambas partes a una vista que tendrá lugar en un plazo no superior a cinco días. La celebración de la vista tendrá lugar pese a la ausencia del litigante, en cambio, la ausencia del demandado será interpretado por el Juez como una renuncia por su parte y se procederá a la continuación de la vista⁵⁴.

Una vez celebrada la vista, en la cual se puede producir la audiencia del menor a menos que no se considere apropiado según la edad, y realizadas las pruebas oportunas, el Juez emitirá sentencia en la que determinará si la retención se considera ilícita y si corresponde o no la devolución del menor. La resolución por la que se establezca la restitución del menor deberá de concretar la forma y plazo de ejecución, así como las medidas cautelares pertinentes a fin de eludir un nuevo secuestro del menor. En relación a las medidas cautelares, estas quedan reguladas en los artículos 773 de la LEC y en el art. 158 del Cc, podrán ser adoptadas en cualquier momento a lo largo del

⁵³ En esta parte del trabajo se ha seguido en especial a JIMÉNEZ BADOS, M. P. (2014), *La sustracción internacional de menores: Posibilidades de intervención en la vía civil y en la vía penal*, Ponencia fiscal, p. 20.

⁵⁴ JIMÉNEZ BADOS, M. P. (2014), *La sustracción internacional de menores...*, op. cit. pp. 27 a 28.

procedimiento y pueden ser solicitadas por alguna de las partes, de oficio o por el propio Juez⁵⁵.

Frente a la resolución, dictada por el Juez, tan solo será posible la interposición de recurso de apelación⁵⁶ contra la sentencia donde se acuerde la devolución del menor. El plazo para su resolución no debe ser superior a veinte días.

Cabe la posibilidad que en cualquier momento del proceso, ambas partes de mutuo acuerdo, puedan someter el conflicto a la mediación⁵⁷. Ante esta situación, el Secretario judicial pactará la suspensión del proceso durante el tiempo necesario para gestionar la mediación. Aunque, llegado el caso, el procedimiento judicial podrá ser reanudado si así lo solicitan algunas de las partes si no se ha alcanzado un acuerdo satisfactorio en la mediación.

3. LA MEDIACIÓN EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

En los supuestos de sustracción internacional de menores, puede llegar a ocurrir que se inicien al mismo tiempo varios procesos judiciales sobre la misma causa en dos países distintos. En ellos cada progenitor intentará obtener, ante los tribunales de justicia de su país, los derechos de custodia sobre el menor. La realidad es que acudir a los tribunales para poner fin al pleito, en algunas ocasiones no resulta ser la solución más idónea para el interés del menor.

Además, la lentitud que caracteriza a estos procesos así como la congestión con la que se desarrolla con normalidad la actividad procesal contribuye para agravar esta delicada situación.

Es por ello que, se plantean encontrar otras soluciones amigables, que anteponiendo siempre el bienestar del menor, facilite acercar posiciones entre ambos

⁵⁵ FORCADA MIRANDA, F. J. (2016), *El nuevo proceso español de restitución...*, loc. cit. Apartado VI.

⁵⁶ JIMÉNEZ BADOS, M. P. (2014), *La sustracción internacional de menores...*, op. cit. p. 31.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 32.

progenitores. Desde este punto de vista, uno de los medios alternativos⁵⁸ de solución de conflictos de carácter extrajudicial, es la mediación.

Este medio de solución de controversias se caracteriza porque serán los propios progenitores enfrentados, por el derecho de custodia⁵⁹ sobre el menor, quienes tratarán de llegar a un acuerdo para acabar con el problema planteado. Este sistema, resulta ser especialmente apropiado en los casos de familias interculturales donde se involucran como mínimo a dos Estados diferentes.

Es el Consejo de Europa a través de la Resolución 1291 (2002), de 26 de junio de 2002, en la que se promueve la mediación “*como medio para prevenir el secuestro internacional de menores y para ayudar a resolver tales conflictos*”⁶⁰.

Entre las ventajas que podemos encontrar en la utilización de la mediación familiar internacional, podemos destacar: mayor celeridad en la resolución de los conflictos, menor coste económico, reducción del volumen de trabajo de los tribunales de justicia y menor deterioro de las relaciones familiares al conseguirse soluciones más ventajosas para las partes. Asimismo, una de las peculiaridades de este mecanismo es su flexibilidad, la cual permite a los progenitores poner más atención en aquellos aspectos que ambos consideren más importantes con el objetivo de llegar a una solución amistosa⁶¹.

El primer instrumento internacional en el que se recogen sistemas alternativos de solución de conflictos fue el CH de 25 de octubre de 1980, aunque posteriormente la mediación se ha ido tratando en los sucesivos Convenios relativos al Derecho de familia.

Con el fin de posibilitar el acceso de los progenitores a la mediación, los Estados deben facilitar a las partes el acceso a la mediación a través del establecimiento de

⁵⁸ VELARDE D'AMIL, Y. (2015), *La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores...*, op. cit. p. 1281.

⁵⁹ JIMÉNEZ BLANCO, P. (2008), *Litigios sobre la custodia y sustracción...*, op. cit. , pp. 378 y ss.

⁶⁰ Consejo de Europa. Resolución 1291 (2002), de 26 de junio de 2002. Punto 5. II y 7.

⁶¹ CHÉLIZ INGLÉS, M. C. (2015), *La sustracción internacional de menores, tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, p. 255.

Puntos de Contacto Central⁶². En estos lugares se suministrará: información relativa a los servicios de mediación que se encuentran disponibles en cada país, listado con el nombre de los mediadores disponibles, costes del proceso y lugar de celebración de la mediación.

La mediación, en los casos de sustracción internacional de menores, cumple con dos funciones⁶³:

- 1) Función preventiva antes del secuestro, ya que aquellas parejas que se encuentren en crisis matrimonial, gracias a este mecanismo pueden manifestar sus opiniones y discrepancias en relación a la responsabilidad parental y derecho de custodia, con el fin de alcanzar un acuerdo con el cual impedir el traslado ilícito del menor.
- 2) Una vez producido el secuestro, la mediación puede ser utilizada para la resolución del conflicto de forma amistosa, así como intentar conseguir que los progenitores y el resto de los familiares conserven sus relaciones.

La mediación debe ser planteada como una alternativa más que viable para lograr un acuerdo e intentar evitar la vía judicial. Una vía, en la que la forma en que esta posibilidad sea propuesta será crítica para su expectativa de éxito. De igual modo, existe la posibilidad de que los progenitores, en caso de no llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes durante la conciliación, puedan volver a llevar el caso ante los tribunales de justicia.

Con la intención de evitar situaciones de imparcialidad, en lo referente al lugar donde se practique la mediación internacional, lo ideal sería que ésta se llevara a cabo en un tercer país no involucrado en el conflicto⁶⁴. Aunque lo normal sea que tenga lugar presencialmente en el Estado al cual el menor ha sido trasladado de forma ilícita este hecho puede suponer una desigualdad adicional para la parte perjudicada. Del mismo modo, si estas sesiones tienen lugar en el Estado de donde el menor fue secuestrado, que coincide con el lugar donde tenía su residencia, lo normal es que el progenitor que lleva

⁶² HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014), *Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes*, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 6, núm. 2, p. 139.

⁶³ *Ibidem*, p. 141.

⁶⁴ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014), *Mediación y secuestro internacional...*, *op. cit.* p. 144.

a cabo la sustracción se vea inmerso en procedimientos de tipo penal. De ahí que el lugar donde se practique la mediación sea absolutamente imparcial.

Expertos en la materia como la profesora M^a del Carmen Chéliz, opinan que el menor debe ser escuchado siempre que se determine que cuenta con la suficiente edad, madurez y con la aprobación de sus progenitores. No obstante, teniendo en cuenta que no siempre el niño va a mostrar su conformidad respecto a su participación en el proceso, se considera que éste siempre deberá ser escuchado a efectos de su decisión de querer o no intervenir en él. Una vez escuchada la opinión del menor, corresponde a sus padres la decisión sobre el acuerdo para el bienestar e interés del niño⁶⁵.

Además, es posible la participación de terceros (como familiares, amigos o cualquier persona con algún vínculo afectivo con las partes) con el fin de colaborar a la consecución de un acuerdo amigable en el proceso. Para ello, es necesario que las partes no pongan objeción y que el mediador lo considere oportuno.

Una vez finalizado el procedimiento, el mediador redactará el acuerdo de mediación el cual recogerá las conclusiones y las medidas a cumplir por parte de los progenitores. Para su aceptación, las partes cuentan con un tiempo de reflexión antes de la rúbrica de sus firmas. Normalmente, este acuerdo contendrá todo lo relativo a las obligaciones de ambos progenitores, las medidas relativas al derecho de custodia, la residencia del menor y lo más importante, la restitución o no del menor.

IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

En los últimos años, han aparecido un gran número de casos relativos a la sustracción internacional de menores, que han puesto de manifiesto las diferencias existentes entre los distintos tribunales de justicia a la hora de llevar a cabo una interpretación uniforme relativa a estos supuestos. En función de la aplicación que le dan al Reglamento 2201/2003 o al CH una resolución puede tener un sentido u otro.

⁶⁵ CHÉLIZ INGLÉS, M. C. (2015), *La sustracción internacional de menores...*, op. cit. p. 253.

Uno de los puntos que mayor conflictividad presenta por parte de la jurisprudencia es la materia relativa al derecho de custodia y cuando se considera que dicho derecho ha sido violado por alguno de los progenitores.

Así, el art. 5 del CH establece que: “a) el *"derecho de custodia"* comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el *"derecho de visita"* comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”.

Por su parte, el Reglamento 2201/2003 en su art. 2 igualmente dispone que: “9) *derechos de custodia, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia; 10) derecho de visita, en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado*”. Se realiza una definición muy parecida a la vista anteriormente en el Convenio.

En cambio, existe una gran diferencia entre la definición de derecho de custodia recogida en el Convenio y en el Reglamento a la recogida en la legislación española. Esta cuestión se refleja en el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas 333/2008, de 19 de diciembre AC 2009/202, al considerar que el concepto recogido en la norma internacional es más amplio y completo que el recogido en la normativa española que se limita al concepto de guarda recogido en el art. 91 del Cc y al derecho de visitas recogido en el art. 94 del Cc⁶⁶.

Debido a la existencia de las diferentes definiciones la aplicación de una u otra va a condicionar la resolución final, provocando en algunos de los casos soluciones poco satisfactorias e imparcialidades.

⁶⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas 333/2008, de 19 de diciembre AC 2009/202, según el cual: “el concepto es más amplio que en la legislación española (la del Convenio) que se entiende por tal -la guarda principal del hijo conforme al art. 91 y ss. del CC-, diferenciado del derecho de visitas del no custodia del art. 94 del CC -, ya que el concepto de custodia en el Convenio comprende tanto la guarda como el mero derecho de comunicación y visitas, incluyendo en particular conforme al art. 5 el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor”.

Existen factores de conflictividad de los que se han realizado innumerables pronunciamientos por parte de los tribunales de justicia. Los principales conceptos que generan una mayor discrepancia entre los tribunales son: el derecho de custodia y de visita, los acuerdos pactados entre las partes y la interpretación de residencia habitual.

1.1 Derecho de custodia y derecho de visita

El derecho de custodia es uno de los principales conceptos que son necesarios para lograr un correcto uso tanto del Reglamento 2201/2003 como del CH de 1980, puesto que resolverá si se el traslado del menor es ilícito o no. La interpretación que realicen los tribunales de justicia de este concepto comprende una serie de obligaciones de las que tienen que responder en relación con sus hijos. Se trata de obligaciones relativas al cuidado del menor, la educación, manutención y vestido⁶⁷. Mientras que, el derecho de visita hace referencia al tiempo limitado que cada progenitor puede pasar con el menor. Asimismo, durante el tiempo que pasa el menor con uno de sus progenitores, estos serán los responsables de velar por el cuidado y la integridad del menor de igual forma. Por tanto, dichas obligaciones durante ese transcurso de tiempo se asemejan a las obligaciones del derecho de custodia⁶⁸.

El CH considera que las infracciones relativas al derecho de visita no son equiparables a las vulneraciones sobre el derecho de custodia, dando una mayor trascendencia al derecho de custodia sobre el de visita. Algunos autores como la profesora María Dolores Adam opina que la simple vulneración del derecho de visita debe tener la suficiente importancia como para que se produzca el inicio de un proceso judicial, de la misma trascendencia que el derivado en caso de traslado ilícito del menor ya que sería la única manera que tienen los progenitores de ver a sus hijos⁶⁹. Sin embargo, en caso de una vulneración del derecho de visita serán de aplicación las medidas previstas en el art. 21 del Convenio.

⁶⁷ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Sustracción internacional de menores...*, op. cit. p.115.

⁶⁸ *Ibidem*, p.116.

⁶⁹ ADAM MUÑOZ, M. D. y GARCÍA CANO, S. (2004), *Sustracción internacional de menores...*, op.cit. pp. 94 y ss.

Este artículo ha sido calificado por parte de la doctrina como ambiguo⁷⁰ debido a que provoca malas interpretaciones. Como indica Elisa Pérez-Vera: “siguiendo una tradición muy arraigada de la Conferencia de la Haya, el Convenio no define los conceptos jurídicos de los que se sirve. No obstante, en este artículo, precisa el sentido en el que se utilizan los conceptos de derecho de custodia y derecho de visita, dado que una interpretación incorrecta de su alcance podría poner en peligro los objetivos del Convenio”⁷¹. El Convenio no lleva a cabo una redacción extensa ni específica del derecho de visita, por lo que dicho artículo ha sido objeto de diferentes interpretaciones.

De este modo, unos Estados realizan una interpretación literal del artículo, este artículo no ofrece un fundamento jurídico que permita a los tribunales de justicia poder participar en cuestiones relativas a esta materia si no que tan solo se les faculta para ofrecer asistencia procesal. Mientras que, otros Estados han permitido que en base al art. 21 se constituyan procesos con el objetivo de hacer real el derecho de visita.

Dicha ambigüedad del art. 21 permite a las Autoridades Centrales de los Estados parte para actuar con cierta discrecionalidad ya que mientras unos Estados han desarrollado un sistema que permite a los progenitores poder realizar un desarrollo efectivo de su derecho, llegando incluso a proporcionar ayudas de carácter económico para facilitar que el progenitor pueda trasladarse al Estado donde trasladaron a su hijo, en otros se han ignorado las peticiones de los interesados⁷².

Asimismo, las Autoridades Centrales de los países implicados deberán colaborar en la restitución del menor e intervenir para una mayor efectividad del derecho de visitas a favor del progenitor que ha visto su derecho limitado, realizando los esfuerzos necesarios para evitar que el ejercicio del derecho de visita se convierta en un incentivo para la realización del secuestro.

⁷⁰ DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2010), *Sustracción parental de menores...*, op. cit. p.177.

⁷¹ PÉREZ-VERA, E. (2014), *Conclusiones de los trabajos de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado*, Revista Boliviana de derecho, p. 24.

⁷² ADAM MUÑOZ, M. D. y GARCÍA CANO, S. (2004), *Sustracción internacional de menores...*, op. cit. p. 95.

El derecho de visita contemplado en el Convenio goza de una protección muy frágil que podemos fundamentar a través de estos tres argumentos⁷³:

- 1) Las Autoridades Centrales no son capaces en la mayoría de los casos de adoptar las medidas necesarias que permitan el desarrollo efectivo y la eliminación de obstáculos para el ejercicio de este derecho.
- 2) El Convenio no posibilita ordenar la devolución del menor al mismo país donde reside el progenitor titular del derecho de visita.
- 3) Cuando el menor ha sido trasladado de forma ilícita a otro Estado parte del Convenio, los tribunales de justicia de dicho Estado serán competentes para regular de nuevo el derecho de visita.

Estos argumentos dificultan el ejercicio efectivo del derecho de visita que es lo único que le queda al progenitor tras la sustracción del menor. Si además de privarle de la presencia de su hijo en el lugar donde residía, se le ponen trabas para poder ejercer como progenitor mediante el derecho de visita, estaríamos ante una infracción de tratados internacionales como por ejemplo del CEDH⁷⁴.

1.2 Acuerdos pactados por las partes

Una vez producida una crisis matrimonial la cual podrá derivar en separación o divorcio, el interés del menor prima sobre cualquier pretensión que puedan tener los padres, por lo que la mejor solución es llegar a un acuerdo. No obstante, en dichos acuerdos pueden ocurrir varias cosas como que no se tengan en cuenta aspectos relacionados con el menor o que no haya regulado un acuerdo expreso en el cual se otorguen los derechos de forma detallada a cada uno de los padres.

Los acuerdos entre las partes tienen una finalidad conciliadora ya que son ellos mismos quienes negocian las cláusulas que se van a llevar a cabo. Igualmente, se supone que ambas partes están de acuerdo con lo que firman en el acuerdo, sin embargo, se considera que tienen poco valor jurídico.

⁷³ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Sustracción internacional de menores...*, *op. cit.* p.139.

⁷⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, BOE, núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564 a 23570.

El acuerdo entre las partes se realizará conforme con el Derecho actual del lugar de residencia del menor. Según la doctrina, los acuerdos no dejan de ser “*simples transacciones privadas entre las partes respecto a la custodia de los menores*”⁷⁵. Al hablar de Derecho actual, se hace referencia a cualquier acuerdo que no se encuentre prohibido en dicho ordenamiento jurídico, como el caso de que sea contrario al orden público, y que llegado el momento pueda servir como base para articular una demanda ante las autoridades competentes⁷⁶.

El Convenio no delimita el contenido mínimo o las condiciones que deben tener dichos acuerdos, lo que tiene como resultado una pluralidad de interpretaciones según el derecho que resulte aplicable para cada caso.

1.3 Interpretación de residencia habitual

Uno de los conceptos que ha originado mayor controversia ha sido el término relativo a la residencia habitual. El Convenio no contiene un concepto autónomo de residencia habitual, sino que cada Estado parte en su propio ordenamiento interno regula los requisitos en materia de residencia. Una estricta delimitación de este concepto es esencial para poder delimitar el Tribunal competente al que le corresponde resolver ante un caso de retención o traslado ilícito.

El concepto de residencia habitual se establece como un concepto comunitario por lo que no se pueden realizar interpretaciones desde la perspectiva del derecho nacional de cada uno de los Estados parte, por ello el TJUE en una de sus sentencias expone que: “*el concepto de residencia habitual del menor debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos*

⁷⁵ PÉREZ-VERA, E. (2014), *Conclusiones de los trabajos de la Conferencia...*, loc. cit. p. 20.

⁷⁶ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Sustracción internacional de menores...*, op. cit. p.120.

lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado”⁷⁷.

El TJUE considera que para conseguir un mayor nivel de protección en beneficio del menor hay que tomar una decisión que tenga en cuenta el entorno en el que vive el menor, las razones para que el menor permanezca en un Estado u otro y la nacionalidad del mismo. Además, se considerará como lugar de residencia aquel en donde el menor pase largas temporadas de tiempo, es decir, que su estancia en dicho lugar no sea de carácter temporal⁷⁸.

En los casos de sustracción internacional de menores, la residencia habitual del menor será aquel lugar donde el menor estuviese integrado social y familiarmente antes del traslado ilícito. En caso de ser de aplicación el Reglamento 2201/2003, según lo establecido en su art. 10: *“en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro”*, después, será el tribunal de justicia el encargado de decidir si existe traslado ilícito o no. Una vez dictada la resolución se procederá con la restitución del menor o su denegación. Y finalmente, una vez concluido el proceso, el menor residirá en el lugar determinado por el Juez, independientemente de quien tuviese asignado el derecho de custodia previamente⁷⁹.

En los tres conceptos estudiados anteriormente podemos observar cómo se pueden apreciar diferentes interpretaciones según los intereses de cada una de las partes. La doctrina jurídica con el fin de evitar interpretaciones erróneas debería intentar estandarizar el significado de estos conceptos.

⁷⁷ Tribunal de Justicia de la UE (Sala Tercera). Asunto C-523/07. Sentencia de 2 de abril de 2009.

⁷⁸ DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2010), *Sustracción parental de menores...*, *op.cit.* p. 130.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 124 y 125.

Para determinar una correcta definición de residencia habitual hay que fundamentarse en requisitos fácticos⁸⁰, tales como: el idioma, la escolarización o la integración en el núcleo familiar.

Los tribunales de justicia, en los casos de crisis familiar, con la intención de mantener la unidad familiar optan por la custodia compartida⁸¹. Este instrumento ayuda al menor a librarse del sentimiento de culpa y a los padres a poder disfrutar de una manera equitativa del menor. Es lógico, que el dictaminar la custodia compartida entre progenitores que viven en distintos Estados se hace muy complicado, pero de una mala situación, como es una separación, el Convenio intenta dar la posibilidad de mantener la unidad familiar. Para que los tribunales de justicia españoles opten por otorgar la custodia compartida a ambos progenitores se deben de dar una serie de requisitos⁸² como:

- Tener en cuenta la opinión del menor, siempre y cuando se demuestre que este tiene la capacidad suficiente para poder atribuir veracidad a su testimonio. En algunos casos, no se tiene en cuenta debido a la corta edad, pero en aquellos otros casos que sea posible, se deberá oír al menor a fin de conseguir la solución más satisfactoria para su bienestar.
- Proximidad entre los domicilios de los progenitores y el centro docente del menor.
- Existencia de buenas relaciones entre los padres.
- Ambos progenitores deben demostrar tener la suficiente capacidad económica como para poder hacerse cargo de los gastos del menor.
- Existencia de consenso entre ambos padres en temas relacionados con el bienestar y la educación del menor.
- Disponibilidad del tiempo libre necesario para hacerse cargo del menor y cubrir sus necesidades.

⁸⁰ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Sustracción internacional de menores...*, *op. cit.* p.124.

⁸¹ MECO TÉBAR, F. (2014), *La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor, comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013,7873)*, Revista Boliviana de derecho, núm. 18, p.427.

⁸² DE TORRES PEREA, J. M. (2011), *Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social*, InDret Revista para el análisis del derecho, octubre, p.47.

Todo Estado tiene su propia normativa interna la cual resulta aplicable dentro de su territorio, sin embargo, como estamos viendo, se hace necesario el estudio de otras fuentes jurídicas de ámbito internacional. Ya que es cada vez más frecuente que personas de distintos Estados mantengan relaciones jurídicas de cualquier tipo, entrando a regular dichas relaciones, el Derecho Internacional Privado.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PARA FACILITAR LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Con objeto de facilitar la labor de los tribunales de justicia de los Estados parte, la Conferencia de La Haya desarrolló dos instrumentos para conseguir dicha labor: por un lado, la Guía de Buenas Prácticas y por otro, los informes de la Conferencia de La Haya sobre la interpretación de conceptos imprecisos.

Así, durante la proyección de la cuarta reunión de revisión, que tuvo lugar en La Haya del 22 al 28 de marzo de 2001 se aprobó la elaboración de una Guía de Buenas Prácticas, la cual vendría a desarrollar los principios enunciados en el art. 7 del Convenio, tales como: adoptar las medidas necesarias para la localización de los menores trasladados de forma ilícita, la prevención de daños, la restitución en el menor tiempo posible, el intercambio de información entre las Autoridades Centrales de los Estados vinculados en el proceso, etc.

Ante las dificultades en las que se veían involucrados los tribunales estatales a la hora de interpretar algunos conceptos jurídicos reflejado en el Convenio, la Conferencia de la Haya desarrolló una serie de Guía de Buenas Prácticas y se determinó la creación de una Oficina Permanente. *“Se trataría de una Guía práctica explicativa que tendría por objeto facilitar la aplicación del Convenio. Estaría esencialmente consagrada a las cuestiones operacionales y destinada principalmente a los nuevos Estados partes. No tendría un efecto imperativo y no interferiría sobre la independencia del poder judicial”*

83 .

⁸³ Conferencia de La Haya. Guía de Buenas Prácticas, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

La Guía se encuentra orientada para su aplicación por parte de los Jueces y las Autoridades Centrales de los Estados parte, así como para aquellos Gobiernos que fomenten políticas en materia transfronteriza.

2.1 Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980

Actualmente, se han publicado tres Guías de Buenas Prácticas sobre el CH de 1980, las cuales se dividen en tres partes: la primera, sobre la Práctica de las Autoridades Centrales⁸⁴, la segunda, sobre Medidas de Aplicación⁸⁵ y la tercera, sobre Medidas de Prevención⁸⁶. Se caracterizan por contener principios generales y hacer referencia tanto al Convenio de 1980 como al de 1996.

La Guía tiene como principios generales:

- Ofrecer una serie de consejos para conseguir una mejor implementación de las disposiciones del CH.
- Proporciona un modelo a seguir a la hora de construir un sistema internacional de cooperación entre Estados.
- Adecuar las disposiciones contenidas en el CH de 19 de octubre de 1996 vinculadas al contacto transfronterizo que complementan al Convenio de 1980.

A continuación, se realizará un análisis de las distintas partes que conforman la Guía de Buenas Prácticas.

2.1.1 Contacto transfronterizo relativo – Principios generales y Guía de buenas prácticas (HCCH 2008)

El principio general sobre el que se desarrolla esta guía es que: *“deberían adoptarse todas las medidas posibles para garantizar el derecho de los niños a*

⁸⁴ Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Primera Parte – Práctica de las Autoridades centrales, HCCH 2003.

⁸⁵ Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Segunda Parte - Medidas de aplicación, HCCH 2003.

⁸⁶ Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Tercera Parte – Medidas de prevención, HCCH 2005.

*mantener relaciones personales y un contacto regular con sus padres, así como el derecho de los padres a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus hijos, a menos que se determine que dicho contacto podría ser contrario a los intereses de los niños. Esto se aplica igualmente en aquellos casos en que los padres viven en países distintos*⁸⁷. En otras palabras, queda reflejada la primacía de la búsqueda de lo mejor para el interés del menor y de la importancia de en los casos de separación matrimonial el contacto que tiene que tener el menor con ambos padres, aunque sea de manera transfronteriza.

Según esta guía, no se deben de aplicar restricciones al derecho que tienen los padres a mantener el contacto con sus hijos al menos que dichas restricciones sean necesarias para favorecer el interés del menor.

Una de las medidas que promueve es el fomento de los acuerdos parentales, siendo el carácter mediador el punto sobre el que más esfuerzos se están volcando como método de solución de conflictos, lo que queda reflejado en la siguiente recomendación: *“debería respaldarse el ejercicio del derecho a mantener el contacto mediante disposiciones jurídicas y administrativas que promuevan y faciliten el acuerdo entre los padres u otros titulares de la responsabilidad parental”*⁸⁸. Dicha recomendación es acorde con la orientación, que en los últimos años, llevan a cabo los tribunales españoles, pues se ha comprobado la efectividad que tiene, en el proceso de solución de conflictos, tanto la voluntad como la participación de las partes.

La Autoridad Central de cada Estado parte facilitará a las partes el impulso para la celebración de dichos acuerdos como: ayudar a la localización del menor, reciprocidad de información con el otro Estado parte y resolución de cualquier problema que pueda surgir durante el proceso.

⁸⁷ Contacto transfronterizo relativo a los niños- Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas, HCCH, 2008, apartado 1.1, p. 10.

⁸⁸ *Ibidem*, apartado 2.1, p. 10.

2.1.2 Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 - Primera parte - Práctica de las Autoridades centrales (HCCH 2003)

La Primera parte de la Guía va dirigida especialmente a las Autoridades Centrales aunque en algunos apartados va dirigida a los Estados parte. Tiene como análisis de estudio la función que desempeñan las Autoridades Centrales de cada uno de los Estados parte, tales como: las solicitudes de restitución del menor, de denegación, de derecho de visita, etc.

La Guía está diseñada para ayudar en el desempeño de sus funciones tanto a las nuevas Autoridades Centrales así como a las anteriores, además de ahorrarles tiempo al facilitarles una serie de prácticas efectivas. Del mismo modo, deberá ayudar a solucionar las diferencias entre Estados parte y a unificar los criterios a seguir entre las Autoridades Centrales⁸⁹.

La cooperación entre las Autoridades Centrales de los Estados es fundamental tanto para evitar que los hijos se vean arrebatados de la compañía de uno de los progenitores como en los casos de sustracción internacional de menores para ayudar en el proceso de restitución del menor.

Los principios clave recogidos en la guía que regulan el funcionamiento de cada Estado parte y de cada Autoridad central en la aplicación del Convenio son⁹⁰:

- Recursos y poderes: las Autoridades centrales deben de tener un mandato lo suficientemente largo y contar con los suficientes recursos tanto materiales como humanos para poder ejercer sus funciones de la forma más eficaz posible.
- Cooperación entre Autoridades Centrales: es uno de los elementos esenciales para conseguir el eficaz funcionamiento del Convenio. La cooperación entre Estados mejora debido a una buena comunicación, a través de reuniones con el fin de tratar temas comunes, intercambios de información que ayuda a conseguir

⁸⁹ Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - *Primera Parte – Práctica de las Autoridades centrales*, HCCH 2003, p.7.

⁹⁰ *Ibidem*, op. cit. p.12 y ss.

una mayor comprensión y a través de la eliminación de obstáculos a la aplicación del Convenio.

- Comunicación: el carácter confidencial de las comunicaciones es importante, aunque en aquellas en donde el medio de comunicación es el correo electrónico resulta más difícil para el Estado poder garantizar la confidencialidad en la información personal tratada por este medio. Esta comunicación debe ser clara y eficaz, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya debe de poseer una lista con los datos de contacto de las distintas Autoridades Centrales, las respuestas entre Autoridades deberían de ser lo más rápidas posible, así como de estar informados de cualquier novedad que pueda afectar al funcionamiento del Convenio.
- Coherencia: en los procesos de restitución del menor se deben de utilizar el modelo de formulario establecido a tal efecto. Ya que al ser seguido por todos los Estados parte se consigue la normalización del proceso, al unificar los criterios sobre la información que debe de acompañar a dicha solicitud. Además, debe de existir coherencia entre las Autoridades Centrales de los distintos Estados a la hora de la interpretación de los conceptos conflictivos del Convenio.
- Procedimientos expeditos: son fundamentales para lograr la restitución del menor. Para ello, se hace necesario una acción rápida e inmediata por parte de las Autoridades Centrales durante la duración de todo el procedimiento. Una actuación lenta puede llegar a debilitar los efectos del Convenio. De lo dicho se desprende que, las acciones rápidas, inmediatas y expeditas son la vía más efectiva para proteger el interés del menor. Así, un procedimiento expedito minimizará los daños que la sustracción pueda haber realizado sobre el menor y evitará que el paso del tiempo juegue a favor del sustractor.
- Transparencia: tanto en el procedimiento jurídico como en el administrativo. Lo que se traduce en el acceso a información veraz y actualizada por parte de los interesados sobre cualquier dato de interés sobre los procedimientos.
- Aplicación progresiva: se trata de un principio indispensable de funcionamiento que obliga a todos los Estados parte a dar los mismos pasos encaminados a mejorar el funcionamiento en la aplicación del Convenio dentro de sus fronteras.

2.1.3 Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 – Segunda Parte – Medidas de aplicación (HCCH 2003)

Esta segunda parte de la Guía tiene como finalidad recapitular aquellas prácticas y procedimientos que han sido útiles para lograr la aplicación con éxito del CH en los distintos Estados parte.

Todas las disposiciones concretadas en el Convenio están desarrolladas a través de términos lo más neutrales posibles, con el fin de lograr su fácil aplicación por parte de cualquier tribunal de justicia. Así, será responsabilidad de cada Estado parte la implantación de todas aquellas medidas que sean necesarias para la correcta aplicación de la norma convencional en su derecho interno. Del mismo modo, independientemente de la situación constitucional en la que se encuentre cada Estado, resultarán ser indispensables la utilización de ciertas medidas de aplicación⁹¹ con el fin de que el Convenio se desarrolle eficazmente.

Las medidas de aplicación son definidas como: “*medios de ayuda para la buena aplicación del Convenio (incluyendo las Reglas de Tribunal y códigos de derecho procesal civil). Se podrán incluir medidas destinadas a clarificar la función de los diversos órganos y autoridades (p.ej. la creación de eventuales autoridades competentes o la competencia judicial), en prescribir procedimientos dentro del marco del Convenio (p.ej. las peticiones recibidas, y el establecimiento de una ayuda judicial) y orientar los órganos competentes para llevar a cabo sus obligaciones en el marco del Convenio*”⁹².

En la práctica jurídica se ha demostrado que las medidas de aplicación resultan ser un elemento muy útil con el que conseguir la implantación efectiva del Convenio. Como por ejemplo, a través de la creación de una ley de aplicación con la que regular temas como: la competencia de las autoridades, la competencia de los tribunales, regular la asistencia judicial y los procedimientos de recurso.

⁹¹ Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 – *Segunda Parte – Medidas de aplicación (HCCH 2003). Sumario: Métodos de aplicación*, p.2.

⁹² *Ibidem*, op. cit. p.10.

En cuanto a la implantación del Convenio, existen dos enfoques: en primer lugar, el enfoque monista⁹³, el cual tiene lugar en aquellos Estados donde el Convenio se incorpora de forma automática en el Derecho interno del Estado, sin necesidad de llevar a cabo ningún paso intermedio. Por lo que una vez que un Convenio es ratificado por el Estado pasa a tener un efecto inmediato dentro del derecho interno del Estado, desde la fecha en que tiene lugar su estraga en vigor.

En segundo término, el enfoque dualista⁹⁴, en donde para poder entrar a formar parte del derecho interno de un Estado, se necesitará que dicha incorporación se realice a través de una ley. Por tanto, en los Estados con un enfoque dualista, un Convenio deberá ser introducido por la vía legislativa como único medio para poder incorporarlo al derecho interno del país. Los Estados dualistas pueden integrar un Convenio por medio de la integración o transformación legislativa.

De lo anterior podemos extraer que la aplicación es considerada como un proceso que se encuentra en continuo desarrollo. Para la mejora del proceso será fundamental la evaluación por parte de los Estados contratantes sobre el funcionamiento del Convenio, así como, su nivel de implantación en el marco de su sistema jurídico interno.

2.1.4 Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 – Tercera Parte – Medidas de prevención (HCCH 2005)

La tercera, y última parte de la guía, trata a cerca de las medidas de prevención en los casos de sustracción internacional de menores. La prevención de la sustracción es uno de los objetivos fundamentales que persigue el Convenio ya que resulta ser más preferible la prevención de la sustracción a tener que acudir a los tribunales a incoar el procedimiento de la restitución del menor tras su sustracción.

El fin que busca esta parte de la guía es el de aconsejar de forma general sobre aquellas medidas de prevención que puedan ser utilizadas por los Estados parte con el

⁹³ Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 – *Segunda Parte – Medidas de aplicación...*, *op. cit.* p.36.

⁹⁴ *Ibidem*, *op. cit.* p.37.

fin de reducir el número de casos de sustracción de menores y normalizar el procedimiento.

La guía desarrolla tres clases de medidas de prevención⁹⁵:

En primer lugar: medidas de acción – crear un entorno legal que reduzca el riesgo de sustracción.

En la práctica resultan ser más efectivas las medidas de acción que las de reacción ya que son diseñadas para prevenir cualquier caso de sustracción, más que responder ante una sustracción que ya ha tenido lugar.

Uno de los pilares sobre los que deberían de trabajar los Estados en la lucha contra el traslado ilícito de menores es con el fomento de un ámbito legal que minimice el riesgo de sustracción. Ya que, con la simple existencia de normas en este ámbito puede llegar a ser un obstáculo a la sustracción. Por ejemplo, una de las medidas que podría ser utilizada es la institución de procedimientos administrativos con los que regular los traslados, de menores, por las fronteras de distintos países.

Estas medidas han sido diseñadas con el objetivo de evitar el desplazamiento de cualquier menor a un país distinto al de su residencia habitual, para facilitar dicho propósito se llevarán a cabo controles en las fronteras, control de la documentación aportada, una mayor cooperación con las Autoridades centrales del país de la residencia habitual del menor sustraído con el fin de determinar el destino de algunos viajes y si hay o no consentimiento para su realización.

En segundo extremo: medidas de acción – cuando se percibe un riesgo elevado de sustracción

La implementación de estas medidas tiene lugar ante situaciones específicas en las que se observa un elevado riesgo. Las Autoridades centrales al introducir medidas de prevención deben de mantener un cierto equilibrio para evitar la implantación de medidas que vulneren los derechos fundamentales o constitucionales de la persona, y al

⁹⁵ Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - *Tercera Parte – Medidas de prevención*, HCCH 2005, p. 4 y ss.

mismo tiempo, crear un marco normativo que garantice la protección de los derechos del menor y dificulte la sustracción.

Un ejemplo de situaciones consideradas de riesgo elevado que pueden favorecer la sustracción pueden ser el divorcio de los padres o la intención injustificada de mudarse a otro país.

En tercer término: medidas de reacción – responder a un riesgo creíble de sustracción

El marco normativo creado por los Estados con el fin de evitar el riesgo de sustracción debe al mismo tiempo permitir dar, ante un riesgo actual de sustracción, una respuesta rápida, efectiva y rotunda.

Las medidas de reacción deben ser utilizadas tanto en aquellos casos donde exista una amenaza real de sustracción como en los que existe una elevada probabilidad de que esta tenga lugar. Así, la normativa internacional debe de permitir a los Estados todas aquellas medidas que sean necesarias para dar una rápida solución a este contratiempo.

Algunas medidas que pueden interponer los Estados van desde el establecimiento anticipado de barreras en las fronteras del país con el objetivo de evitar la salida del menor sustraído al establecimiento de controles fronterizos.

2.2 Informes de la Conferencia de La Haya sobre la interpretación de conceptos imprecisos

La Conferencia de La Haya instituye Comisiones Especiales con el objetivo de debatir sobre cuestiones confusas recogidas en el Convenio. Las reuniones tienen lugar con frecuencia y tienen como objetivo la resolución de problemas relacionados con temas sobre los diferentes Convenios constituidos por la Conferencia de La Haya.

Existen diversos grupos de trabajo a los que se les encarga el desarrollo de análisis sobre la interpretación de aquellos puntos más conflictivos del CH de 1980. El producto de algunos de esos estudios es por ejemplo, el texto de Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial, sobre el funcionamiento

práctico de los Convenios de La Haya de 1980, o la Guía sobre Mediación, en este texto se enuncia lo que se entiende a nivel internacional por mediación y las prácticas que se pueden llevar a cabo en estas situaciones.

El desarrollo de estos textos tiene como finalidad el servir de instrumentos para ayudar a lograr una mejor aplicación e interpretación del Convenio.

V. CONCLUSIONES

Como hemos podido observar a lo largo del desarrollo de este estudio, la sustracción internacional de menores es un tema complejo que se encuentra regulado por normas de distinta procedencia, las cuales facilitan distintos medios de resolución de conflictos. Por tanto, de la realización de este trabajo se extraen las siguientes conclusiones:

Primera: se trata de un fenómeno que ha ido aumentando en los últimos años favorecido por circunstancias como la eliminación de las barreras transfronterizas, las facilidades para divorciarse y el gran número de matrimonio mixtos entre otras. Estos casos en la práctica son muy complicados de abordar por múltiples factores, aunque gracias a las normas internacionales creadas al respecto han ayudado en gran medida a facilitar la labor de los tribunales de justicia.

Segunda: el trascurso del tiempo ha ayudado a mejorar algunos de los errores que tenían lugar en la aplicación de los Convenios internacionales. Estos errores tienen su origen en la inexistencia, hasta el momento, de un texto normativo global con el que poner fin a la falta de cooperación entre Autoridades centrales de distintos países, la lentitud en los procesos de restitución de menores sustraídos, la eliminación de diferencias culturales y el castigo a aquellos sistemas proteccionistas que en estos casos van a favor de sus nacionales. El instrumento principal para la resolución de casos referentes a la sustracción internacional de menores, es el CH de 1980.

Tercera: la celeridad, durante el proceso de sustracción, se convierte en el principal protagonista para la consecución de la meta final, que no es otra que la restitución del menor. El traslado de un menor por uno de sus progenitores a otro país, privándole al mismo tiempo del derecho de disfrutar de manera equitativa de ambos

padres, no resulta para nada beneficioso. La celeridad en la restitución del menor sustraído es primordial, ya que si los órganos de justicia no actúan con rapidez, el paso del tiempo, puede servir para la consecución del propósito que persigue el progenitor sustractor que no es otro que quedarse con el menor. En el caso de que se produzca la integración del menor a su nuevo entorno, la restitución puede resultar ser más perjudicial que beneficiosa. Ante este hecho, en interés del menor, los tribunales valorarán si resulta o no oportuna la separación del menor con el entorno donde ha conseguido adaptarse, llegando en muchos casos a denegar la restitución.

Cuarta: uno de los nuevos sistemas de cooperación que puede llegar a ser muy beneficioso para la solución de este conflicto a nivel extrajudicial, es la mediación. Aunque, dificultades como la distancia y la conflictividad entre los progenitores pueden suponer una reducción en su utilización. La mediación familiar internacional, puede convertirse en un gran sistema de prevención en casos de sustracción, debido a que plantea grandes ventajas en comparación con la justicia como: mayor equidad en los intereses de las partes, disminución del tiempo para la solución del conflicto, menor coste económico, perjudica menos a los intereses del menor, consecución de acuerdos más flexibles, y que se trata de un procedimiento más informal. Por lo tanto, la mediación adquiere cada vez mayor importancia al configurarse como un medio de protección muy útil en los casos de crisis matrimonial, puesto que, no habrá ninguna solución judicial con mayor seguridad en su cumplimiento que aquella que cuenta con el beneplácito de las partes.

Quinta: a lo largo del estudio hemos podido observar como no existe un único criterio a la hora de interpretar el derecho de custodia por parte de los órganos de justicia españoles, lo cual dificulta aún más la homogeneización de este concepto. A pesar de esto, en los últimos años está aflorando una nueva visión por parte de los jueces y magistrados, quienes se inclinan hacia la idea de que ambos padres tienen el derecho a decidir por el bien del menor. Todo ello, queda reflejado en las resoluciones judiciales de los últimos tiempos, en donde se aboga por la custodia compartida.

Sexta: asimismo, una de las grandes aportaciones en esta materia han sido las medidas incluidas en la LEC. Con la reforma de 2015 se han asentado las bases para

una mayor regulación y una homogeneidad por parte de los tribunales. Dicha reforma se basa en la celeridad del proceso, la especialización y la concentración de la competencia de los tribunales; todo en base al beneficio de los menores.

Séptima: añadir que, la redacción de la Guía de Buenas Prácticas por parte de la Conferencia de La Haya, es una acción muy positiva encaminada a la búsqueda de la homogenización de criterios en la adopción de decisiones judiciales.

Por último, exponer algunas de las medidas que, en mi opinión, se podrían poner en marcha tras el análisis realizado, siempre y cuando, no se invada ninguna competencia del derecho interno de los Estados:

- Creación de un Convenio Internacional de carácter global, con el que poner fin a los conflictos derivados por problemas de interpretación por parte de los órganos judiciales. Este Convenio global, por medio de su articulado, determinaría la interpretación exacta de los términos en él contemplados evitando así problemas derivados de una mala interpretación.
- Creación de un órgano especializado en materia de interpretación de conceptos imprecisos, dicho órgano podría estar compuesto por juristas expertos de diferentes países expertos en la materia, los cuales resolvieran dudas en torno a la aplicación de conceptos indeterminados. De este modo, se conseguiría con el paso del tiempo una interpretación cada vez más uniforme
- Necesidad de adoptar un mayor número de medidas preventivas, con el fin de servir como instrumento disuasorio para los progenitores a la hora de llevar a cabo el traslado ilícito del menor.
- Mayor promoción de la mediación, tanto antes de la sustracción como medida preventiva y después de esta como medida de solución del conflicto.
- Mayor conocimiento por parte de los profesionales jurídicos sobre la normativa aplicable y las distintas vías de actuación con el fin de que asesoren de la forma más adecuada para resolver de manera satisfactoria esta situación.
- Una mayor regulación del derecho de visita por parte del legislador, ya que resulta cada vez más imprescindible una normativa que proteja dicho derecho de manera efectiva y real.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ADAM MUÑOZ, M.D. y GARCÍA CANO, S. (2004), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, p. 51.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (2015), “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Revista boliviana de derecho*, núm. 20, p. 195.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M. (2011), “El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, p.47.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2003), “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *Revista Colombiana de derecho internacional*, núm. 2, pp. 178 y ss.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sustracción internacional de menores: una visión general”, *Institución Fernando el Católico*, p.118.
- CASTELLANOS RUIZ, E. y RODRÍGUEZ RODRIGO, J. (2006), “Comentarios a la LEC: de la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 36 LEC)”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, p. 13.
- CHÉLIZ INGLÉS, M. C. (2015), “La sustracción internacional de menores, tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 ter, p. 255.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2010), *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- DE TOLEDO QUINTANA, L. A. (2013), “La cuestión de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento de extranjero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, núm. 2, pp. 146 y ss.

- DE TORRES PEREA, J. M. (2011), “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, octubre, p.47.
- ESPINOSA CALABUIG, R. (2008), *Sustracción de menores y eliminación del exequátur en el Reglamento 2201/2003*, Madrid, Iustel, p. 243.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2016), *Derecho Internacional Privado*, Navarra, Aranzadi, p. 388.
- FORCADA MIRANDA, F. J. (2016), “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015”, *Revista Bitácora Millennium Derecho Internacional Privado*, núm. 3. Apartado I.
- GARCÍA REVUELTA, C. (2016), “Aplicación práctica del Convenio de La Haya y el Reglamento 2201/2003. El papel de la Autoridad Central”, *Poder Judicial*.
- GONZÁLEZ VICENTE, P. (2007), “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 11, p. 92.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014), “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, p. 139.
- HERRANZ BALLESTEROS, M. (2010), *Autoridad Central y protección de menores: algunas medidas a examen*, Madrid, Marcial Pons, p. 107.
- JIMÉNEZ BADOS, M. P. (2014), “La sustracción internacional de menores: Posibilidades de intervención en la vía civil y en la vía penal”, *Ponencia fiscal*, p. 20.
- JIMÉNEZ BLANCO, P. (2008), *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, p. 15.
- MECO TÉBAR, F. (2014), “La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor, comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013,7873)”, *Revista Boliviana de derecho*, núm. 18, p.427.

PÉREZ-VERA, E. (2014), “Conclusiones de los trabajos de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado”, *Revista Boliviana de derecho*, p. 24.

VELARDE D’AMIL, Y. (2015), “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho UNED*, Núm. 17, p.1280.

SENTENCIAS

Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas 333/2008, de 19 de diciembre AC 2009/202.

Consejo de Europa. Resolución 1291 (2002), de 26 de junio de 2002. Punto 5. II y 7.

Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza. Sentencia núm. 200/1997 de 24 de febrero.

TEDH (Sección 3ª). Caso Tapia Gasca y D. contra España. Sentencia de 22 de diciembre de 2009.

TEDH (Sección 3ª). Caso Maire contra Portugal. Sentencia de 26 de junio de 2003, apartado 72.

TEDH (Sección 3ª). Caso Ignaccolo-Zenide contra Rumanía. Sentencia de 25 de enero de 2000, apartado 95.

TEDH (Sección 4ª). Caso Iglesias Gil y A.U.I. contra España. Sentencia de 29 de abril de 2003, apartado 51.

TJUE (Sala Tercera). Asunto C-523/07. Sentencia de 2 de abril de 2009.

LEGISLACIÓN

Circular 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 17 de noviembre de 2015.

Conferencia de La Haya. Guía de Buenas Prácticas, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Contacto transfronterizo relativo a los niños- Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas, HCCH, 2008, apartado 1.1, p. 10.

Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997, BOE, núm. 150, 24 de junio de 1997, pp. 19348–19351.

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, núm. 210, de 1 de septiembre de 1984, pp. 25291-25295.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, BOE, núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564 a 23570.

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. BOE, núm. 291, 2 de diciembre de 2010, pp. 99837-99868.

Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. BOE, núm. 202, de 24 de agosto de 1987, pp. 26099-26105.

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

Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Primera Parte – Práctica de las Autoridades centrales, HCCH 2003.

Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Tercera Parte – Medidas de prevención, HCCH 2005.

Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Segunda Parte - Medidas de aplicación, HCCH 2003.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2000, pp. 575 a 728.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015, pp. 54068-54201.

Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la LEC, GACETA, núm. 36, de 5 de febrero de 1881.

Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Diario Oficial de la UE, núm. 338, de 23 de diciembre de 2003, pp. 1-29.