

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

I. Introducción al tema objeto de estudio

1. En este Tema, vamos a estudiar el fenómeno de la sustracción internacional de menores desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Así, analizaremos uno de los principales mecanismos civiles para lograr el regreso de un menor que ha sido trasladado o que se encuentra retenido ilícitamente en un país extranjero, siendo uno de sus progenitores (u otro familiar), quien ha llevado a cabo la sustracción.

2. El mecanismo que será objeto de estudio es la acción de restitución regulada por el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980* (en adelante, Convenio de La Haya de 1980)¹.

3. Como hilo conductor del Tema, nos centraremos en el caso que fue objeto de la STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016².

II. Los hechos del caso

4. Una menor, nacida en diciembre de 2009, es trasladada por su madre desde Suiza a España, en agosto de 2013. En noviembre de 2013, el padre de la menor solicita su restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980, al considerar que la menor ha sido víctima de una sustracción internacional.

5. Tras la inhibición del Juzgado de Primera Instancia, se pronuncia sobre el caso el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que desestima la solicitud de restitución presentada por el padre. Si bien el Juzgado considera acreditada la residencia habitual de la menor en Suiza, admite que concurre uno de los motivos de denegación de la restitución que contempla el Convenio de La Haya de 1980, por lo que se concluye que la menor no ha de regresar a Suiza³.

6. En apelación, la Audiencia Provincial ordena la restitución inmediata de la menor a Suiza, entendiendo que: a) se ha producido una retención ilícita –dado que el padre, cotitular de la patria potestad, había consentido un desplazamiento y estancia temporal en España, únicamente, durante el período de vacaciones-; y b) que no existe motivo para denegar la restitución, por no concurrir las circunstancias que permiten apreciar la existencia de riesgo físico, psíquico o situación intolerable, en caso de regreso de la menor a Suiza⁴.

¹ Ratificado por Instrumento de 28 de mayo de 1987 (*BOE* núm. 202, de 24 de agosto de 1987, pp. 26099 y ss.; rect. *BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1989; *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1996, pp. 2144) y ss., disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-19691>

² STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016, publicada en el *BOE* núm. 57, de 7 de marzo de 2016, pp. 18444-18459, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-2333

³ *Ibidem*, Antecedentes, Apartado Segundo.

⁴ Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 31 de marzo de 2015 (JUR\2015\117498), Razonamiento Jurídico Quinto y Sexto.

7. Cuando el caso llega al Tribunal Constitucional, éste destaca el tiempo transcurrido desde el inicio de los hechos hasta que se dicta la resolución en apelación – aproximadamente veinte meses-, y apunta que, si bien tal dilación no se debió a la actitud de ninguno de los progenitores de la menor, dicho tiempo hace preciso valorar la situación actual de la misma, puesto que puede haberse producido su integración en España⁵. Al considerar que existe una falta de motivación en la sentencia de apelación, el Tribunal Constitucional admite que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

III. El Convenio de La Haya de 1980

8. Con base en los hechos descritos, vamos a realizar el estudio del Convenio de La Haya de 1980, comenzando por su ámbito de aplicación. Una vez analizadas las condiciones para que proceda activar dicho Convenio, examinaremos el mecanismo civil que el Convenio regula para lograr la restitución de los menores que han sido víctimas de una sustracción internacional.

1. El Convenio de La Haya de 1980: ámbito de aplicación

9. La aplicación a un caso del Convenio de La Haya de 1980 exige, fundamentalmente, la concurrencia de tres requisitos: a) la persona que ha sido objeto de sustracción ha de ser un *menor*, en el sentido del Convenio; b) tanto el *Estado requerido* como el *Estado requirente*, han de ser Estados parte del Convenio; y c) tiene que haberse producido una *sustracción*, tal como es definida por el Convenio.

A) El menor

10. El concepto de *menor* se encuentra definido en el art. 4 del Convenio: “El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años”⁶.

Por lo tanto, el Convenio se aplica, únicamente, cuando el menor tiene una edad inferior a dieciséis años y residía habitualmente, antes de la sustracción, en un Estado

⁵ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016, publicada en el *BOE* núm. 57, de 7 de marzo de 2016, pp. 18444-18459, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-2333, Fundamento Jurídico Décimo.

⁶ Vid., entre otros, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, p. 604; A. DURÁN AYAGO, “La fragilidad del estatuto personal en la protección de menores y adultos”, en A. L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ, *El Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, p. 327; P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales. Centro de Publicaciones, 1989, pp. 135-138; M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial”, en A. L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ, *El Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 733.

parte del Convenio⁷. A la vista del precepto, carecen de relevancia otros factores, como la nacionalidad del menor o su filiación⁸.

B) El Estado requirente y el Estado requerido

11. El Convenio de La Haya de 1980 se aplica cuando el Estado requirente, es decir, aquél en el que el menor tenía su residencia habitual antes de la sustracción; y el Estado requerido, que es el Estado en que se encuentra presente el menor como consecuencia de la sustracción; son ambos Estados parte del Convenio⁹.

Por lo tanto, el Convenio de la Haya de 1980 es un convenio *inter partes*¹⁰.

C) La sustracción

12. La *sustracción*, tal como señala el art. 3, puede consistir en un *traslado o retención ilícitos*. Dicho traslado o retención ilícitos se producen con la infracción de un derecho de custodia atribuido, por el Derecho del Estado en que residía habitualmente el menor antes de la sustracción, de forma separada o conjunta, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo; siendo ejercido tal derecho de forma efectiva en el momento de la sustracción (o si se habría sido ejercido en caso de que no hubiera tenido lugar dicha sustracción)¹¹.

Ha de tenerse presente que, en caso de traslado ilícito, la sustracción comienza con el primer acto que constituye una vulneración del derecho de custodia; mientras que, en el caso de retención, la sustracción se inicia cuando se supera el período de tiempo durante el que el sustractor tenía asignado al menor¹². Es decir, en el primer caso, ya la salida del menor del Estado requirente es ilícita; mientras que, en el segundo caso, la salida es lícita, comenzando la sustracción cuando el menor no regresa tras finalizar el período de tiempo para el que la salida fue autorizada.

13. Cabe destacar que son cuatro las condiciones que han de concurrir para que el traslado o retención de un menor se consideren ilícitos¹³:

⁷ Vid. P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales. Centro de Publicaciones, 1989, pp. 135-138.

⁸ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Protección de menores", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, p. 604.

⁹ Los Estados parte del Convenio de La Haya de 1980 pueden consultarse en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (fecha de consulta: 1 de septiembre de 2017). Ha de tenerse presente que, como Suiza no es un Estado miembro de la Unión Europea, no resulta de aplicación la normativa de la Unión Europea en materia de sustracción internacional de menores.

¹⁰ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Protección de menores", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, p. 605.

¹¹ Vid. P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales. Centro de Publicaciones, 1989, pp. 124-131.

¹² A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Protección de menores", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, p. 608.

¹³ Para un examen de las condiciones, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 34-48.

a) Primera condición: el traslado o la retención ha de constituir una vulneración de un derecho de custodia.

14. El Convenio define en su art. 5 el concepto de *derecho de custodia*, a los efectos del Convenio: “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”.

Ha de ostentarse el derecho de custodia –separada o conjuntamente-, conforme al Derecho vigente en el Estado de residencia habitual del menor anterior a su sustracción (Estado requirente), pudiendo aquél ser atribuido de pleno derecho, en virtud de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente entre las partes.

15. Por lo tanto, para poder activar el mecanismo de restitución del Convenio de La Haya de 1980, es preciso ostentar, de manera separada o conjunta, el derecho de custodia, tal como lo define el Convenio. Es decir, es preciso tener –separada o conjuntamente- el derecho relativo al cuidado del menor “y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”. Por ello, ha de determinarse, conforme al Derecho del Estado de residencia habitual del menor anterior a la sustracción, quién o quienes ostentan tal derecho, con independencia de la denominación que allí reciba¹⁴. Por ejemplo, cuando es España el país de residencia habitual del menor, previa a la sustracción, quien puede solicitar la restitución es el titular o cotitular de la *patria potestad*, tal como se indica en la *Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*¹⁵.

b) Segunda condición: el ejercicio efectivo del derecho de custodia

16. El Convenio exige que el derecho de custodia fuera ejercido de manera efectiva en el momento del traslado o retención, o que se hubiera ejercido si el menor no hubiera sido objeto de sustracción. Este segundo inciso incluye así los casos en que la sustracción del menor tiene lugar antes de que el titular del derecho de custodia pudiera haber ejercido su derecho¹⁶.

c) Tercera condición: el menor tenía su residencia habitual en un Estado contratante con anterioridad a la sustracción

¹⁴ Vid. la SAP Málaga (Sección 6ª) de 1 de abril 2014 (JUR\2014\283843), en la que se admite que el traslado de una menor de Lituania a España es ilícito, por haber ido infringido el derecho de custodia, debiendo ser entendido como “responsabilidad parental”.

¹⁵ *Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, en especial, pp. 83-86 (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_6-2015.pdf?idFile=7df9cead-b7b2-410d-acb2-1bd871521d14) (fecha de consulta: 30 de junio de 2017). Vid., entre otros, F. J. FORCADA MIRANDA, “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 (Parte II)”, *Bitácora Millenium DIPr.*, núm. 3, 2016, en especial, pp. 47-51; C. MARÍN PEDREÑO, *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Málaga, Editorial Ley 57, 2015, p. 38.

¹⁶ FULCHIRON, H.: “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p. 225.

17. Se considera *residencia habitual* el “centro social de vida del menor”¹⁷. Como se trata de determinar la residencia habitual del menor, previa a la sustracción, es preciso llevar a cabo un examen de las circunstancias del mismo con anterioridad al traslado o retención ilícitos.

d) Cuarta condición: el menor se encuentra en un Estado contratante distinto al de su residencia habitual como consecuencia de la sustracción

18. Para que exista un traslado o retención ilícitos, es precisa la presencia del menor en un Estado contratante que no sea el de su residencia habitual. Por ello, si la residencia habitual del menor, con anterioridad a la sustracción, no se encontraba en el Estado miembro requirente, sino en el Estado miembro requerido, no existirá un traslado o retención ilícitos¹⁸.

2. La aplicación al caso del Convenio de La Haya de 1980

19. Una vez examinados los aspectos básicos del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980, vamos a analizar si dicho Convenio resulta aplicable al caso que estamos utilizando como hilo conductor del Tema¹⁹:

a) El menor: la menor tiene una edad inferior a dieciséis años y residía habitualmente, con anterioridad a la sustracción, en Suiza, que es un Estado parte del Convenio de La Haya de 1980 (art. 4);

b) El Estado miembro requirente (Suiza) y el Estado miembro requerido (España), son ambos Estados parte del Convenio de La Haya de 1980²⁰; y

b) La sustracción: la menor ha sido objeto de una sustracción, en la modalidad de *retención ilícita*. El progenitor que solicita la restitución (en este caso, el padre de la menor), era cotitular, conforme al Derecho del Estado de residencia habitual de la menor previa al traslado (Derecho suizo), del derecho de custodia en el sentido del Convenio, y este derecho de custodia era ejercido de manera efectiva, con anterioridad a la sustracción (art. 3).

20. En el siguiente esquema (Esquema N°1), puede verse un resumen de los aspectos básicos del caso, relativos al ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980.

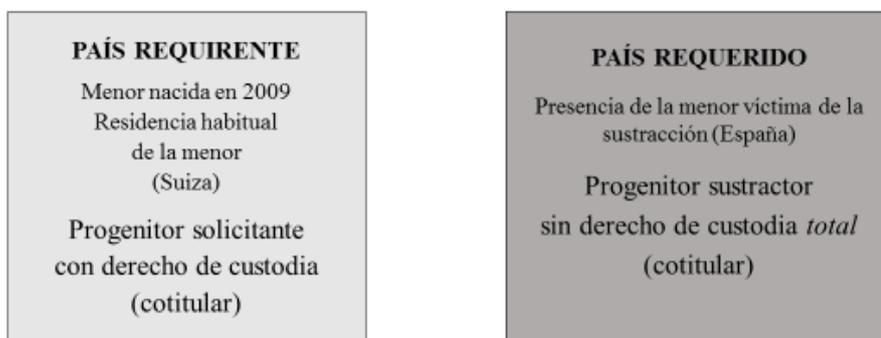
¹⁷ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, p. 604.

¹⁸ Vid. la SAP Bizkaia de 18 de diciembre de 2007, (*JUR/2008/126676*), en la que se consideró que no se había producido un traslado ilícito de los menores desde Holanda a España, dado que el tribunal afirmó que era España el país de residencia habitual de los menores.

¹⁹ Al respecto, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 8, núm. 2, 2016, pp. 77-91.

²⁰ Vid. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (fecha de consulta: 30 de junio de 2017).

CONVENIO DE LA HAYA DE 1980: ÁMBITO DE APLICACIÓN



Esquema Nº 1

3. El Convenio de La Haya de 1980: procedimiento de restitución

21. Una vez examinados los aspectos básicos que permiten determinar si el Convenio de La Haya de 1980 es aplicable a un caso, a continuación procede describir el procedimiento para solicitar la restitución del menor.

22. El Convenio regula una “acción directa de restitución del menor”, de manera que, en virtud del mismo, los tribunales del Estado requerido tendrán que determinar si procede o no ordenar la restitución del menor, pero no podrán pronunciarse sobre el fondo del asunto –siendo el fondo del asunto el derecho de custodia-²¹. Así, el art. 16 del Convenio determina que “Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor..., las autoridades judiciales o administrativas 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 el menor no tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio”.

Esta regla del art. 16 del Convenio es considerada por la doctrina una regla de “competencia judicial internacional negativa”²².

A) La solicitud de restitución

23. El procedimiento regulado por el Convenio de La Haya de 1980 se inicia con una solicitud en la que, fundamentalmente, se hará constar la información de la que el solicitante disponga sobre el menor, su localización, la persona que el solicitante

²¹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, p. 602.

²² *Ibidem*, p. 603.

considera que ha llevado a cabo su sustracción, y la justificación de su solicitud de restitución²³.

24. La solicitud, tal como indica el art. 8 del Convenio, puede ser presentada por la “persona, Institución u Organismo” que alegue que el menor ha sido objeto de una sustracción, siendo preciso, tal como ya hemos expuesto al examinar el ámbito de aplicación del Convenio, que el solicitante haya visto infringido su derecho de custodia. Según dispone el Convenio de La Haya de 1980 en su art. 6, cada uno de los Estados contratantes ha de contar con una Autoridad Central y, tal como dispone el art. 7, tales Autoridades han de colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes de sus correspondientes Estados, para garantizar la restitución inmediata de los menores²⁴.

Así, el art. 8 señala que el solicitante podrá dirigirse a la Autoridad central de Estado contratante requirente o a la de cualquier otro Estado Contratante.

B) El procedimiento de restitución

a) Autoridad competente para decidir si procede o no la restitución del menor

25. La autoridad competente para decidir si procede o no la restitución del menor, es la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante requerido²⁵. En su art. 11, el Convenio establece que la autoridad competente ha de actuar con urgencia, de tal forma que, si en el plazo de seis semanas desde la fecha de iniciación del procedimiento, no se ha pronunciado sobre la restitución, el solicitante o la Autoridad Central tienen derecho a pedir una declaración sobre los motivos del retraso en la toma de la decisión.

26. La concreción del procedimiento es llevada a cabo por el Derecho de cada Estado contratante, por lo que, en el caso de ser España el Estado requerido, resultan aplicables los arts. 778 quáter, quinquies y sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁶.

Conforme al art. 778 quáter, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, Ceuta o Melilla, con competencias en materia de familia, en cuya circunscripción se halle el menor (en su defecto, será competente aquél al que por turno corresponda).

Se requiere la actuación de Abogado y Procurador de las partes y, en caso de que la Autoridad central española determine la procedencia de la intervención de un Abogado del Estado, ésta cesará si la parte comparece con su propio Abogado y Procurador (art. 778 quáter, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

²³ Vid. el art. 8 del Convenio de La Haya de 1980. Vid. también A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, p. 611; A. SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milán, Giuffrè, 1995, pp. 78-81.

²⁴ Sobre las medidas a adoptar por las Autoridades Centrales, vid. el art. 7 del Convenio de La Haya de 1980.

²⁵ Vid. el art. 12 del Convenio de La Haya de 1980.

²⁶ Preceptos incorporados por la Disposición final 3.11 de la Ley núm. 15/2015, de 2 de julio (RCL\2015\1016). Vid., entre otros, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, pp. 622-626; J.R. LIÉBANA ORTIZ, “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *REDUR*, núm. 13 (diciembre 2015), en especial, pp. 95-106.

b) El procedimiento de restitución cuando España es el Estado requerido

27. La regla general del Convenio de La Haya de 1980 es que un menor, que ha sido objeto de sustracción internacional, ha de ser restituido; la regla excepcional es que se deniegue su restitución con base en uno de los motivos de denegación admitidos por el Convenio²⁷.

28. El procedimiento en el que los tribunales españoles valorarán si procede ordenar a restitución del menor o si ésta ha de ser denegada, por concurrir algún motivo de denegación, se describe en el art. 778 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

29. Así, tras la interposición de la demanda de restitución o retorno (según el art. 778 quinquies, apartado 9, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el juez tendrá que determinar si procede o no la *restitución* del menor (a la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia), o su *retorno* (al lugar de procedencia).

Siendo la demanda admitida, indica el art. 778 quinquies que se requerirá al progenitor sustractor para que comparezca. Cabe plantear dos hipótesis, en función de la comparecencia o no comparecencia del demandado:

a') El demandado no comparece: en tal caso, el demandado será declarado en rebeldía, mientras que el demandante y el Ministerio Fiscal serán citados a una vista ante el Juez²⁸.

b') El demandado comparece. En tal supuesto, a su vez, es preciso distinguir, a su vez, dos casos:

-el demandado comparece y accede a la restitución o retorno del menor: se dictará auto acordando la conclusión del proceso²⁹;

-el demandado comparece y se opone por escrito a la restitución o retorno, alegando alguno de los motivos de denegación previstos en el Convenio de La Haya de 1980: se citará a una vista a todos los interesados y al Ministerio Fiscal, de tal forma que serán oídos y se procederá a la práctica de prueba –en su caso–.

30. Por lo que respecta al menor, ha de tenerse presente que éste puede ser oído en cualquier momento del proceso (salvo que su edad o grado de madurez lleve al juez a considerar que no es conveniente). En su caso, el juez lo oírán separadamente, en presencia del Ministerio Fiscal (art. 778 quáter, apartado 8).

31. Con respecto a la decisión del juez (art. 778 quáter, apartado 9), cabe señalar que ha de valorarse el interés superior del menor y los términos del Convenio de La Haya de 1980. La sentencia se pronunciará sobre:

-si se trata de un supuesto de traslado o retención ilícitos y, en su caso,

-si procede o no la restitución o retorno.

²⁷ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, p. 612.

²⁸ Vid. art. 778 quinquies, apartado 5.

²⁹ Conforme al art. 778 quinquies, apartado 4, el demandado puede comparecer en cualquier momento (antes de que finalice el procedimiento), y acceder a la restitución o retorno del menor.

32. La sentencia es susceptible de recurso de apelación, que tendrá efectos suspensivos (art. 778 quinquies, apartado 11).

33. Cabe la suspensión del proceso en cualquier momento para el sometimiento a mediación (por haberlo así solicitado ambas partes o por así decidirlo el juez -ya sea de oficio o a instancia de cualquiera de las partes-)³⁰.

34. Para la ejecución de la sentencia de restitución o retorno, el Juzgado contará con la asistencia de la Autoridad Central y, si el progenitor sustractor obstaculiza la ejecución, el juez podrá, por ejemplo, solicitar la asistencia de los servicios sociales y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 778 quinquies, apartado 13).

c) Los motivos de denegación de la restitución

35. Tal como hemos indicado, el demandado puede oponerse a la restitución o retorno, en virtud de uno de los motivos de denegación del Convenio de La Haya de 1980. El Convenio establece una distinción, a la hora de determinar qué motivos pueden impedir la restitución del menor, en función del tiempo transcurrido entre el inicio de la sustracción y la solicitud de restitución –en los términos del art. 12 del Convenio, “la fecha de la iniciación del procedimiento”-.

Al respecto, es preciso tener presente lo ya comentado sobre la diferencia, en lo que respecta al inicio de la sustracción, entre los casos de *traslado* y *retención*.

a) Tiempo transcurrido: menos de un año

36. Si ha transcurrido menos de un año entre el inicio de la sustracción y la solicitud de restitución, podrá denegarse la restitución del menor por uno de los siguientes motivos:

Precepto	Motivos	Explicación
Art. 13.a)	No ejercicio efectivo, en el momento del traslado o retención, del derecho de custodia por su titular. Consentimiento del titular o posterior aceptación por su parte del traslado o retención.	Para que se aprecie la existencia de consentimiento, éste ha de ser “claro e inequívoco” ³¹ . Se trata, así, de casos en los que se consiente un cambio de residencia habitual del menor, autorizando para ello el traslado o la retención con carácter indefinido en el Estado requerido. En cambio, consentir que se recurra a una

³⁰ Al respecto, vid., entre otros, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 209-211; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La mediación ante el secuestro internacional de menores”, *Riedpa*, núm. 1, 2011, pp. 24-35; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y secuestro internacional de menores. Ventajas e inconvenientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 139-124 y pp. 144-145; N. GONZÁLEZ MARTÍN, “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 29, 2015, pp. 13 y ss.

³¹ Vid. C. MARÍN PEDREÑO, *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Málaga, Editorial Ley 57, 2015, p. 57.

		mediación, no es equivalente a dicho consentimiento ³² .
Art. 13.b), primer párrafo	Grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable ³³ .	Aunque la versión española del art. 13.b), primer párrafo, se refiere a “peligro”, parte de la doctrina apunta que ha de atenderse en realidad al concepto de “daño”, como en la versión en inglés ³⁴ . Se ha venido observando que este motivo ha sido en muchos casos objeto de una interpretación no restrictiva (como correspondería al carácter excepcional de los motivos de denegación), amparando así resoluciones de no restitución presididas por un “detestable nacionalismo judicial” ³⁵ . En cambio, en otras resoluciones se han tenido en cuenta las posibles medidas de protección del menor que podrían ser adoptadas por el Estado requirente para, con base en las mismas, no admitir el motivo del art. 13.b) ³⁶ .

³² Vid., entre otros, D. GANANCIA, “La médiation familiale internationale: une solution d’avenir aux conflits familiaux transfrontaliers”, en H. FULCHIRON, (ed.), *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, p. 334; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y secuestro internacional de menores. Ventajas e inconvenientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 6, núm. 2, 2014, p. 141; F. MONÉGER, “La médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d’enfants”, en H. FULCHIRON, (ed.), *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, p. 321; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores”, en ALDECOA LUZÁRRAGA, F. / FORNER DELAYGUA, J., *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, p. 374.

³³ Vid. P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales. Centro de Publicaciones, 1989, pp. 190-194; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, pp. 616-620.

³⁴ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, p. 616.

³⁵ *Ibidem*, p. 598 y pp. 616-618. Esta amplia interpretación del motivo de denegación del art. 13.b), primer párrafo, ha permitido a los sustractores conseguir una modificación indirecta de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental (vid. D. BUREAU, / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tomo II, Parte especial, París, 2007, p. 189).

³⁶ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, p. 618.

Art. 13.b), segundo párrafo	Oposición del menor a su restitución, para lo cual es preciso que se trate de menores cuya edad y grado de madurez hagan que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones,	Es preciso que el menor pueda expresar sus opiniones con libertad, de tal manera que no resulte presionado por el progenitor que ha protagonizado la sustracción ³⁷ .
Art. 20	Restitución del menor no permitida por los principios fundamentales en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Estado requerido ³⁸ .	Nos encontramos, así, ante la excepción de “orden público internacional” ³⁹ .

a) Tiempo transcurrido: más de un año

37. Si ha transcurrido más de un año entre el inicio de la sustracción y la solicitud de restitución, podrá denegarse la restitución del menor por:

Precepto	Motivos	Explicación
Art. 13.a), Art. 13.b), primer y segundo párrafo, Art. 20	Cualquiera de los motivos que pueden operar cuando ha transcurrido menos de un año	
Art. 12, segundo párrafo	Integración del menor en su nuevo medio	La apreciación de este motivo de denegación se traduce en que es mejor para el menor que permanezca en el país a que ha sido trasladado o en el que se encuentra retenido, en lugar de regresar el país en el que residía

³⁷ *Ibidem*, p. 614.

³⁸ Vid. P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales. Centro de Publicaciones, 1989, pp. 199-20; *Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, elaborado por E. PÉREZ VERA, § 33 (Vid. el texto del informe en <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>, fecha de consulta: 30 de junio de 2017).

³⁹ Al respecto, vid. *Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, elaborado por E. PÉREZ VERA, § 33 (Vid. el texto del informe en <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>, fecha de consulta: 30 de junio de 2017); A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, p. 616.

		habitualmente con anterioridad a la sustracción ⁴⁰ . La valoración del grado de integración del menor, hace preciso tomar en consideración el nuevo ambiente familiar, social y cultural, a los efectos de determinar si garantiza el correcto desarrollo del menor ⁴¹ .
--	--	--

38. En el siguiente esquema (Esquema N°2), puede verse un resumen de los motivos de denegación previstos en el Convenio de La Haya de 1980.

**CONVENIO DE LA HAYA DE 1980:
MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN**

<ul style="list-style-type: none"> • No ejercicio efectivo del derecho de custodia • Consentimiento al traslado/retención • Grave riesgo de exposición del menor a un daño • Oposición del menor • Contradicción con los derechos humanos y las libertades fundamentales del Estado requerido
1 AÑO (entre sustracción y fecha de iniciación del procedimiento)
Cabe alegar cualquiera de los motivos anteriores, o bien: Integración del menor en su nuevo medio

Esquema N° 2

4. El procedimiento de restitución del caso

39. Volvemos ahora al caso que estamos utilizando como hilo conductor del Tema, para examinar el procedimiento de restitución del mismo⁴²:

40. Como la menor se encontraba en España, el padre solicitó su restitución, en virtud del Convenio de La Haya de 1980, ante los tribunales españoles, el 7 de noviembre de 2013.

En primera instancia, se desestimó la solicitud de restitución de la menor, señalándose lo siguiente⁴³:

⁴⁰ Vid. A. SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milán, Giuffrè, 1995, p. 82.

⁴¹ *Ibidem*, p. 82.

⁴² Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio", *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 8, núm. 2, 2016, pp. 77-91.

- la menor residía habitualmente, antes de la sustracción, en Suiza;
- procedía denegar la restitución con base en el motivo de grave riesgo de exposición del menor a un daño físico, psíquico u otra situación intolerable (art. 13.b), párrafo primero), mientras no se pronunciasen los tribunales con respecto a las cuestiones penales.

41. En apelación, la Audiencia Provincial ordenó la restitución inmediata de la menor, en virtud de los siguientes argumentos⁴⁴:

-la menor era víctima de una retención ilícita, dado que el padre, que era cotitular de la patria potestad, había consentido un desplazamiento y estancia temporal en España durante unas vacaciones, pero no que madre e hija se instalaran de manera definitiva en España⁴⁵. Por lo tanto, no concurría el motivo de denegación del art. 13.a), relativo al consentimiento del traslado o retención ilícitos; y

-no concurría el motivo de denegación del art. 13.b), primer párrafo, del Convenio de La Haya de 1980. Para ello, se valoraron, entre otros: informes médicos, la denuncia presentada por la madre, el informe forense del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la declaración del padre y resoluciones dictadas por las autoridades españolas⁴⁶,

42. Por su parte, el Tribunal Constitucional sostiene que la integración del menor “constituye un elemento de ponderación imprescindible” y que “su valoración es esencial, cuando se trata del procedimiento de inmediata restitución”⁴⁷.

Si bien se admite que, conforme a las reglas del Convenio de La Haya de 1980, habían transcurrido solo unos tres meses entre la sustracción y la solicitud de restitución (y, por lo tanto, no había transcurrido el plazo de un año al que se refiere al art. 12, párrafo segundo); se destaca que habían pasado unos veinte meses hasta que se resolvió la apelación⁴⁸. Así, aunque el transcurso del tiempo no fue provocado por ninguno de los progenitores, afirma el Tribunal Constitucional que el interés superior de la menor hace preciso valorar su situación actual y su posible integración plena en su nuevo medio (atendiendo a circunstancias como la edad, entorno y convivencia habitual, escolarización desde el 2013, etc.)⁴⁹.

⁴³ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016, publicada en el *BOE* núm. 57, de 7 de marzo de 2016, pp. 18444-18459, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-2333, Antecedentes, Apartado Segundo.

⁴⁴ Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 31 marzo 2015 (JUR\2015\117498).

⁴⁵ *Ibidem*, Razonamiento Jurídico Quinto. Vid. C. MARÍN PEDREÑO, *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Málaga, Editorial Ley 57, 2015, p. 57.

⁴⁶ Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 31 marzo 2015 (JUR\2015\117498), Razonamiento Jurídico Sexto.

⁴⁷ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016, publicada en el *BOE* núm. 57, de 7 de marzo de 2016, pp. 18444-18459, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-2333, Fundamento Jurídico Décimo.

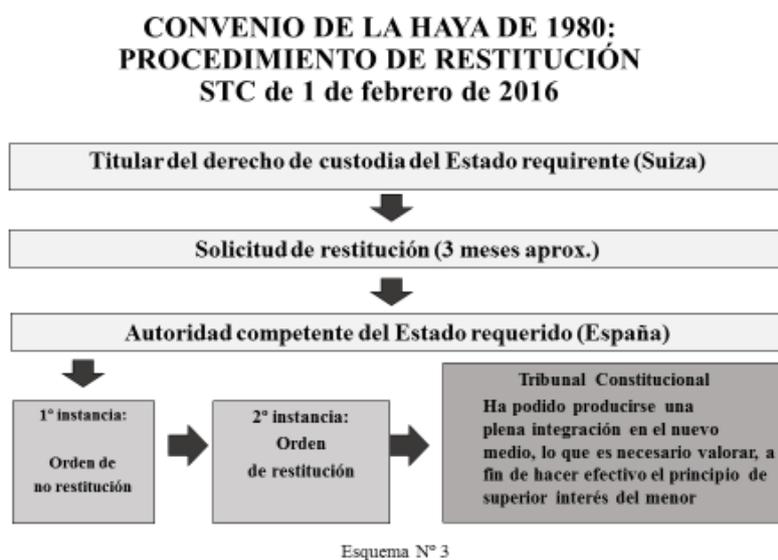
⁴⁸ *Ibidem*, Fundamento Jurídico Décimo. Sobre el tiempo transcurrido, vid. F. J. FORCADA MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, *Bitácora Millenium DIPr.*, núm. 3, 2016, p. 52.

⁴⁹ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016, publicada en el *BOE* núm. 57, de 7 de marzo de 2016, pp. 18444-18459, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-2333, Fundamento Jurídico Décimo.

Al no haber sido suficientemente motivada en este sentido la resolución de la Audiencia Provincial, el Tribunal Constitucional aprecia una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)⁵⁰.

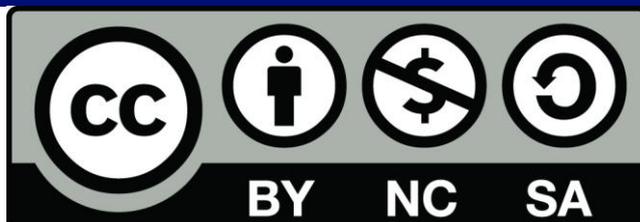
Así, aun cuando el Convenio de La Haya de 1980 no lo permite, el Tribunal Constitucional considera que, en casos como el planteado, el tribunal que conoce de la acción de restitución, ha de valorar si se ha producido una integración del menor en su nuevo medio⁵¹.

43. En el último esquema (Esquema N°3), puede verse un resumen del caso que hemos utilizado como hilo conductor del Tema.



Autora: CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid



⁵⁰ *Ibidem*, Fundamento Jurídico Décimo.

⁵¹ Con respecto a cuándo procede valorar la integración del menor, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 8, núm. 2, 2016, pp. 85-91.