



universidad
de león



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2019/ 2020

LA RETENCIÓN ILÍCITA DEL MENOR EN UN CONTEXTO TRANSFRONTERIZO

**THE UNLAWFUL RETENTION OF THE
CHILD IN A CROSS-BORDER CONTEXT**

GRADO EN DERECHO

AUTOR/A: DÑA. NEREA DÍEZ CUETO
TUTOR/A: Prof. Dr. D. DAVID CARRIZO AGUADO

ÍNDICE

ABREVIATURAS MÁS FRECUENTES	4
RESUMEN	5
ABSTRACT	5
OBJETO DEL TRABAJO	6
METODOLOGÍA APLICADA.....	7
I. INTRODUCCIÓN.....	9
II. CONCEPTO Y CARACTERES ESENCIALES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....	10
1. CONCEPTO.	10
2. CAUSAS DE LA SUSTRACCIÓN.....	14
3. LA DIVERSIDAD DE CONVENIOS Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.	14
4. EL GRAVE RIESGO DEL MENOR Y SU RELACIÓN CON EL COVID-19.....	19
III. LOS INSTRUMENTOS LEGALES CONTRA EL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES.....	22
1. EL CONVENIO DE LUXEMBURGO DE 20 DE MAYO DE 1980	22
2. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980.	26
2.1. Principales normas para su aplicación.	26
2.2 La acción de restitución directa del menor.	29
3. EL REGLAMENTO 2201/2003 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2003.....	34
3.1. Observaciones preliminares.	34
3.2. Mecanismos de lucha contra el “legal kidnapping”.	36
3.3. Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución.	38
3.4. La supresión del exequátur en el procedimiento de la restitución del menor.	43
IV. LOS EFECTOS NEGATIVOS DE LA SUSTRACCIÓN.....	46
1. EFECTOS NEGATIVOS EN RELACIÓN AL MENOR.	46
2. EFECTOS NEGATIVOS EN RELACIÓN CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	48
V. LA CARA MEDIÁTICA DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL CASO DE JUANA RIVAS.....	50
VI. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: SUPUESTOS DESTACADOS EN EL ORDEN INTERNO E INTERNACIONAL.....	52
I. JURISPRUDENCIA INTERNA.	52
II. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	57
VII. CONCLUSIONES.	63
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	65
IX. ANEXOS.....	71

1. ANEXO JURISPRUDENCIAL.	71
2. ANEXO LEGISLATIVO.....	72

ABREVIATURAS MÁS FRECUENTES

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial Del Estado
CC	Código Civil
CH80	Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica Del Poder Judicial
RAE	Real Academia Española
RB II Bis	Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
VID	Véase

RESUMEN

En primer lugar, en este trabajo de investigación y tras una conceptualización del término “sustracción”, se ha decidido analizar gran parte de la coexistencia de diversos textos legislativos a la hora de calificar y adoptar medidas para la sustracción internacional de menores (concretamente, el *Convenio de La Haya de 1980*¹, el *Convenio de Luxemburgo de 1980*² y el *Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre, Bruselas II Bis*³). Conviene subrayar la necesidad de una jurisprudencia unificada para así poder lograr una mayor seguridad jurídica al ciudadano. En lo que a los textos legales se refiere, el objetivo máximo que se tratará de focalizar en este trabajo, será el retorno del menor hacia el estado de su residencia habitual, con el respeto a la ley y teniendo en cuenta el grado de madurez de éste.

También, se hace especial referencia a los efectos negativos que pueden recaer sobre el menor, cuándo éste es objeto de una sustracción por parte de alguno de sus progenitores, pudiéndole originar graves secuelas psíquicas que, en determinados casos, son irreversibles, sin poder olvidarnos de la especial relación que puede tener este tipo de cuestión internacional con la violencia de género.

Para finalizar, no se puede dejar sin mencionar, en una temática tan compleja como es la sustracción de menores en el ámbito internacional, la jurisprudencia más destacable -que en diversos casos es contradictoria- tanto a nivel internacional como a nivel interno.

Palabras clave: internacional. Menores. Sustracción. Jurisprudencia. Convenio. Inseguridad.

ABSTRACT

Firstly, in this research work and after a brief concept to put ourselves in the context of international child abduction, it has been decided to analyse a large part of

¹ Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. BOE núm. 202, 24-VIII-1987.

² Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980. BOE núm. 210, 1-IX-1984.

³ Reglamento 2201/2003 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. DOUE L 2201/2003, 27-XI-2003

the coexistence of various legislative texts when it comes to qualifying and adopting measures for international minor abductions (specifically, the Hague Convention of 1980, the Luxembourg Convention of 1980 and the Brussels II Bis Regulation). It is worth mentioning the need for a unified jurisprudence regulation in order to achieve greater legal certainty for the citizen. Regarding the legal texts, the maximum objective that will be focused on in this work, will be the return of the minor to the state of his habitual residence with respect for the law and considering according to the degree of maturity of the latter.

Special reference is also made to the negative effects that may fall on the minor, when the minor is abducted by one of his parents, causing serious psychological consequences that in certain cases are irreversible, without being able to forget the special relationship that this type of international issue may have with gender violence.

Finally, it cannot be left without mentioning in such a complex subject as child abduction in the international arena, the most notable jurisprudence - which in various cases is contradictory - both internationally and domestically.

Keywords: international. Child. Abduction. Jurisprudence. Convention. Legal insecurity.

OBJETO DEL TRABAJO

El objetivo que se pretende examinar en este trabajo de fin de grado es intentar proporcionar una solución jurídica y a la vez factible de la gran problemática relativa a la sustracción de menores, ya que contamos con una pluralidad de normas, tanto internas como de ámbito internacional, lo cual generará cierta incertidumbre y gran inseguridad jurídica a la hora de resolver las dudas planteadas. Para intentar dar solución a este conflicto, habrá que basarse en diversos convenios entre los que destacan, el Convenio de Luxemburgo de 1980 de escasa aplicación, el cual, debido a sus lagunas, deberá ser reforzado por el Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003. Por otro lado, el Convenio de La Haya de 1980, enmarca términos de suma importancia tales como “residencia habitual” y la “acción de restitución del menor” ya que el objetivo principal de la regulación de la sustracción internacional de menores es el retorno del menor a su lugar de residencia habitual.

Como tercera norma, hallamos el Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de sentencias, en el que se hará especial incidencia dada la importancia que requiere, a que sólo se aplicará cuando un menor se traslada de un estado miembro a otro siempre que estos dos tengan ratificado este reglamento, pues en caso contrario, nos tendremos que desvincular de esta normativa internacional y buscar otra solución jurídica que sea más factible.

De la misma manera, serán objeto de estudio los principales efectos negativos de la sustracción internacional de menores, ya que una vez producida, puede causar graves daños psicológicos a estos menores, tema sobre el que aportaremos soluciones atendiendo principalmente al interés superior del menor. Así mismo, se comentará un estudio jurisprudencial en el que se podrá observar la jurisprudencia no tan unánime de los distintos países, fundamentalmente de las Audiencias Provinciales de España.

En conclusión, se examinarán estas tres normas internacionales para aportar una solución e intentar colmar todas esas lagunas que nos generan falta de seguridad en el ámbito internacional de la sustracción de menores.

METODOLOGÍA APLICADA

Para la presente investigación y redacción de este trabajo, se ha acudido primordialmente a diversas monografías y obras colectivas de Derecho Internacional Privado en materia de Derecho de familia, con especial ahínco en el marco de la sustracción en el contexto internacional. El fin principal ha sido efectuar un estudio fruto del análisis de un sendo material bibliográfico y su reflejo jurisprudencial para así destacar los retos a los que se enfrentan los diversos operadores jurídicos.

En lo referente a la doctrina judicial, se ha investigado una serie de casos para hacer una comparativa entre la diversa jurisprudencia tanto en el ámbito internacional (sentencias del TJUE), como en el interno (esencialmente análisis de sentencias de las Audiencias Nacionales). Serán objeto de comentario ciertos supuestos en los que el grave riesgo será partícipe de una resolución u otra distinta dependiendo del tribunal nacional que falle dicha sentencia, comentando incluso la jurisprudencia derivada del caso mediático de Juana Rivas.

De igual manera, se ha procedido a reflexionar de la mano de la doctrina más especializada el estatus jurídico de la retención ilícita del menor. Para ello, gran parte del material bibliográfico ha sido extraído de bases de datos como *Dialnet*, *Aranzadi Instituciones*, así como los buscadores de jurisprudencia tales como *Cendoj* a nivel interno, o *CURIA* a nivel internacional.

También, se han consultado webs de carácter jurídico, esencialmente, aquellas en las que se ha valorado el grave riesgo del menor ante la pandemia generada por el COVID-19.

I. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo de investigación acerca de la retención ilícita del menor se comprobará como es un fenómeno que cada vez se incrementa más en nuestros días, tal y como lo indica el sistema estadístico de criminalidad, entre 2010 y 2016 hay una media internacional de 300 casos al año de sustracción internacional de menores, estando el pico de subida en 2012, con 333.⁴

Concretamente, hay una pequeña elevación del porcentaje de niños, con un 53% de los casos respecto del de niñas, que representa un 47%.⁵ Muchos casos suceden a causa de la globalización en la que estamos inmersos, pues hoy en día la libertad de desplazamiento que tienen las personas es prácticamente total y eso hace que sea más fácil acceder de un sitio a otro. Por todo ello los menores sufren diversos efectos negativos con condicionantes psicológicos, pues muchas veces son cosificados y llevados de un lado a otro como si fueran un objeto.

Se puede comprobar por lo tanto, que la sustracción de menores es un suceso bastante amplio que por desgracia, se observa con frecuencia en nuestro día a día, llegando a verificar incluso que en el año 2015, Justicia conoció solamente en España 206 casos de sustracción.⁶

Para intentar dar salida a todas estas dificultades, se deberá proporcionar una solución jurídica a todos los problemas que se presentan entre la diversa normativa. El núcleo importante de este trabajo consistirá en un estudio de la aplicabilidad del Convenio de La Haya o el Convenio de Luxemburgo y saber diferenciarlos de manera adecuada, examinando conceptos como la residencia habitual, el interés superior del menor o el grave riesgo que puede suponer el traslado ilícito. A todo ello se suma el Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre, donde se estudiará en gran parte la competencia judicial internacional, con su regla general y sus excepciones. A título de

⁴ Informe de enero de 2017 sobre personas desaparecidas (fecha de consulta: 26/06/2020) http://www.interior.gob.es/documents/10180/6960463/Informe_Desaparecidos_Espa%C3%B1a_2017.pdf/16f1015e-c91a-460a-9f55-059bb970a0cb

⁵ LOWE,L./STEPHENS, V.A.: *Statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, 2017, version on line.

⁶ Justicia tramitó el año pasado 2016 expedientes de sustracción internacional de menores (fecha de consulta: 08-06-2020) <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/justicia-tramito-el-ano-pasado-206-expedientes-de-sustraccion-internacional-de-menores/#>

mención, cabe destacar que además de los expresados, se encuentran otros Convenios internacionales de los cuales España forma parte.

De igual modo, conviene subrayar el papel esencial en esta investigación de la jurisprudencia y su derivada contradicción entre sentencias, tanto a nivel interno como internacional (se analizará en profundidad el caso mediático relacionado con Juana Rivas con la resolución en primera instancia y su posterior apelación) a causa de la diversidad de soluciones que ofrecen y el consecuente traslado hacia la inseguridad jurídica.

II. CONCEPTO Y CARACTERES ESENCIALES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

1. Concepto.

Primeramente, interesa destacar qué puede llegar a entenderse por sustracción internacional de menores, de manera especial en el ámbito del Derecho internacional privado. En base a la doctrina consolidada, se puede concebir brevemente de esta manera: *“la sustracción internacional de menores tiene lugar cuando un menor es trasladado ilícitamente por uno de los progenitores a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, y en aquellos casos en que uno de los progenitores se traslada con el menor para residir en otro país, tomando tal decisión de forma unilateral y vulnerando el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor”*⁷. Además, para adentrarse en un concepto más familiar y entendible, hay cierto sector doctrinal que entiende por el mismo *“uno de los supuestos más frecuentes de sustracción, los casos en que un progenitor consiente que sus hijos menores pasen el periodo vacacional con el otro progenitor, que reside en otro Estado, negándose éste posteriormente a restituir a los niños una vez concluye el periodo vacacional acordado”*⁸.

A todo ello se suma los números casos y las numerosas familias que se ven afectadas por la sustracción de menores, pues *“Los casos de sustracción internacional de menores en España siguen aumentando cada año. La Autoridad Central española ha pasado de tramitar 36 solicitudes en el año 1998 a tramitar 242 en el año 2015. En*

⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, CIRCULAR 6/2015 DE 17 DE NOVIEMBRE. “Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Revista Aranzadi* núm. 6/2015, 2017, pp.1

⁸ GONZÁLEZ-SERRANO CAZORLA, M.C.: “Mediación transfronteriza y secuestro internacional de menores”, *Revista Aranzadi de la Unión Europea*, núm. 6, 2017, p. 4.

dicho año 2015, del total de solicitudes tramitadas, 215 corresponden a casos de restitución y 27 a casos de visitas, siendo España autoridad requerida en 109 casos y requirente en 133 casos”⁹. Se puede observar que es un fenómeno que cada vez aumenta, pues en un baremo de 17 años (1998-2015) han aumentado los casos desde 36 a 242, es decir, 2016 casos más, por lo que se necesitan convenios que proporcionen mayor seguridad jurídica una vez que el traslado se ha producido y además mecanismos para poder evitar este tipo de situaciones. “Para poder hacer frente a este número tan elevado de sustracciones, se exige una amplia cooperación internacional entre los diferentes Estados, a través de la firma y ratificación de los instrumentos internacionales existentes para dar solución a esta materia y hacer frente al problema”¹⁰, esto es, no sólo se necesita que cada estado aplique sus normas conforme a los diversos convenios, sino que también debe haber una cooperación entre todos ellos para lograr solucionar la sustracción internacional de menores.

Para comenzar este trabajo de investigación y a la vez, intentar solucionar este fenómeno que suscita retos jurídicos en la esfera transnacional, conviene tener conocimiento de diversas definiciones para adentrarnos más en la materia acerca de qué entendemos por sustracción internacional de menores, “es un fenómeno significativo tanto cualitativamente como cuantitativamente de los problemas que afectan al sujeto menor de edad en la actual sociedad internacionalizada, globalizada y multicultural a la que asistimos en el siglo XXI. Se trata de una situación internacional en la que el menor se ve implicado y ello requiere una especial protección jurídica”¹¹. Es decir, está relacionada con el menor y por ello no debería haber inseguridades jurídicas a la hora de canalizar un tema de esta magnitud. Todo esto no viene de antes, sino que surge en el siglo XX con la consecuente necesidad de proteger jurídicamente a este tipo de personas que por su corta edad no pueden decidir ni defenderse por sí mismos. Puede recibir diversas denominaciones, entre ellas, traslado ilícito, legal kidnapping... pero todas harán referencia al mismo presupuesto de hecho.

⁹ FORCADA MIRANDA, F.J.: “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *Revista española de Derecho Internacional*”, vol. 68, 2016, pp.337-346.

¹⁰ DÍAZ GONZÁLEZ, M.: “La sustracción internacional de menores: análisis normativo y jurisprudencial en aplicación del Convenio de la Haya de 1980 y del Acuerdo bilateral entre España y Marruecos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm.12, 2017, pp. 11-12.

¹¹ SOTO RODRÍGUEZ, M.: “Sustracción de menores”, *Diario La Ley*, núm. 8331, 2014, versión *on line*.

Me gustaría dejar claro a título de nociones básicas que el traslado ilícito también puede tener una vertiente puramente civil de nuestro derecho español y no solamente del derecho internacional privado, así lo expresa la doctrina, en concreto, la opinión del Fiscal del Tribunal Supremo: *“Por tanto, la sustracción que tratamos desde la óptica puramente del derecho civil, se produce cuando un progenitor altera deliberadamente la situación jurídica establecida respecto del menor, de manera menos grave cuando lo traslada a otro país irregularmente y de forma más acusada cuando hay un cambio de residencia, que supone una situación estable y por tanto más difícil de retornar a la situación legal previa”*¹². Consiste en que uno de los progenitores, bien sea el padre o la madre, aprovecha el derecho de visita, mientras el otro ostenta la custodia, para trasladar al menor desde su estado de residencia habitual (concepto al que acudiremos en más de una ocasión) a un estado fuera del proveniente. Se puede observar por lo tanto que la mayoría de los casos están relacionados con el derecho civil, que pueden empezar desde una separación de hecho, legal, o divorcio cuyo progenitor “secuestrador” no está de acuerdo muchas veces con el régimen de visitas, hasta que dicho progenitor llegue a la trágica situación de aprovechar la ocasión para trasladar al menor ilícitamente, rompiéndose las medidas establecidas por el juez dentro del derecho de familia, y como consecuencia, rompiendo la ley pudiendo incurrir hasta en un delito de tipo penal. Todo hecho que se haga vulnerando la ley y sin el consecuente consentimiento del progenitor “perjudicado” se le podrá denominar sustracción de menores o traslado ilícito.

Con frecuencia podemos llegar a pensar que en el secuestro internacional de menores, en lo que concierne al sujeto activo, siempre son los progenitores, pero puede abarcar también un concepto más amplio refiriéndose también a los demás componentes de la familia (abuelos, padres adoptivos...). En lo referible al sujeto pasivo, debemos hacer referencia al artículo 4 del Convenio de La Haya de 1980 (que posteriormente analizaremos) *“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”*¹³. Es decir, el sujeto pasivo debe ser menor de dieciséis años, en el momento en el que el menor cumpla los dieciséis, este convenio

¹² MUÑOZ CUESTA, J.: “Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Revista Aranzadi*, núm.934, 2017, versión *on line*.

¹³ Artículo 4 del Convenio de La Haya de 1980.

será totalmente inaplicable. Es tendente que la sociedad llegue a pensar que el progenitor o sujeto activo de la sustracción tiene mala fe o intención dañina de hacerlo, pero, por el contrario, la mayoría de las veces es porque éste sujeto piensa que el menor objeto de traslado va a estar mejor en otro lugar.

En lo relativo al sujeto activo, cabe destacar –y así se afirma también en el Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores al comentar una sentencia de la AN-, que no hace falta una sentencia que exprese quién tiene la custodia del menor cuando expresa: *“puede ser sujeto activo del delito el progenitor custodio y no es requisito indispensable la existencia de una resolución previa que regule el régimen de potestad y custodia del menor. La decisión de traslado desde su lugar de residencia, para que no tenga trascendencia penal, ha de ser tomada en interés del menor, pero de mutuo acuerdo”*¹⁴

Para llegar a entender el concepto de sustracción internacional de menores, es preciso conocer previamente el término “frontera” que nos ofrece la RAE como *“línea que marca el límite exterior del territorio de un estado, entendido como el espacio marítimo, terrestre y aéreo sobre el ejerce su soberanía, lo que permite hablar de fronteras terrestres, marítimas y aéreas en función de la naturaleza física del espacio delimitado”*¹⁵. Dicho concepto cobra una gran importancia en este ámbito, ya que dependiendo donde ocurran los hechos fácticos del caso, serán competentes unos tribunales u otros.

En suma, la gran cuestión de la sustracción internacional de menores –como ya he mencionado en la introducción- es la inseguridad jurídica respecto de esta temática, ya que, aunque partimos de tres grandes Convenios, hay demasiada diversidad sin ofrecer una solución práctica y concreta a la cuestión, estableciendo en la mayoría de jurisprudencia y doctrina española que habrá que atender al caso concreto para poder desglosar una solución factible. Para todo ello, hay que saber identificar dos momentos distintos con las consecuentes soluciones distintas. La primera, las medidas preventivas para que esto no ocurra y la segunda, medidas para cuando ya se produjo la sustracción.

¹⁴ Trasposición del artículo 3 del Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

¹⁵ Real Academia Española concepto de frontera (fecha de consulta 08-06-2020). <https://dej.rae.es/lema/frontera#:~:text=L%C3%ADnea%20que%20marca%20el%20l%C3%ADmite,naturaleza%20f%C3%ADsica%20del%20espacio%20delimitado.>

2. Causas de la sustracción.

Después de adentrarnos en un concepto tan amplio como es sustracción de menores o traslado ilícito, se pueden diferenciar varias causas y entre ellas, las que más destacan son:¹⁶

a) La quiebra de un matrimonio mixto: normalmente, los matrimonios que están compuestos entre cónyuges de distintas nacionalidades son más tendentes hacia los divorcios, ese traslado ilícito se produce cuando uno de los progenitores quiere retrotraer al menor objeto de sustracción hacia el estado miembro de donde él proviene.

b) El derecho de visita: diferenciando entre el progenitor que ostenta el derecho de custodia y el que ostenta el derecho de visita, éste último aprovecha esa ocasión para llevar al menor al lugar donde el cónyuge que realiza la sustracción convive habitualmente. Vulnerando, además, el derecho del progenitor custodio.

c) Las fronteras: convivimos en una sociedad en la que predomina la libre circulación de personas (a excepción de la pandemia en la que estamos inmersos) lo que conlleva a que solamente con la identificación y pasaporte del menor se puede trasladar de un país a otro dentro de la Unión Europea, por consiguiente, gracias al espacio Schengen¹⁷, el progenitor tendrá más facilidad a la hora de viajar con el menor hacia otro estado miembro, pues con el documento nacional de identidad se accede a otro país de una manera sencilla.¹⁸ De ahí la relevancia del concepto de “frontera” que se analizaba con anterioridad.

3. La diversidad de convenios y el interés superior del menor.

El punto clave del que se ha de partir a la hora de buscar soluciones a la sustracción una vez producida, es el concepto de interés superior del menor, el cual viene regulado en el Reglamento 2201/2003 Bruselas II Bis, es decir, se necesita

¹⁶Vid. LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Sustracción internacional de menores, estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 13-14.

¹⁷ El espacio Schengen es considerado como aquel en el que no se establecen fronteras internas.

¹⁸ CHÉLIZ INGLÉS, M. ^a DEL C. *La sustracción internacional de menores, tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, 2015, pág. 249.

proteger a este menor de todo el proceso derivado de la retención ilícita. La preferencia en todo caso y el objetivo primordial es proteger al menor frente a todas las adversidades y frente a los demás sujetos. Ahora bien, como ya se ha explicado con anterioridad hay una preocupación a la hora de determinar este concepto, a causa de que no hay ni un concepto determinado ni una jurisprudencia y doctrina unánime, por lo que se habrá de estar al caso concreto previsto, pues *“la concurrencia de normas nacionales e internacionales en este tipo de procesos, así como la intervención de autoridades de distinta naturaleza y de distintos países añade dificultad a la correcta solución de una problemática tan delicada y, por desgracia, tan frecuente como es la sustracción internacional de menores”*¹⁹

Del mismo modo y antes de adentrarnos en el interés superior del menor, se debe agregar que además de los Convenios y Reglamentos que van a ser objeto de estudio (La Haya, Luxemburgo y Bruselas II Bis fundamentalmente) pueden encontrarse otros en los que España es firmante, entre ellos²⁰:

1. Convenio del Consejo de Europa sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980²¹.
2. Convenio con 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 fecha 30 de mayo de 1997²².

Acerca del concepto de interés superior del menor, siempre está ligado a la devolución del menor a su lugar de residencia habitual, a causa de una “cosificación del menor” ya que no es un objeto que se traslada de un estado a otro según los intereses del progenitor, el menor es una persona con todos sus derechos y deberes que se le han de proteger de una forma más específica por el hecho de ser una persona con un grado de madurez insuficiente. De todas maneras, que hablemos de falta de madurez suficiente no implica que el menor sea incapaz, ya que los tribunales a la hora de estos pleitos

¹⁹ MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: “Restitución del menor, declaración de ilicitud del traslado y competencia judicial internacional. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 19 de abril de 2018” *Cuadernos de derecho transnacional*, núm 1, 2019, pp. 863-869.

²⁰ Sustracción de menores, ¿España mantiene suscritos convenios internacionales sobre sustracción de menores? (fecha de consulta: 29/06/2020) <http://www.asociacionabogadosfamilia.com/temas-de-derecho-de-familia/sustraccion-de-menores>

²¹ BOE núm 210, 1-IX-1984.

²² BOE núm.151, 25-VI-1997.

tienen la potestad de escucharlos y de juzgar en base al interés de éste. A esto se encuentra ligado el derecho a la audiencia del menor, debiéndose garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten ²³ siempre dependiendo de la edad que éste tenga (ya que no es lo mismo las escuchas de un menor de 7 años que de 14).

Lo que parece ser claro es que en todo momento se va a pensar en lo que más le beneficie al menor y así lo establece La Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 12 de febrero de 2014²⁴, cuando una progenitora quiere trasladar a su hijo a Brasil y dicho traslado es acordado por los tribunales, quedando el padre limitado en el derecho de visitas. Pues bien, en el presente caso los tribunales acordaron darle el beneficio a la madre porque el menor siempre había vivido con ella y si en dicho momento determinado el menor viaja para vivir con su padre –lo cual nunca había hecho- se podrá ver perjudicado su interés.

Importante cuestión es el marco jurídico general, mediante el cual se observa que todos los niños tienen derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés²⁵. Con esto se quiere dilucidar que un progenitor no puede trasladar a su hijo menor a otro país en el cual él no reside habitualmente y así privar al otro progenitor de su derecho oportuno, bien sea el de visitas, bien el de custodia.

El dilema de esta diversidad de convenios internacionales radica en la falta de unanimidad, ya que se dan por válidas totalmente las soluciones que aporte cada país al caso concreto. Además, nos encontramos ante diversas lagunas o vacíos legales, en el caso, a título ejemplificativo, el Reglamento 2201/2003 Bruselas II Bis no podría ser aplicable como ya se ha mencionado anteriormente ambos países no son firmantes del Reglamento.

De conformidad con el interés del menor, es destacable que *“las sentencias que ponen fin a los procesos matrimoniales ordenan la atribución de la custodia a uno de los progenitores, condicionando tal pronunciamiento a que no cambie su residencia actual, trasladándose a vivir otro lugar (generalmente al extranjero) y estableciendo*

²³ Art. 12 Convención de la ONU de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

²⁴ SAP de 12 de febrero de 2014 (ECLI: ES: APB: 2014:3464).

²⁵ Art. 9.3 Convención de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1986.

que, en el caso de que, en ejercicio de su derecho a elegir libremente su residencia, decidiera marcharse, la custodia sería atribuida al otro progenitor”²⁶ queriendo expresar con dicha afirmación una especie de “medida cautelar” para evitar los casos en los que un progenitor tiene una nacionalidad y el otro progenitor tiene otra distinta, y al separarse, el que ostenta la custodia decide trasladar al menor ilícitamente.

Es de interés que en el Convenio de La Haya de 1980 no se habla expresamente del interés superior del menor, “Así, se entiende que el retorno inmediato del/la menor al lugar de su residencia habitual tras una sustracción responde al interés superior del menor en general”²⁷ es decir, implícitamente se puede deducir cuando se habla de la restitución del menor sustraído al lugar de residencia habitual, es lo que más le conviene.

Por otro lado, conviene saber que lo más coherente y beneficioso para esta situación de sustracción de menores, sería, en su caso, la unificación de jurisprudencia y de normativa internacional, ya que la jurisprudencia es de los mecanismos más adecuados para solucionar estos casos, porque se puede observar el interés del menor adecuado a cada caso en particular y aunque no se puedan encontrar dos casos de igual similitud, sí podrán ser parecidos.

Hay que saber diferenciar el concepto restitución frente al concepto de retorno, ya que *el retorno presupone, en ciertas ocasiones, la restitución ulterior, al progenitor solicitante, del propio menor, pero también puede consistir, en ciertas otras, en el exclusivo traslado del menor, a cargo del sustractor, y sin entrega al solicitante, por ser titulares ambos progenitores, de un régimen de custodia compartida, y residir el menor, de modo habitual, precisamente, con aquél progenitor sustractor. En este último caso, el retorno conlleva, en puridad, el traslado pero no la restitución*”²⁸. Es decir, pueden ser todos actos totalmente distintos, pero tramitarse por un procedimiento por separado. En ambos casos, como se ha afirmado anteriormente, el juez resolverá conforme al interés del menor, no de los progenitores custodios.

²⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, I.: “La determinación del lugar de residencia del menor como conflicto en el ejercicio conjunto de la patria potestad por progenitores no convivientes”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.9, 2013, versión *on line*.

²⁷ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2018, versión *on line*.

²⁸ CALAZA LÓPEZ, S.: “El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores”, *Diario La Ley*, núm. 8564, versión *on line*.

No siempre es efectivo el retorno del menor, ya que predominan algunas excepciones entre las que destacan:²⁹

1. La denegación una vez que ha pasado un año: es importante destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de marzo de 2017,³⁰ en la cual no se aprecia la integración del menor porque directamente se busca la restitución inmediata del mismo.

2. Cuando no se ejerce el derecho de custodia: en efectivo, si un progenitor no ejerce este derecho, no tiene la potestad de reivindicar un traslado como ilícito, pues no sería necesario su consentimiento al no tener la custodia.

3. Cuando hay consentimiento de uno de los progenitores: cabe destacar el alcance temporal de este en ciertos casos, *“Es habitual que se produzcan supuestos en los que en principio uno de los progenitores consiente el traslado del menor al segundo Estado con el otro progenitor, pero este consentimiento se otorga con un alcance temporal limitado por lo que posteriormente se denuncia la ilicitud del traslado o retención del menor. Si esto último es así supone que el traslado o retención que, en principio, es lícito se vuelve ilícito³¹”* es el típico caso de las vacaciones de verano (ejemplo de hijo de ambos con nacionalidad y residente en Estados Unidos y la madre se va con el menor a España a pasar las vacaciones con el consentimiento del padre, pero una vez allí decide quedarse de manera unilateral).

4. Cuando de la restitución puede derivar un riesgo innecesario para el menor objeto de traslado: en este supuesto de hecho es conveniente dar una pequeña noción de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 22 de diciembre de 2015³², en resumen, se produce un traslado ilícito por parte de la madre hacia España, alegando

²⁹ Vid. LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 92-97.

³⁰ SAP de 15 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APO:2017:863).

³¹ HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el auto de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm.2, 2019, pp. 641-651.

³² SAP de 22 de diciembre de 2015 (ECLI: ES: APLU: 2015:927).

conductas violentas del padre para la niña, las cuales pueden ocasionar un riesgo a la menor si es trasladada con su padre. Esas conductas agresivas por parte del padre constan en expedientes psicológicos y denuncias, por lo que los tribunales fallan a favor de la no restitución de dicha menor.

5. Imposibilidad de la restitución del menor: por circunstancias como puede ser la cosa juzgada.

En definitiva, cuando nos referimos a la sustracción internacional de menores, no podemos hablar simplemente de marcos teóricos y ver qué soluciones aplicamos con los diversos convenios, sino que tenemos que basarnos fundamentalmente en un estudio práctico y valorar soluciones relativas la práctica de los mismos, orientándonos en la jurisprudencia y la doctrina, tanto nacional, como internacional.

4. El grave riesgo del menor y su relación con el COVID-19.

En primer lugar y antes de determinar la posibilidad de relacionarlo con la pandemia que se inició en marzo de 2020, debemos dar unas pinceladas acerca de la importancia del grave riesgo del menor en materia de sustracción internacional de menores. Punto clave es el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 que será objeto de ulterior análisis, pues reza así: *“No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que:*

b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”³³,

No hay lugar a duda que el principal objetivo del que trataremos en este trabajo de investigación será la restitución. Ahora bien, se podrá denegar si en el momento en el que se ordena su traslado, el menor puede verse inmiscuido en un peligro innecesario, tanto físico como psíquico, lo cual puede dar lugar a un posible conflicto de intereses entre el interés del menor para su restitución a su lugar de residencia habitual y entre el

³³ Artículo 13 apartado B del Convenio de La Haya de 1980.

grave riesgo que ha de suponer, por lo que los tribunales deberán ponderar la situación y elegir la opción que menos perjudique al menor objeto de sustracción debido a su mayor vulnerabilidad. El grave riesgo no debe de ser un mero peligro, pues, al contrario, se necesita un peligro efectivo, siempre siendo objeto de prueba si se quiere alegar bien por el padre o por el sujeto que tenga interés directo en el proceso. Situaciones de grave riesgo puede ser, entre muchas otras, maltrato psíquico o físico al menor, pues no es cuestión de discernir entre si el menor va a encontrarse mejor con un progenitor que con otro conforme a la custodia decidida.³⁴

La competencia de todo este proceso de alegación del grave riesgo, es decir, quien lo decide, serán los tribunales del estado donde su menor tenía su residencia habitual antes de ser sustraído ilícitamente.

Resulta de vital importancia para la apreciación del grave riesgo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de mayo de 2004³⁵, mediante la cual se ordena la no restitución de un menor a causa de que se le puede provocar un perjuicio psicológico ya que tiene ocho años de edad y ha vivido con la madre y sus hermanos desde los cinco años, por lo que con el padre no tiene una relación tan efectiva y dicha restitución supondría un riesgo innecesario.

Después de tener en cuenta unas breves pinceladas acerca del significado de “grave riesgo” se pondrá en contexto con la pandemia “COVID-19” originada en marzo del presente año 2020, partiendo desde la perspectiva del Convenio de La Haya de 1980. Pues bien, como ya se ha mencionado en el concepto, cuando uno de los progenitores efectúa ese traslado ilícito, su intencionalidad es quedarse en ese otro estado y no retornar (hablamos de traslado ilícito, entre otras cosas, por no ser consensuado por ambos progenitores). El Convenio de La Haya expresa como solución a la sustracción, su deseo de retorno del menor hacia el lugar de su residencia habitual, sin embargo, esta regla queda “destruida” cuando se aprecia ese artículo 13 que se exponía en párrafos anteriores, es decir, el grave riesgo. En lo relativo a la pandemia existente y su relación con la sustracción internacional de menores, ¿es grave riesgo el COVID-19? *“Es evidente que la situación actual provocada por el COVID-19 podría tener una grave incidencia sobre el bienestar del menor desde el punto de vista del*

³⁴ Vid. LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 97.

³⁵ SAP de 12 de mayo de 2004 (ECLI:ES:APB:2004:216A).

transcurso del tiempo...el cierre de fronteras y la paralización de los sistemas judiciales en la gran mayoría de Estados, sin duda, va a suponer un gran obstáculo para la resolución de este tipo de procedimientos”³⁶ Imaginemos que un menor es trasladado ilícitamente antes del cierre de fronteras, en ese caso la restitución será mucho más difícil una vez que éstas se encuentren cerradas.

Para valorar el grave riesgo del menor conforme al COVID-19, se analizó un caso tratado por Inglaterra, concretamente, la *High Court of Justice* resolvió un caso en el cual la progenitora trasladó ilícitamente a su hija menor de edad desde España, que era donde la menor tenía su residencia habitual, a Inglaterra, sin que en ningún momento hubiera ningún tipo de consenso con el padre, pues este intentó por todos los medios el retorno de la niña. Hasta aquí todo parece un caso más de todos los que se dan en el día a día de sustracción internacional de menores, no obstante, el juez entró a valorar si el COVID-19 supondría una excepción al retorno de la niña hacia el país de su residencia habitual a causa de que en España dada la situación tan vulnerable que estamos viviendo, supondría un grave riesgo para la menor. El tribunal se pronuncia al respecto, afirmando que no hay un grave riesgo para la menor para que se pueda contemplar la excepción citada en el artículo 13 B, es decir, si lo hay, estaría tanto en España como en Inglaterra ya que, aunque en España en un principio se propagó con más facilidad, es una pandemia que se está propagando por todo el mundo, llegando también a darse más casos en Inglaterra.

Aunque en dicha situación social en la que estamos viviendo esté autorizado viajar de un lado hacia otro para casos de esta magnitud, si lo que se pretende es alegar el grave riesgo por el posible contagio, viajar continuamente (para no vulnerar los derechos de visita y custodia) supondría todo lo contrario, exponerse al virus de una forma directa. Situación diferente sería si la problemática del traslado ilícito hubiera sido entre España frente a otro país en el que no se hubiera propagado tanto el virus.

Debemos tener en cuenta que esta sentencia fue dictada en los comienzos del COVID-19, por lo que en el mes de marzo justo al comienzo de todo esto no había tantas restricciones ni las fronteras se encontraban cerradas. Por lo tanto, en el momento en el que el juez conoció de la sentencia, el tribunal decidió fallar a favor del retorno de

³⁶ Covid-19 y grave riesgo de retorno del menor en casos de sustracción internacional de menores (fecha de consulta: 26/06/2020) <https://idibe.org/tribuna/covid-19-grave-riesgo-retorno-del-menor-casos-sustraccion-internacional-menores/>

la niña hacia el país de su residencia habitual, España. Seguramente, si se hubiera conocido dicho proceso en Junio-Julio de 2020, la menor hubiera permanecido en Inglaterra hasta que se estabilizara un poco esta situación. Naturalmente, es algo que nunca se ha vivido y también los tribunales necesitan tiempo para adoptar una decisión fundada, pero lamentablemente el enigma este trabajo de investigación, es decir, la sustracción de internacional de menores, es la eficacia y rapidez del espacio temporal³⁷. En suma, si ya es una situación de gran complicación y vulnerabilidad, si se suma la pandemia es una cuestión difícil de resolver, ya que nos encontramos en unos meses en los cuales todo se encuentra paralizado y nos encontramos ciertas limitaciones a la hora incluso de contactar con ciertos organismos para la resolución de los casos que se presentan.

Así lo expone también el Instituto de Derecho Iberoamericano, al preguntarse cuestiones como, ¿cuándo se iniciará el procedimiento? Es una respuesta complicada, ya que en los meses de marzo-abril fundamentalmente, todo se encontraba paralizado y era una situación de gran dificultad buscar una solución rápida para el menor y que su interés no se viera afectado de ninguna manera. Lo ideal, tal y como se expresa, sería un acuerdo interparental, es decir: *“ante esta potencial situación, sin duda la mejor solución sería alcanzar un acuerdo entre los progenitores de forma que se pueda extender el periodo de visita hasta que la situación en los dos Estados implicados mejore y permita un retorno seguro del menor”*³⁸

III. LOS INSTRUMENTOS LEGALES CONTRA EL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES.

1. El Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980

³⁷ ¿Puede el COVID-19 tener efectos en materia de sustracción internacional de menores? (fecha de consulta: 08-06-2020).

<https://www.diariojuridico.com/puede-el-covid-19-tener-efectos-en-materia-de-sustraccion-internacional-de-menores/>

³⁸ Covid-19 y grave riesgo del retorno del menor en casos de sustracción internacional de menores (fecha de consulta: 22-06-2020)

<https://idibe.org/tribuna/covid-19-grave-riesgo-retorno-del-menor-casos-sustraccion-internacional-menores/>

Para adentrarnos en este convenio, primeramente deberemos analizar unas nociones básicas. En primer lugar, destacar que parte del procedimiento del *exequátur*³⁹. Tal y como se explica, “mediante el traslado del menor a otro país, se ha infringido una sentencia que atribuye la custodia o el derecho de visita a ciertas personas, tales pueden instar el *exequátur* en el país donde se encuentra ahora el menor”⁴⁰. Si bien este tipo de procedimiento sólo se podrá aplicar siempre y cuando el menor se encuentre en el territorio español.

Cuando se habla del procedimiento aplicado, conocido como *exequátur*, no implica que siempre se vaya a utilizar ya que caben unas causas de denegación establecidas en este Convenio de Luxemburgo y que, si se dan, no se podrá aplicar. Son las siguientes:⁴¹

A) Restitución inmediata del menor: con esta medida, nos referimos a que inmediatamente se procede a la restitución del menor sin el procedimiento nombrado anteriormente. Una vez que se puede localizar al menor, se restituye a su lugar de residencia habitual. Además, desglosando los artículos, si se observa el artículo 8 del presente Convenio de Luxemburgo se verán dos claros casos en los que no se podrá hacer mención al *exequátur*:⁴²

-En el caso en el cual padres e hijo tienen la residencia habitual en el mismo estado y se solicita el retorno en un plazo máximo de seis meses siguientes al secuestro.

-El caso más habitual, cuando un progenitor ostenta el derecho de custodia y el otro el derecho de visita y aprovechando ésta ocasión sustrae al menor a otro estado, teniendo también que presentarse en seis meses a la autoridad central.

No se puede dejar sin mencionar el gran peso que ostenta la Autoridad Central, cuya labor será, entre otras, lograr un reconocimiento oportuno de la resolución, localizar al menor sustraído y devolverlo a su lugar desde donde fue trasladado de manera ilegal. Concretamente, en España, se habla de la Dirección General de

³⁹ Procedimiento consistente en verificar si una sentencia extranjera es apta para poder ejecutarla en otro país diferente.

⁴⁰ LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Sustracción internacional de menores, estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 28-29.

⁴¹ CALVO CARAVACA, A.L / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2017, pp .600-601.

⁴² *Vid. Artículo 8 del Convenio de Luxemburgo de 1980.*

Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, aunque, no solo se puede hablar de ese órgano, ya que destacan con la siguiente prelación los siguientes:

1. Juzgados de primera instancia de la persona afectada por la resolución extranjera.
2. De modo subsidiario, lugar en el que esa resolución produzca los efectos.
3. Por último, juzgados de primera instancia ante el que se interponga el exequátur⁴³

B) Exequátur simplificado: hace referencia a la segunda medida y se encuentra regulado en el artículo 9 del presente convenio. Tiene lugar cuando no se dan las circunstancias anteriormente mencionadas, pero la solicitud del menor para el retorno se ha presentado dentro de los seis meses siguientes. Además de lo anterior y sumado a la problemática de la que hablábamos en los anteriores apartados, podemos deducir que el exequátur si se dan determinadas circunstancias (en concreto, tres) se podrá ver denegado, estas son:

-Según el artículo 9.1 apartado A, el exequátur se podrá ver rechazado por una infracción de los derechos de defensa al no ser notificado un documento mediante el cual se inicia el procedimiento.

-Según el artículo 9.1 apartado B, también se podrá ver denegado por una falta de competencia de quien dictó la resolución.

-Según el artículo 9.1 apartado C, por último se podrá rechazar el exequátur porque haya una resolución judicial en el estado de destino del menor que no sea compatible con la decisión extranjera.⁴⁴

C) Exequátur reforzado: cuando hablamos de este tipo de exequátur, nos referimos al momento en el cuál esa solicitud se ha presentado una vez pasados esos seis meses desde que se produjo el traslado ilícito, puede verse denegadas por muchas más causas que el exequátur simplificado. Algunas de ellas o de gran importancia son, entre otras:

⁴³ BOE núm. 182, 31-VII-2015.

⁴⁴ Art. 9 del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980.

-Que la resolución extranjera no sea compatible con los principios fundamentales del derecho.

- Falta de concordancia con los efectos de la resolución de origen debido a un cambio de circunstancias.⁴⁵

Por tanto, se concluye llegando a la afirmación de que este Convenio sólo se podrá aplicar si concurren los requisitos adecuados:

1. *“El sujeto trasladado de un país a otro debe de ser un menor”*⁴⁶
2. *“El traslado debe de ser ilícito”*⁴⁷
3. *“El menor debe haber sido trasladado desde un estado parte hacia otro estado, ambos firmantes del presente convenio.”*⁴⁸

Por todo ello, el problema en el cual reside la falta de aplicación del presente convenio es el exequátur ya que es un procedimiento que lleva un tiempo considerablemente amplio y en situaciones tan vulnerables en las que pueden verse inmiscuidos los menores, son más sencillos otros requisitos como la acción de restitución directa del menor, que se explicará en el Convenio de La Haya de 1980. Se pierde demasiado tiempo en el procedimiento del exequátur y muchas veces estas personas menores de edad pueden encontrarse en peligro.

Para entender mejor el concepto de traslado ilícito, sirve de ayuda apoyarse en la diversa jurisprudencia que ofrece entre otros órganos, la audiencia provincial en este caso de Tarragona. Lo define como *“traslado de un menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a su custodia dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho estado”, “el hecho de que un menor no regrese a través de una frontera internacional, al finalizar el periodo de ejercicio de un derecho de visita relativo a dicho menor”* y *“el traslado que se declare ilícito con posterioridad a su realización, en una resolución ulterior relativa a la custodia de dicho menor”*⁴⁹. Con esto, nos hace referencia frecuentemente al término “internacional” ya que se debe producir desde un estado hacia otro distinto. Como se

⁴⁵ Art. 10 Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980.

⁴⁶ Artículo 1 apartado A del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980.

⁴⁷ Art. 1 Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980.

⁴⁸ Art. 12 Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980.

⁴⁹ SAP de 28 de noviembre de 2003 (ECLI:ES:APT:2003;437A).

observa en la definición de la sentencia extraída, un progenitor aprovecha su derecho de visita para quedarse con el menor y trasladarlo hacia otro estado distinto del que tenía su residencia habitual.

2. El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980.

2.1. Principales normas para su aplicación.

Antes de comenzar el desarrollo de este Convenio, se ha de saber previamente que las materias objeto de regulación son la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución. Dicho convenio no regula situaciones concernientes a la competencia judicial internacional, tampoco se basa en cuestionar a fondo los derechos de visita ni de custodia, sino que prima la acción de restitución directa, pues *“primero se retorna al menor y luego, en su caso, se discute sobre quién ostenta legítimamente los derechos de guarda y visita y dónde y cómo pueden ejercerse tales derechos”*⁵⁰. Además, no presenta dudas en lo relativo al ámbito de protección que ofrece, *“nació y se ha proyectado con un fin unívoco e inequívoco que es proteger, íntegra e internacionalmente, al menor o menores sustraídos internacionalmente por parte de uno de sus progenitores, poniendo el acento en su derecho humano a no ser ni trasladado ni retenido de manera ilícita, es decir, sin interrumpir abruptamente su rutina y velando por su mejor interés desde su residencia habitual”*⁵¹

Pues bien, esta norma tiene una gran distinción respecto del Convenio de Luxemburgo, como ya afirmamos antes, prima la restitución o acción directa del menor. Se desglosará en tres normas o elementos básicos para poder entenderlo mejor⁵²:

1. La importancia de las Autoridades Centrales: considerando que cada estado, podrá designar las suya a causa de que cobran un papel esencial a la hora de localizar a los menores para proceder a su restitución. En España este papel lo asume el Ministerio de Justicia. Cobra importancia la temática de la

⁵⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva, *Derecho privado y Constitución*, núm. 16, 2002, pp. 41-61.

⁵¹ GONZÁLEZ MARTÍN, N.: “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en la revisión 903/2014 y los Estados Unidos de América (Lozano V. Montoya Álvarez), *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm 29, 2015, versión *on line*.

⁵²*Vid.* LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Sustracción internacional de menores, estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 41-42.

mediación, pues se afirma: “Así, el artículo 7, párr. 2º, letra c) CH 1980 recoge, entre las medidas que deben adoptar las Autoridades centrales, la de asegurar el retorno voluntario del menor o ayudar a las partes a alcanzar un arreglo amistoso. En sintonía, el artículo 10 establece la obligación de la Autoridad central de proceder a la adopción de medidas para lograr la restitución voluntaria del menor una vez efectuada la solicitud de retorno y comprobado que el menor se halla en el territorio del Estado requerido”⁵³

2. La solicitud de repatriación del menor: con esto se incide a toda la situación y lo que fundamenta todo este procedimiento; las partes, el motivo por el cual se ordena la restitución, etc.

3. Acción directa de restitución del menor: cabe recalcar que, esta es la más destacable del presente Convenio de la Haya ya que se va a dejar de lado todos los procedimientos y lo único que se pretende es que el menor sea restituido al estado de residencia habitual, siendo indiferente la custodia o los derechos de visita, ya que lo más importante es el interés del menor. Lo fundamental es el tiempo, “*el factor tiempo es esencial en estas situaciones. Se persigue, ante todo, minimizar los efectos negativos sobre el menor y evitar su integración en un nuevo medio, pero también impedir que el sustractor obtenga ventaja del paso del tiempo desde un punto de vista jurídico como consecuencia de lo anterior*”⁵⁴

Conviene recalcar que, si se valoran los requisitos subjetivos, únicamente será de aplicación para los menores de dieciséis años y que sean firmantes de este convenio de La Haya y así lo establece al afirmar el artículo 4 del presente convenio que “*se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o visita. El convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años*”⁵⁵ Deberán ser por lo tanto firmantes de La Haya, por lo que en el momento en el que uno de los estados al que se traslade/sea trasladado es un tercer estado ajeno al Convenio, este texto legal será

⁵³CARRILLO LERMA, C.: “Mediación familiar internacional y sustracción de menores”, *Revista Castellano-Manchega de ciencias sociales*, núm 19, 2015, pp. 185-196.

⁵⁴ AZCÁRRAGA MONZONIS, C/QUINZÁ REDONDO, P.: “Sustracción internacional de menores y Convenio de La Haya de 1980. “Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial De Las Palmas (Sección 3ª) núm 377/2017 de 29 de junio, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm.2, 2018, pp.795-801

⁵⁵ Artículo 4 Convenio de La Haya de 1980.

inaplicable, “en el momento de escribir estas líneas los países vinculados por el mismo ascienden a noventa y nueve, incluyendo Suiza y España”⁵⁶

El dato de la edad es destacable, ya que a partir de ahora cuando hablemos de sujetos menores, aunque la franja de 16-18 años lo sea para el estado español, en el ámbito internacional del presente convenio no serán objeto de aplicación.

Sin dejar de lado la edad, pueden ocasionarse ciertas dificultades conforme a las mujeres embarazadas que se desplazan hacia otro país, pues de la definición extraída anteriormente del artículo 4, se deduce que no se consideraría un traslado ilícito, a causa de que se exige ser “menor” y un concebido no se considera menor hasta que no se produce el hecho condicionante del nacimiento. Así lo afirma también una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de junio de 2017, donde una pareja en la que él es italiano y ella de Grecia, acuerdan tener el niño en Grecia y que cuando nazca al niño, se trasladen a Italia. La madre no está de acuerdo en volver a Italia y los tribunales estiman que, como el menor ha nacido en Grecia y ha desarrollado toda su vida allí con su residencia habitual, no se trata de un caso de sustracción internacional de menores ya que el niño no tiene nada que ver con Italia.⁵⁷ En definitiva, la pieza clave de este Convenio es la acción de restitución directa del menor de la que se hablará en el siguiente apartado.

Ahora bien, en relación con el dato de la edad del menor no se pueden dejar sin analizar ciertas cuestiones más específicas como son, por ejemplo, que es lo que sucede cuando el sujeto que es trasladado ilícitamente es un bebé o incluso una mujer embarazada que va a dar a luz en fechas cercanas⁵⁸.

a) Respecto a la primera situación, es algo bastante complicado discernir la residencia habitual de un bebé, debido a su corta edad suelen vivir con sus progenitores. Para saber cuál será su residencia habitual, debemos acudir al Convenio de La Haya de 1980, el cual, como se ha afirmado es aquel donde “*el menor tiene su centro social*”⁵⁹ por lo

⁵⁶ AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: “Sustracción internacional de menores. Asunto vinculado con Suiza y España. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 52/2018 de 17 de abril, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm 1, 2019, pp. 671-177

⁵⁷ STJUE de 8 de junio de 2017, asunto C-111/17, *OL vs PQ* (ECLI: EU: 2017:436).

⁵⁸ Vid. LORENTE MARTÍNEZ, I. *Sustracción internacional de menores, estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 58.

⁵⁹ Convenio de La Haya de 1980.

que da igual que el bebé tenga dos meses a que tenga un año, los padres no pueden decidir en ningún momento porque el concepto de residencia habitual viene definido por una norma de carácter internacional como lo es este convenio.

b) Respecto de la segunda situación, la persona que es trasladada ilícitamente es la mujer, por lo que el nacimiento del niño se produce en el país objeto de traslado ilícito. Se aplicaría también por lo tanto el convenio de La Haya de 1980, por lo que la solución será también la acción de restitución directa.

Conviene subrayar que el concepto de residencia habitual no es algo que cambie de forma constante ni que se pueda modificar con facilidad, al contrario, *“si con carácter previo a plantearse la eventualidad de un traslado, la ruptura de la relación de los padres se había formalizado y existe una decisión judicial respecto a la guarda y custodia que recoja, o bien el Convenio regulador acordado por los padres o bien la decisión que respecto a la guarda y custodia haya adoptado la autoridad competente, de ordinario el titular de la guarda exclusiva del menor no podrá modificar unilateralmente la residencia habitual del niño y trasladarlo al extranjero”*⁶⁰

2.2 La acción de restitución directa del menor.

Es de los mecanismos más eficaces con los que cuenta el Convenio de La Haya de 1980, la presente acción se podrá emplear en dos supuestos:

1. *“Cuando un progenitor tiene otorgada la custodia y ésta se ve vulnerada porque el otro progenitor que tiene otorgado el derecho de visita aprovecha para sustraer el menor y trasladarlo a otro país”.*
2. *“Cuando ambos progenitores ejercen conjuntamente la custodia del menor y uno de ellos lo traslada a otro país, privando así al otro progenitor del ejercicio del derecho de custodia”.*⁶¹

Con esto nos referimos a que en el momento en el que el progenitor que ejerce la custodia de un menor en un determinado estado, lo traslada a otro país sin consentimiento del otro progenitor o incumpliendo las indicaciones del juez oportuno,

⁶⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA.: “El traslado ilícito de menores: las denominadas relocation disputes”, *Revista española de derecho internacional*, núm 2, 2010, pp. 51-75.

⁶¹ LORENTE MARTÍNEZ, I. *Sustracción internacional de menores, estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 78.

estaríamos ante un caso de sustracción ilícita de menores. Si ambos progenitores están de acuerdo o han efectuado algún tipo de pacto, no hay ningún tipo de ilícito siempre que se cumpla. Los padres no pueden ser privados (a no ser que concurran causas justificadas) de los respectivos derechos de custodia y visita así mismo, *“durante la elaboración del Convenio de La Haya, la hipótesis que tuvo en cuenta el legislador fue la sustracción del menor por parte del padre que ejerce el derecho de visita”*⁶²

Antes de comenzar a exponer más a fondo la restitución o sus excepciones para el caso en el cual el menor haya sido sustraído, cabe destacar que *“los procesos de mediación en el marco del Convenio de la Haya de 1980 facilitan la celeridad de la resolución y del retorno del menor, permiten abordar procesos penales incoados contra el progenitor sustractor para no frustrar el posible acuerdo de mediación e incluso supuestos de violencia de género y medidas de protección en favor de la víctima. Puede acudir a esta mediación tanto antes de iniciar un proceso judicial para el retorno del menor como durante el desarrollo del proceso judicial o incluso una vez se haya dictado orden de restitución del menor”*⁶³, es decir, el presente Convenio de La Haya ofrece unos mecanismos de mediación en lo relativo al proceso de restitución de un menor sustraído. La restitución del menor debe ir ligada a los conceptos de interés general y de celeridad, pues si el proceso se retrasa mucho no tendría sentido. *“Solo una gestión urgente, sumaria y ágil de los procesos de restitución es acorde al interés superior del menor y permite disuadir futuras sustracciones o retenciones ilícitas, algo que es un objetivo del Convenio de 25 de octubre de 1980”*⁶⁴

Se puede hablar de una regla general y una excepcional. Como regla general, la pieza fundamental del Convenio de La Haya de 1980 es la restitución del menor, tal y como se afirma en su artículo 25 *“el retorno inmediato del menor, normalmente al país de su previa residencia habitual”*⁶⁵. Es decir, en base a su interés y para prevenir los efectos perjudiciales para el menor, lo más coherente es retornar al menor donde tiene su lugar de vida y sus vínculos afectivos.

⁶² CAMPUZANO DÍAZ, B.: “La política legislativa de la UE en DIPr de familia. Una valoración en conjunto, *Revista de derecho transnacional*, núm. 2, 2013, pp.234- 264.

⁶³ VILALTA, A.E.: “La mediación en la sustracción internacional de menores. Conferencia en el marco del Día Europeo de la Mediación”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 24, pp. 96-98.

⁶⁴ FORCADA MIRANDA, F.J.: 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 1), *Revista Bitácora Millennium*, núm. 3, 2016, versión *on line*.

⁶⁵ Artículo 25 Convenio de La Haya de 1980.

Con ello, también se puede defender la excepción o idea contraria de “no restitución” si consideramos que puede ser perjudicial para su interés.

Un ejemplo de restitución es la Sentencia del Juzgado de primera instancia de Granada, de 14 de diciembre de 2016⁶⁶, por la presente sentencia la progenitora lleva a cabo una retención en España de sus hijos sin consentimiento del progenitor infringiendo el derecho de custodia, por lo que se acuerda la restitución de los mismos al lugar de su residencia habitual, Italia.

Por el contrario, en relación a la excepción propiamente dicha, también lo verifican muchas otras sentencias, entre ellas una de Canadá de 1999, cuando un niño de seis meses procedente de Estados Unidos, fue retornado por la madre a Canadá a causa de que el padre era violento y tenía problemas con drogas y alcohol. El tribunal, dio la razón a la madre porque la restitución a Estados Unidos podía ser perjudicial para el menor y provocarle secuelas psicológicas dadas la situación de su progenitor.

Además de la restitución del menor hay que destacar los principales motivos por los que el retorno del menor puede verse denegado, teniendo en consideración entre otros el factor del tiempo (menos de un año, más de un año desde la sustracción...) y para computarlo se contará a partir del momento en el que el derecho de custodia se ve vulnerado. En primer lugar, la causa concreta del factor tiempo depende de dos situaciones:⁶⁷

1. Que haya pasado menos de un año desde el traslado: en este caso se deberá autorizar la restitución del menor sin más distinciones ni objeciones.

2. Que haya pasado más de un año desde el traslado: también se acordará la restitución inmediata del menor, pero aquí, si alguien se opone, cabrá la opción de alegar unas causas de denegación, como puede ser la integración suficiente del menor en el lugar en el cual se le retuvo de forma ilícita (Ejemplo, imagínese que al menor se le trasladó cuando él tenía dos años y ahora tiene quince y sigue en ese estado, si se ordena la restitución inmediata después de tanto tiempo, su interés se le podría ver perjudicado). Por lo tanto, el Convenio de La Haya de 1980 juega un

⁶⁶ SJPI de 14 de diciembre de 2016 (ECLI: ES: JPI: 2016:723).

⁶⁷ Vid. LORENTE MARTÍNEZ, I. *Sustracción internacional de menores, estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 95.

papel esencial el factor del tiempo, debiéndose encontrar ese año entre la sustracción y la presentación de la demanda ante las autoridades y así lo afirma en su artículo 12 y es ratificado por la autora Caamiña Domínguez, “*para denegar la restitución del menor con base en su integración en el nuevo medio, es preciso que haya transcurrido un periodo de tiempo superior a un año entre la sustracción y el momento en el que se presenta la solicitud del retorno del menor*”⁶⁸

De la misma manera, todo esto para su correcta aplicación debe ser probado ya que el objetivo primordial del Convenio de la Haya es la restitución del menor a su lugar de residencia habitual.

Además de esta causa concreta, hay otras causas cerradas mediante las cuáles, si se dan, no se podrá acordar el retorno del menor⁶⁹:

1. Cuando el traslado del menor es consentido por ambos progenitores o uno de ellos no ejercía de manera correcta el derecho de custodia: si los dos estaban de acuerdo, no se va a poder calificar un traslado como ilícito. Un ejemplo de ello se puede observar en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 10 de marzo de 2009⁷⁰, donde la madre no acredita que el progenitor consintió el traslado de Italia a España, pero se sabe que ayudó a las menores incluso a hacer la maleta para el traslado. Sin embargo, una vez producido el traslado el progenitor lo denuncia por temas relativos a disputas en el divorcio.

2. En el momento en el que el menor se oponga a ese retorno: ya que, considerada una edad y madurez, el tribunal tiene la obligación de escucharlo (aunque no de hacerle caso). Naturalmente, esta oposición del menor en ningún caso podrá efectuarse mediante ningún tipo de coacción por parte de los progenitores. Igualmente, el juez podrá valerse de psicólogos para ayudarle a su decisión. A título ejemplificativo se puede encontrar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, del 13 de octubre del año 2000⁷¹, en el cuál la madre de la menor ostenta la custodia de la niña residentes

⁶⁸ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: “el interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 2, 2016, pp. 77-91.

⁶⁹ Vid. LORENTE MARTÍNEZ, I. *Sustracción internacional de menores, estudio jurisprudencial, práctico y crítico* Dykinson, Madrid, 2019, pp. 100-112.

⁷⁰ SAP de 10 de marzo de 2009 (ECLI:ES:APGC:2009:532A).

⁷¹ SAP de 13 de octubre de 2000 (ECLI:ES:APCS:2000:530A).

ambas en Alemania, y cuando la menor se encuentra en un momento determinado en la localidad del padre (Castellón) ella misma decide por voluntad propia quedarse con su progenitor, siendo además verificado por los respectivos peritos expertos en psicología que la madre le agredía de forma física y que además ya llevaba varios años viviendo con su padre. Por lo que finalmente, no hubo restitución de la menor.

3. Cuando la restitución del menor vulnera los principios fundamentales del estado en el cuál se requiere⁷².

4. Si la restitución conlleva al posible sufrimiento del menor de unas secuelas psíquicas o físicas⁷³; recordemos que lo que va a primar será el interés del menor. Así se establece “*El convenio acoge también una regla excepcional, una regla que como excepción da la posibilidad de que el menor no retorne al país de su residencia habitual anterior a su secuestro. Esa regla se basa siempre en que ese retorno podría perjudicar el interés de ese menor*”⁷⁴ un ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 23 de abril de 2003⁷⁵ en la cual se desestima una demanda de restitución de unas menores contra la madre interpuesta por su progenitor a causa de que este último es acusado por malos tratos, llegando incluso a abandonar en años anteriores a las menores. Por todo ello, el tribunal, a pesar de la conducta (en un principio ilícita) de la madre, decide que la progenitora siga con la custodia y ordena la no restitución, pues en caso contrario puede suponer para las menores un grave riesgo. Conviene afirmar que “*estas excepciones legales a la restitución del menor no operan de forma automática, sino que la autoridad judicial o administrativa debe –caso por caso– ponderar todas las concretas circunstancias*”⁷⁶

No obstante, hay que tener en cuenta que cuando se habla acerca de la restitución del menor, una gran preocupación reside en lo relativo a los terceros estados, ya que todos estos mecanismos y soluciones sólo tienen aplicación cuando los países son firmantes de los presentes Reglamentos y Convenios que son objeto de análisis, al expresar “*Sin embargo, se han dejado escapar ciertas oportunidades como son la*

⁷² Artículo 20 del Convenio de La Haya de 1980.

⁷³ Artículo 13 apartado B del Convenio de La Haya de 1980.

⁷⁴ LORENTE MARTÍNEZ, I. “La integración europea en el Derecho de Familia. Sustracción internacional de Menores: el caso Juana Rivas” *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 7, 2019, pp. 159-206.

⁷⁵ SAP de 23 de abril de 2003 (ECLI:ES:APIB:2003:130A).

⁷⁶ CASTELLÓ PASTOR, J.J.: “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm.1, 2018, pp. 561-567.

posibilidad de ampliar el ámbito del proceso a terceros Estados o, al menos, de establecer una regulación procesal ad hoc para este tipo de supuestos (los cuales permanecen en lo que la propia autora califica como «limbo jurídico»); la aprobación de disposiciones en materia de entrega o la adopción de medidas preventivas con carácter previo a la sustracción, entre otras”⁷⁷

En suma, para poder encontrar tanto las diferencias como las similitudes entre el Convenio de La Haya de 1980 y Convenio de Luxemburgo de 1980, se nos ofrece unas breves soluciones, pues bien, afirma que *“El Convenio de La Haya sobre sustracción y el Convenio de Luxemburgo presentan diversos aspectos comunes y una relevante diferencia. Comparten la protección de menores de 16 años, el establecimiento de sistemas rápidos de restitución de menores trasladados ilícitamente y la creación de un sistema de cooperación de autoridades en los países signatarios (se trata de convenios inter partes) encargados de gestionar ágilmente la crisis familiar. Pero al mismo tiempo la diferencia principal recae en que el Convenio de La Haya no exige que exista una resolución previa que determine el régimen de custodia⁷⁸”,* es decir, ambos están de acuerdo en que la edad del menor se fija en un límite máximo de los dieciséis años y la rápida restitución, pero con la diferencia de que en el Convenio de La Haya no se habla de forma explícita de una solución acerca del derecho de custodia.

3. El Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003.

3.1. Observaciones preliminares.

Antes de empezar a desarrollar el citado reglamento, me gustaría dar unas breves pinceladas acerca del sujeto pasivo al que se aplica este reglamento. Pues bien, nos encontramos con la cuestión de un pequeño vacío legal y para dar solución a ello sería de aplicación la circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, *“Aunque el Reglamento no establece una edad tope en el menor sujeto pasivo de la sustracción, parece lo más razonable partir*

⁷⁷https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427700465?blobheader=application%2Fpdf&blobheadname1=Content-Disposition&blobheadname2=EstudioDoctrinal&blobheadvalue1=attachment%3B+filename%3D1511_RECENSION.pdf&blobheadvalue2=1288792093594

⁷⁸ AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Revista Boliviana de derecho*, núm. 20, 2015, pp. 192-213.

*de que existe una remisión tácita al CH80, por lo que no deberá aplicarse más allá de los dieciséis años*⁷⁹.

El presente reglamento viene a explicar el supuesto en el cual el menor es trasladado desde un estado miembro a otro estado miembro, siempre que haya sido firmante del mismo. Así, un concepto más específico se establece en su artículo 2.11, considerando el traslado ilícito cuando:

a) *“Se haya producido una infracción de un derecho de custodia adquirido por una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y*

b) *Este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor*”⁸⁰.

La importancia del apartado cuatro es fundamental, pues está relacionado con el artículo 13 B del Convenio de La Haya de 1980, *“El artículo 11.4 del R. 2201/2003 determina: “Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución” ...Ahora bien, el tratamiento del artículo 11.4 del R. 2201/2003 ha de hacerse correctamente. Su fin es tratar de reducir las órdenes de no restitución en base al artículo 13 (b) del CLH de 1980, pero si no se aplica dicho precepto ello no quiere decir que sirva como argumento para acudir de forma mecánica a la aplicación de la excepción al retorno del menor*”⁸¹ es decir, el no aplicar

⁷⁹ Circular 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

⁸⁰ Artículo 2.11 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

⁸¹ BALLESTEROS HERRANZ, M.: “Los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 44,2012, versión *on line*.

el precepto no es condición para aplicar directamente el no retorno del menor alegando el artículo 13 B del Convenio de La Haya de 1980.

Cabe destacar, para observar la relación derecho de custodia-derecho de visita, que para dicho reglamento, el derecho de visita es definido como “*el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual por un periodo de tiempo ilimitado*”⁸².

3.2. Mecanismos de lucha contra el “legal kidnapping”.

Antes de comenzar a desarrollar los mecanismos, debemos recordar lo que significa dicho término, pues es la efectiva sustracción de menores, el supuesto en el cual un progenitor se ve restringido de su derecho de custodia. “*La mayor parte de los casos de secuestro de menores por sus padres, Internacional (Legal kidnapping) se suele producir cuando el sujeto que tiene el derecho de visitas, aprovechando uno de dichos períodos, traslada al menor al extranjero*”⁸³.

Para poder entender mejor el hecho de la sustracción ilícita o legal kidnapping, en el Reglamento Bruselas II Bis serán objeto de análisis los mecanismos para luchar contra este acto.⁸⁴

1. Acción directa de restitución: iniciándose ante las autoridades del estado miembro en el que se encuentre el menor que haya sido objeto de traslado ilícito. Se origina una dificultad en lo relativo al Convenio de La Haya de 1980, ya que se puede considerar que el Reglamento Bruselas II Bis ha decidido “entrometerse” en éste y cambiar sus reglas principales, alterando gran parte del convenio. Por lo tanto, en lo que respecta a un procedimiento sobre sustracción ilícita de menores y su solicitud de retorno hacia el estado miembro que se indica, el reglamento Bruselas primará sobre el convenio de La Haya. Conviene mencionar que “*como ya se ha señalado, tanto el CLH 1980 como el Reglamento núm. 2201/2003 aspiran a favorecer el regreso inmediato del*

⁸² Artículo 2.10 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

⁸³ Secuestro de menores (fecha de consulta: 25/06/2020) <https://www.tuabogadodefensor.com/secuestro-de-menores/>

⁸⁴ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: “El interés superior del menor, la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2016, p. 85.

niño, dejando para un momento posterior, que no se regula como debiera en ninguno de los dos textos, la decisión sobre los derechos de custodia”⁸⁵, Es decir, lo importante es esta acción de restitución directa del menor, una vez que ésta ha sido efectiva, ya se hablará de los derechos de custodia más adelante.

2. Litigación por la custodia y obtención de una orden de restitución en el estado miembro de la precedente residencia habitual del menor sustraído ilícitamente: en este otro caso, las autoridades del estado donde el menor se encuentra transmitirán toda la documentación que sea necesaria a las autoridades del estado miembro en el que el menor tenía su residencia antes de ser trasladado ilícitamente. A este mecanismo se acudirá de forma subsidiaria cuando no se pueda mediante la primera vía.

En el caso en el que se opte por la no restitución, una vez que las autoridades del estado donde se encuentra el menor transmiten la documentación a las autoridades en las que el menor tenía su residencia habitual antes de ser sustraído, la autoridad que tenga la información la tendrá que notificar a las partes para que presenten las debidas reclamaciones, pudiendo derivar la competencia en los tribunales del estado miembro de la residencia habitual del menor.

3. Litigación sobre la custodia del menor ante los tribunales del estado miembro de la anterior residencia habitual del menor: es alternativo a las dos vías interiores. Se acudirá a las autoridades del estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual y así poder obtener su custodia. En este caso se podrá hacer referencia de los foros de competencia judicial internacional, pudiendo ser competente un tribunal de un estado miembro firmante del Bruselas II Bis hasta que el menor tenga una residencia habitual en otro estado.

Cabe destacar al hilo de lo anterior el fallo de una sentencia de la sala tercera del tribunal de justicia de 9 de octubre de 2014⁸⁶, pues la misma expresa: *“El Reglamento n° 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, debe interpretarse en el sentido de que, cuando el traslado del menor ha tenido lugar*

⁸⁵ CALABUIG ESPINOSA, R.: “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias”, *Revista española de Derecho Internacional*, vol. 68, 2016, pp. 347-357.

conforme a una resolución judicial ejecutiva provisionalmente, que fue revocada posteriormente por una resolución judicial que fijaba la residencia del menor en el domicilio del progenitor que permanecía en el Estado miembro de origen, la no restitución del menor a ese Estado miembro con posterioridad a esa segunda resolución es ilícita y el artículo 11 del mismo Reglamento es aplicable si se apreciara que el menor aún tenía su residencia habitual en dicho Estado miembro inmediatamente antes de esa omisión de restitución”⁸⁷. Dicha sentencia, por lo tanto, también expresa el concepto de residencia habitual, el estado en el que residía el menor inmediatamente antes de ser sustraído.

3.3. Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución.

Como se observará con posterioridad, a pesar de que el gran peso de este apartado radique en el artículo 10 del reglamento, son fundamentales las diferentes reglas que ostentan la competencia judicial internacional ⁸⁸y su diferencia con la ley aplicable ⁸⁹ que más adelante veremos, en lo referente a la sustracción internacional de menores. Así pues, en el artículo 8 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre, nos indica en el marco de la competencia general qué órganos son competentes: *“los órganos jurisdiccionales de un estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional”⁹⁰*, es decir, una vez más, está presente el concepto de residencia habitual del menor, todo ello debiendo tener en cuenta también lo afirmado por Ana del Ser López y David Carrizo Aguado en lo relativo a la competencia judicial internacional que *“Constituyendo la residencia habitual una cuestión de hecho, corresponderá a los*

⁸⁷ STJUE de 9 de octubre de 2014, asunto C-376/14 PPU, *C & M* (ECLI:EU:C2014:2268).

⁸⁸ La competencia judicial internacional hace referencia a los tribunales que conocerán del asunto en concreto.

⁸⁹ La ley aplicable consistirá en discernir qué ley se aplicará en cada caso concreto.

⁹⁰ Artículo 8 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

*órganos jurisdiccionales decidir si concurren los requisitos de permanencia estable y habitualidad”*⁹¹ por lo que quienes decidirán finalmente serán los tribunales.

Por otro lado, el objetivo fundamental del que se parte en la competencia internacional de menores –basada en el reglamento Bruselas II Bis anteriormente expuesto- es la restitución del menor hacia el lugar de su residencia habitual antes de que fuera objeto de sustracción y así lo expresa el artículo 10 cuando reza: *“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”*⁹²

“a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien

b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor,

ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i),

iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos,

⁹¹ DEL SER LÓPEZ, A. / CARRIZO AGUADO, D.: “Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de “residencia habitual del menor” y estudio de la competencia residual, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 10, 2019, versión *on line*.

⁹² Artículo 10 del Reglamento 2201/2003 del consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

*iv) Que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor”.*⁹³

Por lo cual, lo que se pretende es que el tribunal del estado principal de origen mantenga la competencia, con las salvedades a las que nos referimos con anterioridad, por lo que deberán ser competentes judicialmente en un principio, los tribunales del estado donde el menor residía de forma habitual, debiendo también atender al artículo 10 del presente reglamento.

En definitiva, queda claro que resulta fundamental el concepto de residencia habitual del menor y, por lo tanto, en lo respectivo a la competencia judicial en los casos de sustracción internacional de menores, se aplicará el Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre. No obstante, si el estado objeto de conflicto no fuera firmante del mismo, tendríamos que acudir al Convenio de La Haya de 1996 y si forma parte del mismo, se podría aplicar este en lo relativo a la competencia judicial interno. En ausencia de todo ello, el artículo 12.4 del reglamento proporciona una solución a modo de prórroga de competencia, pues afirma: *“Cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate”*⁹⁴ es decir, se les considera incluidos dentro de este marco normativo porque les beneficia.

Además, al amparo de la normativa interna (concretamente la LEC, Ley de Enjuiciamiento Civil) se esclarece que *“se permite a cualquier interesado, al margen del proceso que se inicie para pedir la restitución internacional, dirigirse a la*

⁹³ Reglamento 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.

⁹⁴ Artículo 12.4 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre.

autoridad judicial española competente para conocer del fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que declare la ilicitud del traslado”⁹⁵

A título ejemplificativo acerca de la competencia judicial internacional, se puede observar un caso de competencia judicial internacional en la Sentencia 119/2019 de Audiencia Provincial de Valencia⁹⁶, donde es objeto de investigación un caso que ha sido apelado frente a los tribunales de primera instancia. Pues bien, dicho caso versa sobre dos progenitores de los cuales el padre interpuso una demanda de restitución del menor a su lugar de residencia habitual (Australia) contra la madre, ya que había efectuado un traslado ilícito del descendiente de ambos hacia España, aprovechando la ocasión de unas vacaciones y con la debida autorización por parte de las autoridades judiciales para poder viajar, siempre que estuviera de vuelta a Australia el 20 de junio de 2018. Efectivamente, dicha progenitora no acudió constituyendo una casuística de sustracción internacional de menores. Por consiguiente, la madre interpuso otra demanda (que es el presente recurso de apelación) alegando que tenía motivos suficientes para que el niño se quedara en España, así como unas mejores condiciones laborales de la mujer o una debida integración del niño. De todas maneras, esto no puede ser válido como consecuencia de la inmediata restitución de la que hablábamos en el Convenio de La Haya de 1980, además de que según indicaron los tribunales de Australia, al vencer el plazo se había constituido un traslado ilícito.

A su vez, tras un resumen de lo sucedido para ponerse en contexto, en lo concerniente a la competencia judicial internacional que es lo que interesa en este apartado se alega que esa restitución no conlleva el hecho de que dicho tribunal tenga la suficiente competencia para poder resolver sobre el fondo del asunto cuando se habla de un derecho de custodia, por lo que la madre alegaba que la competencia debía de ser ostentada por los tribunales españoles. Todo ello fue objeto de declinatoria, estimándose por el contrario mediante un auto que los tribunales españoles carecían de competencia, pues el menor tenía en Australia todo su centro de integración social y además las anteriores demandas de divorcio de los cónyuges también se habían interpuesto ante esos tribunales. En definitiva, la Audiencia Provincial de Valencia se pronunció desestimando el recurso de la progenitora, otorgando la competencia por lo tanto a los

⁹⁵ MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: “Restitución del menor, declaración de ilicitud del traslado y competencia judicial internacional. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 19 de abril de 2018”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm 1, 2019, pp. 863-869.

⁹⁶ SAP de 19 de febrero de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:271).

tribunales australianos y obligando a la inmediata restitución hacia Australia del menor objeto de sustracción.

También, destaca la Sentencia de la sala tercera del TJUE de 1 de julio de 2010, *Doris Povse vs Mauro Alpagó*⁹⁷ en lo relativo a la competencia judicial internacional, pues nos aclara lo definido en los preceptos anteriores, indicando en lo que respecta al artículo 10 del Reglamento que los tribunales competentes serán los de la residencia habitual del menor y para poder determinarla, será la que tenía inmediatamente antes de ser sustraído ilícitamente, pudiendo variar únicamente si el menor cambia de residencia habitual, cumpliéndose algún requisito de dicho artículo.

Si bien cabe mencionar que *“La reclamación a la que se refiere el artículo 11.7 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, se sustanciará con arreglo al procedimiento previsto en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil para los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores, si bien la competencia judicial para conocer del mismo se determinará con arreglo a lo previsto para el proceso que regula las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional”*⁹⁸.

Por otro lado, en lo relativo al reconocimiento, se subraya con anterioridad que también será de aplicación el presente Reglamento, debiendo destacar que no es necesario el exequátur, se aplicarán directamente tal y como expresa el artículo 21 de dicha norma *“las resoluciones dictadas en un estado miembro serán reconocidas en los demás estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno”*⁹⁹. En la ejecución, prima el artículo 28, donde explica la solicitud de ejecutoriedad,

⁹⁷ STJUE de 1 de julio de 2010, asunto C-211/10 PPU: *“Doris Povse vs Mauro Alpagó”*; (ECLI: EU:C:2010:211).

⁹⁸ *Disposición final vigésima tercera, medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J /CELBRIÁN SALVAT, A. /LORENTE MARTÍNEZ, I. Materiales de derecho internacional privado europeo y español –legislación y jurisprudencia, Kodex, 2020, versión on line.*

⁹⁹ Artículo 21 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

estableciendo que si hay fuerza ejecutiva, se aplicarían sin ningún problema en otro estado¹⁰⁰.

Por último, en lo relativo a la ley aplicable, es objeto de mención artículo 34 del Convenio de La Haya de 1980, expresando dicha norma *“El presente Convenio tendrá prioridad en las cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación sobre el Convenio del 5 de octubre de 1961, relativo a la competencia de las autoridades y a la Ley aplicable en materia de protección de menores, entre los Estados Partes en ambos Convenios. Por lo demás, el presente Convenio no restringirá que se aplique un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni que se invoquen otras normas jurídicas del Estado requerido para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o esté retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita”*¹⁰¹. Es decir, este Convenio podrá tener lugar en lo concerniente a la ley aplicable siempre que el estado en el que ha surgido la problemática, sea contratante del Convenio. De todas formas, podrán integrarse otras normas también si así se considera necesario.

Prosiguiendo con la ley aplicable tampoco se puede dejar sin mencionar el Convenio de La Haya de 1996, diferenciando el ámbito de aplicación personal, pues recordemos que el Convenio de La Haya de 1980 se aplicaba a menores hasta 16 años y éste amplía la edad hasta los 18. El beneficio de dicho Convenio es su eficacia *erga omnes*, pues no importa del estado del que se provenga, se aplicará a todos.

3.4. La supresión del exequátur en el procedimiento de la restitución del menor.

En primer lugar para poder llegar a entender el presente apartado, es preciso saber qué es el exequátur, *“para que una sentencia (o laudo) extranjera tenga plena eficacia en España, es necesario que los tribunales españoles examinen si se cumplen determinados requisitos y, en caso afirmativo, se procede a homologarla o reconocerla”*¹⁰². Es decir, que en el momento en el que se habla de un deseo de

¹⁰⁰ Vid. Artículo 28 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

¹⁰¹ Artículo 34 del Convenio de La Haya de 1980.

¹⁰² El exequátur, Wolters Kluwer (fecha de consulta: 04-06-2020).

supresión de dicho procedimiento judicial, debemos concebir una aplicabilidad directa de una sentencia extranjera, sin que sea necesario que los tribunales españoles la verifiquen u homologuen su contenido para dar su validez.

Para ello, debemos analizar el artículo 11 en su apartado 8 del presente Reglamento Bruselas II Bis 2201/2003 de 27 de noviembre, *“aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”*¹⁰³. De tal manera que cuando se habla de una restitución del menor, se hará con ejecutividad, es decir, sin aplicar dicho procedimiento de homologación por los tribunales españoles, por lo que pasará directamente desde el estado extranjero con aplicación directa. Al final lo que se busca es eficacia y rapidez, porque el factor tiempo juega un papel muy importante cuando nos referimos a personas vulnerables como son los menores y así se afirma también en el Convenio de La Haya de 1980 y en el Reglamento Bruselas II bis, recalcando también que *“en el ámbito de la sustracción internacional de menores, el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento Bruselas II bis, establecen que, en este tipo de procedimientos, las autoridades competentes actuarán con urgencia, con el objetivo de garantizar la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual y asegurar la protección del derecho de visita”*¹⁰⁴

En relación a la supresión del exequátur, en el momento en el que un tribunal en el que el menor tenía su residencia habitual ordena el retorno del menor hacia dicho estado, tendrá sus efectos directamente sin necesidad de procedimiento alguno, ahora bien, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 42.2 del Reglamento que así expresa los mismos: *“El juez de origen que dictó la resolución mencionada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40 emitirá el certificado previsto en el apartado 1 únicamente:*

¹⁰³ Artículo 11.8 del Reglamento 2201/2003 Bruselas II Bis de 27 de noviembre de 2003.

¹⁰⁴ ORTIZ VIDAL, M.D.: “Sustracción internacional de menores y derecho al respeto de la vida privada y familiar: celeridad e interés superior del menor”, PÉREZ DE NANCLARES, J.M (Dir.) / GONZÁLEZ HERRERA, D (Coord.), *El diálogo judicial internacional en los derechos fundamentales*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp.139-149.

a) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez;

b) si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y

c) si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980”¹⁰⁵

Si se dan estos tres requisitos, la ejecutividad será inmediata sin necesidad de ningún procedimiento. Estos tres hay que entenderlos de la siguiente manera: “cabe puntualizar que, con base en el precepto mencionado, no se trata de que una decisión de custodia dictada en el Estado miembro de origen despliegue toda su eficacia en el Estado miembro requerido, sino únicamente de lograr el retorno del menor al Estado miembro de origen”¹⁰⁶ Todo ello es objeto de resolución en la sentencia de la sala tercera del Tribunal de Justicia, de 11 de julio de 2008.¹⁰⁷

En base a dicho artículo 42, debe ser objeto de mención la Sentencia de la sala primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010¹⁰⁸, pues el fallo afirma textualmente: “el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada que ordena la restitución de un menor ilícitamente retenido por considerar que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen del que emana esta resolución ha vulnerado el artículo 42 del 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, interpretado conforme al artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por cuanto la apreciación de la existencia de tal vulneración compete exclusivamente a los órganos

¹⁰⁵ Artículo 42.2 del Reglamento 2201/2003 Bruselas II Bis de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

¹⁰⁶ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso Rinau, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm 2, 2010, pp. 222-235.

¹⁰⁷ STJUE de 11 de julio de 2008, asunto c-195/08 PPU, *Rinau* (ECLI:EU:C:2008:406)

¹⁰⁸ STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga vs Simone Pelz* (ECLI:EU:C:2010:828).

jurisdiccionales *del Estado miembro de origen*” es decir, no se puede oponer por el simple hecho de haber vulnerado dicho precepto.

Por otro lado, tiene un valor bastante significativo el hecho de dar audiencia a las partes para no constituir un ilícito. La audiencia no deja de ser un control por parte del estado de origen, la cual no quiere decir que por el simple hecho de que una persona afectada por el proceso comparezca ya no se vulnera el derecho a la audiencia, pues bien, se necesita que esas partes puedan expresar libremente sus opiniones y que sean escuchadas por parte del tribunal y si se vulnera, podría considerarse tal actuación incluso como un delito tipificado. Sin este derecho o requisito, sería una gran complicación dictar resoluciones válidas.

En lo relativo a la supresión del procedimiento del exequátur, es preciso recurrir a la autora Caamiña Domínguez, pues afirma dos condiciones imprescindibles “*Por lo tanto, es preciso que se den las siguientes condiciones: a) en primer lugar, que se haya dictado una resolución de no restitución en virtud del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 y b) en segundo lugar que, con posterioridad, se haya dictado un resolución judicial que ordene la restitución del menor*”¹⁰⁹, en el primer caso, una vez que se deniega, la siguiente resolución será ejecutada directamente por los demás estados sin necesidad de previa homologación o exequátur.

IV. LOS EFECTOS NEGATIVOS DE LA SUSTRACCIÓN.

1. Efectos negativos en relación al menor.

Al hablar de efectos negativos, nos referimos a los daños psicológicos que pueden ser causados a los menores por todo el proceso de disputa familiar que conlleva la sustracción de éstos. Incluso podrán desarrollar graves traumas que les afectarán en su desarrollo y en su continuación hacia la vida adulta, entre ellos los más destacables son¹¹⁰:

¹⁰⁹ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: “La supresión del exequátur en el R 2201/2003”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm 1, 2011, pp. 63-83

¹¹⁰ LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Sustracción internacional de menores, estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson, Madrid, 2019, pp 15-16.

- a. Depresión.
- b. Pérdida de confianza.
- c. Culpabilidad de lo ocurrido.

Trasladar al menor de un lugar a otro, difícilmente va a poder ser considerado como algo positivo ya que el menor no es ningún objeto y él tiene su vida en el lugar de su residencia habitual. De ahí la importancia en la que radica todo el tiempo el Convenio de La Haya de 1980, porque siempre va a primar como ya decíamos, el interés superior del menor. Para poder controlar más la situación, conviene subrayar el “Informe Girdner y Johnston”¹¹¹ en el que se pueden ver personalidades o personas más propensas para ser secuestradores ilícitos.

1. Padres amenazantes con la comisión de un secuestro ya cometido con anterioridad.
2. Padres que consideran que se ha cometido un abuso.
3. Padres paranoicos.
4. Padres psicópatas.
5. Padres con fuertes nexos con otros países y están divorciados (con la consiguiente vulneración del derecho de custodia).
6. Padres “desfavorecidos” por las leyes.

Por consiguiente, si el juez valora la peligrosidad del menor por una posible sustracción ilícita, podrá adoptar tantas medidas cautelares como el considere oportunas. Todo ello está relacionado con las fronteras, ya que quizás si hubiera más control fronterizo, probablemente los casos evidentes de sustracción internacional de menores se verían reducidos y se podrían restituir de nuevo a su lugar de residencia habitual, evitando así un grave daño psíquico consecuente del traslado por uno de los progenitores. Para valorar este daño debemos analizar:

- 1) Por una parte, el daño emergente: que es el que se ha producido a causa de la pérdida económica producida.
- 2) De otro lado, el lucro cesante: esa pérdida de dinero destinada a la búsqueda y localización del menor sustraído.

Del mismo modo, para llegar a una comprensión más extensiva, se puede observar una estadística de padres secuestradores que regresan al país de su nacionalidad, por

¹¹¹ “Prevention of family abduction through early identification of risk factors”

parte de un informe del Convenio de La Haya ¹¹² debiendo analizar por separado los padres y las madres, según los diversos años.

1. En 2005, un 55%, tanto los padres como las madres secuestradores.
2. Sin embargo, en los años anteriores, se puede observar que las madres tienen un porcentaje de un 52%, mientras los padres tienen un 53% manteniéndose por encima.

Se puede concluir, por tanto, que tanto en el caso de padres como en el de las madres, estamos ante un porcentaje altísimo que cuenta con más de la mitad de padres secuestradores que han regresado a su país de origen. Entre ellos, nos podemos encontrar fenómenos de gran magnitud o más mediáticos en el siguiente apartado, con el caso de Juana Rivas y Francesco Acuri.

2. Efectos negativos en relación con la violencia de género.

Como ya se ha afirmado con anterioridad, en el presente trabajo de investigación, ya se ha incidido en que un gran porcentaje de casos de sustracción ilícita de menores, siempre viene acompañada de problemas familiares, como los derivados de un derecho de custodia y de visitas en un divorcio, o en el peor de los casos en el ámbito que trataremos ahora sobre la violencia de género. Se ha propuesto por lo tanto, por parte del Convenio de Naciones Unidas, una concienciación en el ámbito internacional sobre la violencia de género ante este tipo de sustracciones que suponen muchas veces la dominación del hombre frente a la mujer y las consecuencias perjudiciales que ello puede ocasionar al menor, que por estas circunstancias, es trasladado a otro país¹¹³, pues *“una de las cuestiones de mayor interés es determinar si la violencia de género/doméstica es la ejercida sobre la o el menor o también lo es la practicada contra su madre, a pesar de que directamente no vaya encaminada hacia su prole”*¹¹⁴, es decir, proteger al menor y si es necesario, no restituirlo a su lugar de residencia habitual si allí es donde se encuentra el progenitor maltratador. Aun así, tampoco hay que hacer un abuso excesivo de la violencia de género como excepción a la restitución,

¹¹² Informe de la séptima Reunión de la Comisión Especial sobre la operativa práctica del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

¹¹³ Convención de Naciones Unidas de eliminación de discriminación de la mujer, 1979.

¹¹⁴ RUIZ SUTIL, C.: “Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores” *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 2, 2018, pp. 615-641.

pues todo se debe probar y ponderar. Así, *“es preciso hallar el equilibrio entre proteger a la víctima y justificar la sustracción como mecanismo para evitarla, puesto que la sustracción en sí misma es perjudicial para el/la menor; también cuando se realiza para huir –fin razonable- de una situación de violencia”*.¹¹⁵

Cuando se habla de un traslado ilícito o una sustracción, al daño psíquico y físico que se produce al menor también puede venir añadido el daño provocado a la progenitora. Incluso se han llegado a pronunciar ciertos organismos de la Unión Europea para intentar reducir o anular este tipo de casos, con los mecanismos que ellos disponen. Se ha propuesto, por lo tanto, por parte del Convenio de Naciones Unidas, una concienciación en el ámbito internacional sobre la violencia de género ante este tipo de sustracciones que supone la dominación del hombre frente a la mujer y las consecuencias perjudiciales que ello puede ocasionar al menor, que por estas circunstancias, es trasladado a otro país. Estas son algunas normativas más importantes que regulan toda esta situación:

1. En el ámbito español, destaca la Ley de Enjuiciamiento Civil¹¹⁶, en sus artículos 778 *quáter* a 778 *sexies*, dejando bastantes lagunas sobre si la competencia podría ser atribuible a un juzgado de violencia de género cuando estamos en un ámbito internacional de sustracción de menores.

2. También destaca el artículo 23.4.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹¹⁷ acerca del retorno del menor en estas situaciones¹¹⁸.

3. En el ámbito internacional, la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.¹¹⁹

4. También en el ámbito internacional, la Directiva UE 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo,¹²⁰ para proteger a las víctimas de todo este proceso.¹²¹

¹¹⁵ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Sustracción internacional de menores en casos de violencia familiar” QUICIOS MOLINA M^a.S / ÁLVAREZ MEDINA, S. (Dir.), *Manual del derecho frente a la violencia dentro de la familia: un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2019, pp. 233-254.

¹¹⁶ BOE núm 7, 8-I-2000.

¹¹⁷ BOE núm. 157, 2- VII-1985.

¹¹⁸ Artículo 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹¹⁹ Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, 1989.

¹²⁰ DOUE L 315/57, 25-X-2012.

¹²¹ DOUE 2012/29, 25-X-2012

Además de las anteriores, tampoco podemos olvidarnos de la LO 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género¹²², que aun siendo específica para delitos de violencia de género, no deja pasar el ámbito de sustracción de menores, tal y como explica una fiscal de la sala de violencia sobre la mujer: -“*La madre víctima de VG huye de su agresor llevando a los hijos con ella. -El padre agresor traslada a los hijos menores como forma de maltrato psicológico a la madre.*” -*Cualquiera de los progenitores traslada a la hija para alejarla de un país en el que existe el riesgo de que se ejerza violencia de género sobre ella (mutilación genital, matrimonio forzado...)*”¹²³. De otro lado, cabe destacar también que: “*es importante tener en cuenta que en los casos de retorno seguro del menor, éste no necesariamente vuelve con el progenitor que ha sido acusado de violencia de género*”¹²⁴.

De todo ello cabe deducir que la violencia de género, en muchas ocasiones es una dificultad que va ligada a la sustracción internacional de menores, tanto por la consideración de ésta como un efecto negativo, como su posible alegación como excepción del retorno del menor.

V. LA CARA MEDIÁTICA DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL CASO DE JUANA RIVAS.

La sustracción internacional de menores se encuentra más en el día a día de lo que se puede llegar a pensar y sin ir más allá, el presente caso trata del traslado ilícito y la consecuente retención de los hijos de Francesco Acuri y Juana Rivas¹²⁵ por parte de la progenitora. Es uno de los casos más mediáticos y complejos que es conocido por una gran parte de la población en el ámbito de la sustracción internacional de menores. Además, dicha sentencia es apelada también por la Audiencia Provincial de Granada¹²⁶

¹²² Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género. BOE núm. 313, 29-XII-2004.

¹²³ La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores www.Poderjudicial.es, María Jesús Cañadas Lorenzo

¹²⁴ REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs violencia familiar o doméstica”, *Revista científica*, 2018, versión *on line*.

¹²⁵ SJP de 18 de julio de 2018 (ECLI:ES:JP:2018:51)

¹²⁶ SAP de 21 abril 2017 (ECLI: ES:APGR:2017:486)

Juana Rivas es una mujer española, que se encontraba casada en 2004 con el padre de sus dos hijos, Francesco Acuri. El mayor de sus hijos nació en España y meses más tarde la pareja decide separarse, en concreto, Juana, afirmando además que era víctima de malos tratos por su marido. Tiempo después, ambos progenitores deciden reconciliarse, aunque asegurando Juana Rivas que los malos tratos prosiguieron en todo momento. Es en esa reconciliación cuando se produce el nacimiento del segundo hijo de la pareja, pero último éste nace en Italia. Unos meses más tarde, con el consentimiento del padre, se acuerda en que los hijos viajen de Italia hacia España para pasar las vacaciones. El problema surge cuando una vez que Juana Rivas se encuentra en España, decide por sí sola quedarse en el territorio con los menores, alegando malos tratos hacia ella desde el momento en el que tiene a su hijo mayor y daños psíquicos hacia ambos niños por parte del padre, hasta el punto de asegurar la progenitora que en alguno de ellos precisó de asistencia médica.

Por todo lo anterior, el padre de los niños, en el momento en el que se percata que la intención de la progenitora es quedarse en España y no volver, interpone una demanda de sustracción internacional de menores suplicando el retorno de los dos menores hacia Italia, el país de su residencia habitual, siendo aceptada por los tribunales e instando a Juana Rivas para que se persone entregando a los menores, pero ésta no comparece, por lo que al ilícito de la sustracción internacional de menores se le suma un delito de desobediencia judicial. Pues bien, a pesar de estar cometiendo todos estos ilícitos, Juana Rivas estando en España interpone una denuncia por malos tratos por parte de su marido, Francesco Acuri.

Los tribunales españoles en principio carecían de competencia ya que los malos tratos se produjeron en todo momento en Italia, encontrándonos con una disputa sobre quién resuelve en el marco de los tribunales españoles y los italianos, pues parece claro que España no tiene nada que ver cuando la residencia de los menores siempre ha sido Italia, *“los tribunales españoles no disponían conforme al art.8 RBII bis de competencia judicial internacional para conocer de las pretensiones de la Sra. Rivas referentes a la guardia y custodia de sus hijos...debe entenderse que la residencia habitual de los hijos menores se encontraba en Italia en el momento de interposición de la reclamación relativa a la guarda y custodia”*¹²⁷. Finalmente y tras unos meses sin

¹²⁷ MARTÍNEZ CALVO, J. /SÁNCHEZ CANO, M. ^a J.: “Estatuto jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Acuri desde la perspectiva del derecho internacional privado y del derecho civil”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm 1, 2020, pp. 728-762.

aparecer por las citadas comparecencias, se personó ante los tribunales italianos procediendo a la entrega de los dos hijos menores.

En lo relativo a la vinculación del caso con el derecho internacional privado, parece ser clara la aplicación del artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980, pues la retención de los niños por parte de Juana Rivas y la no restitución, responde al concepto de traslado ilícito, por la consecuente vulneración, entre otras cosas, del derecho de custodia de Francesco Acuri. El único problema con el que podrían encontrarse los tribunales concededores del asunto en relación con la orden de restitución sería la alegación de malos tratos, pues aunque ambos convenios (Convenio de La Haya de 1980 y Reglamento 2201/2003) no se pronuncien explícitamente acerca de ello, si los tribunales observan violencia de género o doméstica por alguna de las partes, pueden apreciar que no es conveniente restituir al menor al lugar de la residencia del sujeto activo de las agresiones, de todas formas, en el presente caso de Juana Rivas, *“se ordenó la inmediata restitución de sus hijos a Italia, sobre la base de que no quedó debidamente probado que afectasen directamente a los menores los episodios de violencia familiar existentes entre sus padres. Ello, aun valorando como un dato negativo que tales episodios violentos fueran presenciados por los dos menores. En concreto, se practicó prueba pericial psicológica, mediante la cual se verificó que la restitución al país de su residencia habitual anterior no suponía grave riesgo para la integridad física o psíquica de los niños y por consiguiente, tampoco se apreció la excepción del artículo 13 b) CH 1980”*¹²⁸, es decir, si no supone grave riesgo, no nos podemos amparar en la excepción del artículo 13 B de La Haya y habrá que proceder a la restitución.

VI. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: SUPUESTOS DESTACADOS EN EL ORDEN INTERNO E INTERNACIONAL.

I. Jurisprudencia interna.

A. Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 16 de diciembre de 2009¹²⁹

¹²⁸ MARTÍNEZ CALVO, J. /SÁNCHEZ CANO, M. ^a J.: “Estatuto jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Acuri desde la perspectiva del derecho internacional privado y del derecho civil”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm 1, 2020, pp. 728-762.

¹²⁹ SAP de 16 de diciembre de 2019 (ECLI: ES: APT: 2019:1683).

Para comenzar con el análisis jurisprudencial de este trabajo de investigación, se procederá al estudio de esta sentencia de Tarragona, basada en la apelación de una sentencia de primera instancia en cuya resolución la madre tenía atribuido el derecho de visitas sobre el menor y el padre el derecho de custodia, con la prohibición de la progenitora a título de medida cautelar, de la salida del territorio nacional con el hijo. Tiempo más tarde, el menor es trasladado ilícitamente a Rumanía en 2017, infringiendo el artículo 8 del Convenio de La Haya de 1980. Otra dificultad añadida al proceso radica en la falta de competencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (ya que además en primera instancia fue dictada por el tribunal de Bucarest) a causa de que la resolución no soluciona la problemática de los derechos de custodia, sino sólo sobre la restitución. Sin embargo, en los dos años siguientes a la resolución de la sentencia de primera instancia, el menor ha permanecido en Rumanía con su madre en todo momento, donde ostenta su residencia habitual y se encuentra integrado, por lo que dar la guarda al progenitor podría perjudicar el interés del menor. Por todo ello, finalmente el tribunal adopta la decisión de fallar a favor de la madre, ostentando dicha progenitora por lo tanto el derecho a custodia exclusivo y autorizando la residencia del hijo de ambos en Rumanía, pudiendo el padre visitarla en el régimen establecido.

Tras el análisis y a título de comentario del mismo, se llega a la conclusión de cómo una vez más nos encontramos con un caso en el cual el interés del menor vence a la restitución o a la denominación de un traslado como ilícito. Se puede observar que como el menor tiene su centro de integración social en Bucarest, lo más beneficioso para él es que la madre resida allí con él, ostentando ella la custodia.

B. Sentencia 16/2016, de 1 de febrero de la sala 2º del Tribunal Constitucional desestimación de la acción de restitución¹³⁰:

En segundo lugar y prosiguiendo con el estudio, dicho caso consiste en una posible alegación de grave riesgo en su relación con la violencia de género (estudiado en apartados anteriores de este trabajo de investigación) para no restituir a una menor, pues bien, consiste en la interposición de varias denuncias por una madre a causa de una supuesta violencia de género en Suiza y en España, trasladándose por dicha causa la

¹³⁰ STC de 1 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TC:2016:16).

progenitora con la hija a España y quedándose allí las dos. En este caso la madre afirma que el padre le agredió y se negó a dar el pasaporte de su hija, todo ello con las diversas agresiones acreditadas por un parte médico y estando la menor delante de todas las discusiones. Se considera, por parte del Tribunal Constitucional, que el presente caso se califica como retención ilícita porque la madre se lleva a la menor y el traslado no fue consensuado con el padre, quien también ostentaba el ejercicio de la patria potestad, (recordemos que en lo relativo al ejercicio de la patria potestad, *“la regla general es, en la práctica, que el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes sea conjunto y lo excepcional, sólo si concurren circunstancias graves que así lo aconsejen, en beneficio de los hijos, que se atribuya a uno de los progenitores, el titular de la custodia unilateral o monoparental”*)¹³¹. Además, aunque hay que entrar a valorar los efectos negativos que podrían tener el traslado y su consecuente restitución en relación con la violencia de género, el principal objetivo como se ha afirmado durante todo el trabajo de investigación, es lo el interés superior del menor. Por lo cual, se procede a estimar la demanda interpuesta por el padre y la restitución de la menor a Suecia, que es donde la menor tenía su residencia habitual antes de ser trasladada ilícitamente por la madre.

C. Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 5 de julio de 2019.¹³²

En lo relativo a esta sentencia y en relación con la anterior, también se analiza el supuesto de la falta de excepción del artículo 13 apartado B del Convenio de La Haya de 1980 que se ha expuesto anteriormente, dada la falta de justificación de una existencia de “grave riesgo” para el menor.

La sentencia versa sobre un traslado de un menor desde Bélgica (que es el lugar de donde era procedente el menor) hasta España, pues bien, en esta resolución los tribunales no dudan en admitir que hay una efectiva sustracción ilícita con los presupuestos que se establecen para ello, ya que se cumplen los requisitos del artículo 3 del Convenio de La Haya, observándose con claridad la intencionalidad de la madre del

¹³¹ DÍAZ MARTÍNEZ, I.: “La determinación del lugar de residencia del menor como conflicto en el ejercicio conjunto de la patria potestad por progenitores no convivientes”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.9, 2013, versión *on line*.

¹³² SAP de 5 de julio de 2019 (ECLI: ES: APC: 2019:1546).

menor. La madre vino a España para que tanto ella como su hija vieran a su familia, residente en A Coruña, pensando en volver a Bruselas tras la visita. Sin embargo, una vez que se encuentra allí, decide sin consentimiento del padre quedarse en España con la niña y no volver a Bruselas, dando lugar a una vulneración de la patria potestad ya que el padre no podría ostentar su ejercicio al encontrarse en otro país.

Efectivamente, tal y como ha resuelto la sentencia, el hecho de que la madre viniera a España para visitar a su familia, es un acto claramente consensuado, el padre en ningún momento se opuso al viaje de la madre, ya que en ningún caso pensó que se quedaría ocasionando un traslado ilícito del menor, pero en el momento en el que la madre ostentó la permanencia en A Coruña, dejó de ser consensuado, por lo que el traslado ilícito es claro. La incerteza reside en el interés del menor, pues éste quedaría vulnerado si se le desplaza de su residencia habitual, ahora bien, cuando ese desplazamiento está vinculado a un posible “maltrato” o peligro, las circunstancias cambiarían.

Finalmente, tal y como decidió la sentencia, hay que tener en cuenta el interés del menor en base a la Convención de Naciones Unidas de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ya que es un principio básico. Por lo tanto, la Audiencia Provincial de A Coruña consideró que no se podía dar la excepción porque no se justifica que el menor pueda ser sometido a un peligro, por lo que se ordenó la restitución del menor hacia su lugar de residencia habitual, Bélgica.

D. Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 12 de mayo de 2020¹³³:

El objeto de análisis en esta sentencia de fallo reciente, es una declaración de traslado ilícito de una menor desde Canadá hacia España, con la correspondiente petición de la restitución. Se demanda por ello, alegando una confusión entre el derecho de guardia y el derecho de custodia, comprendiendo este último incluso el derecho a decidir el lugar de residencia habitual de la menor, que en el momento era el lugar de su nacimiento, Canadá. A los pocos meses del nacimiento de la menor, los padres se separaron, sin que constase explícitamente ningún documento con el derecho de custodia o visitas. El padre, sufrió una enfermedad terminal designando como tutora a la demandante y tía de la niña.

¹³³ SAP de 12 de mayo de 2020 (ECLI: ES: APLE: 2020:544).

Tras conocer los antecedentes para ponernos en contexto, se puede observar que la solución que nos propone el Convenio de La Haya ante este tipo de situaciones es la restitución del menor sin entrar a deliberar sobre el fondo del asunto. En relación con el derecho de custodia, se dispone que los tutores (en este caso, la tía de la menor) puedan ejercer todas las obligaciones que deriven de ello como si fueran sus padres. Sin embargo, se podría ver denegado por las escasas funciones que ésta realizaba en lo relativo a la niña. Finalmente, el tribunal expresa, al no concurrir el efectivo derecho de custodia y al convivir la niña frecuentemente con la madre, la denegación de la demanda interpuesta por la tía de la menor, pues podría perjudicar su interés porque no mantenía apenas relación con dicha demandante.

E. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, 23 de enero de 2020: ¹³⁴

Sobre este caso, se alude a la cuestión de discernir acerca de la ilicitud o licitud de un traslado, como bien se alude en el título de este trabajo de fin de grado. Pues bien, una progenitora presenta una petición de calificación del traslado de un menor como ilícito a Ucrania (efectuado por parte de su progenitor). Se debe tener en cuenta que la menor nació en España y tenía en dicho estado su residencia habitual.

La resolución de una sentencia anterior verificaba el efectivo traslado como ilícito, a causa de que la decisión fue unilateral y en ningún momento fue consensuada con la madre. A todo ello el progenitor se opone, afirmando que la licitud del traslado por un error en la valoración de las pruebas, aun así, el presente tribunal confirma la resolución anterior a causa de esa falta de consentimiento de la progenitora y el ocultamiento del traslado por parte del padre, con la fundamentación jurídica indicada en el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 (*"cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención"*¹³⁵) y el artículo 2.11 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre (*"cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos*

¹³⁴ SAPM de 23 de enero de 2020 (ECLI: ES: APMU: 2020:281).

¹³⁵ Artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980

*jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención y este derecho se ejercía, en el momento del traslado o retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”*¹³⁶⁾ en suma, lo que vienen a expresar es que al infringir un derecho de custodia en lugar de residencia habitual del menor, es retención ilícita.

Por lo cual, los tribunales fallan a favor de la madre y el progenitor ve desestimada su pretensión de declarar el traslado ilícito.

F. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de mayo de 2020.¹³⁷

Por último y de manera breve, en esta sentencia de Barcelona –también de reciente resolución- se pretende por la demandante la declaración de un traslado como ilícito, alegando la infracción de un derecho de custodia que era atribuido al padre. Pues el menor tenía residencia habitual en Venezuela y fue trasladado ilícitamente a España sin retornarlo a dicho lugar. Por todo ello, la resolución del tribunal radica en la comunicación de ambos padres, pues la mantienen en todo momento y el padre incluso ha seguido viendo al hijo aunque sea los fines de semana, el padre simplemente pedía esa custodia para poder efectuarla en España, por lo que dicho progenitor vio denegada su pretensión.

II. Jurisprudencia internacional. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

A título de introducción, en el presente análisis, como se observa en el título del apartado, dichos comentarios serán valorados por tribunales internacionales, ya que tanto el país de residencia habitual como el país del traslado ilícito, se encuentran fuera de España, en el marco de la Unión Europea.

¹³⁶ Artículo 2 apartado 11 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

¹³⁷ SAP de 12 de mayo de 2020 (ECLI: AS: APB: 2020:3018).

A. Sentencia de la sala quinta del TEDH de 22 de abril de 2010: caso Macready contra República Checa¹³⁸

Antes de comenzar, se debe tener en cuenta que en dicha resolución se hace especial referencia al artículo 8 del Convenio de La Haya de 1980, “*toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor*”¹³⁹

Pues bien, adentrándonos en antecedentes y fundamentación, se trata de un breve caso en el cual una progenitora constituye una retención ilícita del menor en República Checa, cuando el niño había nacido y vivido en Estados Unidos. Sin embargo, el padre, hasta después de varios meses no inicia un proceso pidiendo la restitución. En una sentencia previa de 2006, se falló a favor del progenitor con la correspondiente declaración de ilicitud del traslado y la restitución de vuelta hacia Estados Unidos, no obstante, se apreció una falta de celeridad porque el menor debía de ser examinado por psicólogos por posibilidad de autismo, ya que si se le retornaba en ese estado, podría suponerle perjuicios. Pues bien, a los pocos meses de examinarlo se rechaza por parte del tribunal la demanda de restitución. El demandante basa su oposición en una incorrecta aplicación de dicho convenio, concretamente por un incumplimiento del plazo, entre otras muchas. Finalmente, el tribunal falla estimando únicamente una vulneración del respeto a la vida privada y familiar, así como una vulneración de dicho precepto número 8 del presente convenio.

B. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 5 de octubre de 2010¹⁴⁰

En el presente análisis se observa el enigma del caso en lo relativo a derechos de custodia entre progenitores. Se debe agregar que el padre y demandante ostenta nacionalidad irlandesa y la madre británica, que el primero de los hijos nació en

¹³⁸STEDH de 22 de abril de 2010, “*Caso Macready contra República Checa*” (ECLI: EU: C: 121726:2010).

¹³⁹ Artículo 8 del Convenio de La Haya de 1980.

¹⁴⁰ STJUE de 5 de octubre de 2010, asunto C-400 PPU, *McB y L.E* (ECLI: EU: C: 2010:582).

Inglaterra y los otros dos en Irlanda del Norte. Después de varias disputas y reconciliaciones durante un largo tiempo, el padre demandó ante los tribunales irlandeses la petición de obtención del derecho de custodia de los tres, a lo que la madre reaccionó cogiendo un avión y llevándose a los tres menores a Inglaterra (todo ello sin conocimiento del tribunal irlandés).

Por consiguiente, el padre, por lo tanto, interpuso una demanda ante la *High Court of Justice* para la restitución de los menores, pidiendo la certificación correspondiente, a todo ello sumando las disputas de que, tal y como expresan los tribunales, a pesar de la incidencia del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre, ello no implica que por el hecho de ser el padre del menor tenga un derecho automático a decidir sobre si el traslado se produjo de manera ilícita o no, pues debe haber una resolución judicial que lo confirme. Por todo ello, el tribunal falla, aplicando el reglamento anteriormente mencionado, disponiendo su conformidad con que un ordenamiento de un estado miembro supedita la adquisición del derecho de custodia a que el padre obtenga esa resolución mencionada.

C. Sentencia del Tribunal De Justicia, Sala Segunda, de 9 de noviembre de 2010.¹⁴¹

En relación con esta resolución, se van a tratar de manera breve problemas de competencia. Los antecedentes definen que consta de una pareja, el padre de nacionalidad española actual pero nacido en Alemania y la madre de nacionalidad alemana, ambos residentes en España. La dificultad del caso llega cuando con el deterioro provocado en la relación, la madre, expresó su deseo de volver a Alemania con los menores, a lo que el padre aunque en un primer momento se negó, pero luego emitió su consentimiento para que la madre se fuera con uno de los tres hijos a causa de una enfermedad.

Meses más tarde, el progenitor inicia un procedimiento para la obtención de custodia de dos de sus hijos, así como la progenitora inicia otro para lo mismo, la petición del derecho de custodia. Ambos solicitan también medidas cautelares. La custodia efectiva ya era ostentada por la madre, por lo que no tenía ningún sentido inicial un procedimiento por parte de ésta y el recurso fue desestimado. En lo relativo al progenitor, los tribunales de España delegaron la competencia en los de Alemania y tras

¹⁴¹ STJUE de 9 de noviembre de 2010, Asunto C-296/10, *Purrucker*, (ECLI:EU:C:2010:665).

varias disputas acerca de la competencia, el tribunal falla declarando que aunque se inicie un procedimiento, en este caso de medidas cautelares, ante los tribunales de un estado, puede resolver también una demanda sobre el fondo del asunto.

D. Sentencia de la sala primera del TJUE de 22 de diciembre de 2010, Mercredi contra Chaffe¹⁴²

En este análisis de esta resolución fácilmente conocida de carácter internacional, se hace especial incidencia al traslado ilícito que se ocasiona con la menor de dos progenitores, sumado a un problema de competencia judicial internacional.

Pues bien, la madre es procedente de Francia y el padre de Reino Unido y ambos deciden tener una hija en 2009 que adquiere nacionalidad francesa. Meses después se deciden divorciar y al tiempo la madre, Bárbara Mercredi decide coger a la menor y llevársela a su país, Francia, sin consentimiento del padre, Richard Chaffe.

Hasta aquí todo parece un caso común de sustracción internacional de menores, sin embargo, la cuestión del asunto reside en que en el momento en el que la madre se lleva a la niña a Francia, ésta es la única que en ese momento ostenta la responsabilidad de la menor, el denominado derecho de custodia. Ambos progenitores iniciaron medidas, el padre solicitó entre otras cosas, la responsabilidad parental de la menor y el derecho de visita ante los tribunales de Reino Unido, y la madre, por su parte, también la responsabilidad pero ante los tribunales franceses, alegando ésta que la competencia no la podían tener los tribunales ingleses porque la residencia de la hija estaba en Francia.

Finalmente el tribunal se pronunció, estimando que la competencia la tenían los tribunales ingleses, pues el procedimiento se inició en Inglaterra por parte del padre y además, porque aunque ahora la menor se encontrase residiendo en Francia, su residencia habitual se encontraba en Inglaterra. La madre no estuvo de acuerdo con esta resolución, por lo que presentó recurso poniendo en duda el concepto de residencia habitual, conforme a los artículos 8 y 10 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre. (Recordemos, el artículo 8 aplica la competencia general y reza así: “*Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menores que resida habitualmente en dicho*

¹⁴² STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-495/10 PPUU, *Bárbara Mercredi contra Richard Chaffe* (ECLI: EU: C: 2010:829).

Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional”¹⁴³)

Si aplicamos este artículo, se podría entender que los tribunales que dictaron la sentencia tienen la razón en virtud de este apartado ocho, ya que el procedimiento se inició en Inglaterra cuando el padre comunicó todo el suceso al juzgado. Por todas estas dudas, se suspendió el proceso mediante una cuestión prejudicial.

Para finalizar, el último tribunal conocedor del recurso interpuesto por Bárbara Mercredi, falló afirmando que la residencia habitual es donde el menor tiene la integración y convive con su entorno, debiendo determinarla el órgano nacional y en defecto de esto, “*con la presencia del menor*”¹⁴⁴ matizando además que al desestimar la demanda de restitución de la menor, no afecta a las sentencias que se hayan dictado en otro estado sobre responsabilidad parental que se interpusieran antes. Conviene dar unas pinceladas básicas sobre el concepto de integración derivado de la residencia habitual del menor para entender mejor la conclusión de la sentencia “*se requiere que el traslado o la retención implique apartarlo de su «residencia habitual», entendiendo dicho término como el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar, valiendo como medios de prueba que acrediten dicha residencia habitual el padrón, su escolarización, o su seguimiento médico, entre otros*”¹⁴⁵

E. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de febrero de 2017¹⁴⁶:

En penúltimo lugar, para ir concluyendo con esta observación jurisprudencial en los que se ven inmiscuidos los tribunales españoles, se comentará este breve recurso de apelación haciendo incidencia en la ilicitud o la licitud de un traslado. De la misma manera, la menor es residente en Francia, pero tanto ella como su progenitora estaban disfrutando de unas vacaciones en España, previsto para un día determinado que regresasen, en cambio, esto no ocurrió, alegando la madre malos tratos durante el último periodo y afirmando que si se ordena la restitución, podría perjudicar el interés de la

¹⁴³ Artículo 8 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

¹⁴⁴ Artículo 13 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

¹⁴⁵ SERRA MUÑOZ, M.: “La sustracción internacional de menores en España”, *Revista Aranzadi*, núm. 909, 2005, versión *on line*.

¹⁴⁶ SAP de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES: APV: 2017:718).

niña. A pesar de ello, los tribunales consideran que es un claro caso de traslado ilícito, pues la hija de ambos tenía su residencia habitual en Francia y el derecho de custodia era ejercido por ambos progenitores, por lo que se desestima el recurso interpuesto por la demandante.

F. Sala quinta del TJUE de 8 de junio de 2017, negativa de la madre a regresar con su hija lactante a su residencia habitual.¹⁴⁷

En último lugar, en este caso se discute la situación en la cual el padre presenta una demanda de restitución de su hija, ya que la madre se la había llevado fuera de su residencia habitual (Italia).

Comienza cuando ambos cónyuges de común acuerdo deciden tener a su hija en Grecia (país de origen de la madre), por lo que se trasladan allí, pactando que cuando la se produjera el nacimiento, volverían a su domicilio en Italia. Sin embargo, una vez producido el nacimiento, la madre decidió sin consensuar con el padre quedarse en Grecia con la menor lactante. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia, afirmando que una vez que un menor nace y reside en otro estado distinto durante unos meses, aunque los padres tuvieran intención de volver, no puede ser considerado como residencia habitual y así lo afirma el reglamento Bruselas 2201/2003.¹⁴⁸

Por lo tanto, no el padre no puede basar su demanda en un traslado ilícito porque no sería considerado como tal al haber nacido y residido la menor en Grecia durante sus escasos meses de vida. Además, tal y como expresa la sentencia, el hecho de tener a su hija en Grecia fue consensuado por ambos progenitores. En definitiva, Grecia es el lugar donde la menor había desarrollado su vida. En suma, el TJUE considera que el simple hecho de el acto consensuado de los cónyuges de volver a Italia (su residencia habitual) no implica que la menor lactante tenga allí su residencia habitual, por lo que fallan a favor de la restitución del menor al entorno donde sea más familiar, por lo que la demanda del padre es desestimada, porque no se puede considerar un traslado ilícito.

¹⁴⁷ STJUE de 8 de junio de 2017, asunto C-111/17, *negativa de la madre a regresar con su hija lactante al estado en que ella y su pareja tenían su residencia habitual* (ECLI: EU: C: 2017:436).

¹⁴⁸ Cuando el Reglamento Bruselas 2201/2003 nos habla de residencia habitual, se refiere al lugar donde el menor tiene su entorno para su integración social.

Tras un análisis tanto interno como internacional, se puede observar de todo lo anteriormente expuesto –además de la falta de unanimidad que en todo caso hemos mencionado- la tendencia a la utilización de una manera excesiva de la alegación de un grave para conseguir que los tribunales fallen a favor del no retorno si se ha efectuado un traslado ilícito.

VII. CONCLUSIONES.

I. Se aprecia una cierta inseguridad jurídica a la hora de valorar todos los instrumentos normativos señalados, pues la cantidad de casos aumentan día a día y el marco jurídico de la sustracción es muy complejo: el hecho de contar con diversos instrumentos legales crea una incertidumbre y desazón entre los diversos operadores jurídicos.

II. En lo referente a la normativa internacional, tanto el Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980 así como el Reglamento 2201/2003 hacen hincapié en el interés del menor y su relación con la residencia habitual. Para proteger al menor, la regla primordial de ambos será la restitución al lugar donde el menor tenía la residencia habitual inmediatamente antes de ser sustraído. En lo que se refiere a la ejecución de resoluciones extranjeras en esta materia, a tenor de lo señalado por el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, se hace especial referencia al factor temporal, pues la celeridad que reclaman los traslados ilícitos no se puede compatibilizar en su totalidad con el procedimiento del exequátur, siendo éste un obstáculo en una temática tan compleja como es la sustracción internacional de menores.

III. Evidentemente, la sustracción internacional de menores posee en sí misma, ciertos efectos negativos en lo que atañe a la situación psíquica del menor. Se observa que, múltiples casos tienen como telón de fondo el maltrato y la violencia de género, conllevando ello una clara desestabilidad familiar avocada al divorcio. La disolución matrimonial es una de las principales causas por las cuales comienzan los casos de retención y traslado ilícito de los menores, puesto que, al suprimirse ese vínculo afectivo, uno de los progenitores, sin consentimiento del otro, decide retornar a su país de origen trasladando al menor a un lugar distinto de su residencia habitual y dando lugar a una infracción del derecho de custodia.

IV. En concordancia con el caso tan sumamente conocido de Juana Rivas, se puede apreciar que, los conceptos de traslado ilícito y acción de restitución de los que se hace valer el Convenio de La Haya de 1980 no tienen un claro reflejo en su aplicación práctica, pues pueden ser objeto de discusión y susceptible de diversas valoraciones, pudiéndose debatir sin ir más allá, el hecho de la consideración del traslado como lícito debido al consentimiento que manifestó el progenitor y que la ilicitud, por lo tanto, reside únicamente en la no restitución de los menores a su lugar de residencia habitual.

V. Por último, y tras el análisis jurisprudencial en el ámbito interno e internacional, se puede concluir que se aprecia una gran discrecionalidad de los tribunales, pues cada uno puede llegar a aportar diversas soluciones ante un mismo caso. Nos encontraremos ante decisiones jurisdiccionales de una problemática similar, por un lado, sentencias que acordarán la restitución del menor, y, por otro lado, sentencias que fallarán a favor de la no restitución si se dan los requisitos correspondientes.

En definitiva, a pesar de las diversas normativas y mecanismos para solucionar el fenómeno de la sustracción internacional de menores, todavía queda mucho por mejorar para llegar a una jurisprudencia más unificada y que no origine tantas inseguridades a los ciudadanos cuando se ven inmiscuidos en situaciones de esta índole.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

1. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS DE REVISTA.

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002, pp. 41-61.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente” *Revista Boliviana de derecho*, núm. 20, 2015, pp. 192-213.
- : “Sustracción internacional de menores. Asunto vinculado con Suiza y España. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 52/2018 de 17 de abril, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 1, 2019, pp. 671-177.
- AZCÁRRAGA MONZONIS, C. /QUINZÁ REDONDO, P.: “Sustracción internacional de menores y Convenio de La Haya de 1980. “Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial De Las Palmas (Sección 3ª) núm 377/2017 de 29 de junio, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm.2, 2018, pp.795-801.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: “Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso Rinau”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 2, 2010, pp. 222-235.
- : “La supresión del exequátur en el R 2201/2003”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 1, 2011, pp. 63-83.
- : “El interés superior del menor, la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2016, p.77-91.
- CALABUIG ESPINOSA, R.: “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias”, *Revista española de Derecho Internacional*, vol. 68, 2016, pp. 347-357.
- CALAZA LÓPEZ, S.: “El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores”, *Diario La Ley*, núm. 8564, versión *on line*.
- CALVO CARAVACA, A.L / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2017.

- CAMPUZANO DÍAZ, B.: “La política legislativa de la UE en DIPr de familia. Una valoración en conjunto, *Revista de derecho transnacional*, núm. 2, 2013, pp.234- 264.
- CARRILLO LERMA, C.:“Mediación familiar internacional y sustracción de menores”, *Revista Castellano-Manchega de ciencias sociales*, núm 19, 2015, pp. 185-196.
- CASTELLÓ PASTOR, J.J.: “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm.1, 2018, pp. 561-567.
- CHÉLIZ INGLÉS, M^a.C. “La sustracción internacional de menores, tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.
- DEL SER LÓPEZ, A. / CARRIZO AGUADO, D.: “Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de “residencia habitual del menor” y estudio de la competencia residual, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 10, 2019, versión *on line*.
- DÍAZ GONZÁLEZ, M.: “La sustracción internacional de menores: análisis normativo y jurisprudencial en aplicación del Convenio de la Haya de 1980 y del Acuerdo bilateral entre España y Marruecos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm.12, 2017, pp. 11-12.
- DÍAZ MARTÍNEZ, I.: “La determinación del lugar de residencia del menor como conflicto en el ejercicio conjunto de la patria potestad por progenitores no convivientes”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2013, versión *on line*.
- FORCADA MIRANDA, F.J.: “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *Revista española de Derecho Internacional*, vol. 68, 2016, pp. 337-346.
- FORCADA MIRANDA, F.J.: 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 1), *Revista Bitácora Millennium*, núm. 3, 2016, versión *on line*.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA.: “El traslado ilícito de menores: las denominadas relocation disputes”, *Revista española de derecho internacional*, núm. 2, 2010, pp. 51-75.

GONZÁLEZ MARTÍN, N.: “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en la revisión 903/2014 y los Estados Unidos de América (Lozano V. Montoya Álvarez), *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm 29, 2015, versión *on line*.

--: “Mediación ante el “grave riesgo” en la sustracción internacional parental de menores”, QUICIOS MOLINA, M^a.S. / ÁLVAREZ MEDINA, S. (Dir.), *Manual del derecho frente a la violencia dentro de la familia: un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2019, pp. 255-274.

GONZÁLEZ-SERRANO CAZORLA, M.C.: “Mediación transfronteriza y secuestro internacional de menores”, *Revista Aranzadi de la Unión Europea*, núm. 6, 2017, pp.4.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 44, 2012, versión *on line*.

--: “Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el auto de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18^a) de 27 de noviembre”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 2, 2019, pp. 641-651

LORENTE MARTÍNEZ, I. *Sustracción internacional de menores, estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson, Madrid, 2019.

--: “La integración europea en el Derecho de Familia. Sustracción internacional de Menores: el caso Juana Rivas”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 7, 2019, pp. 159-206.

LOWE, L./STEPHENS, V.A.: *Statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, 2017, version *on line*.

MARTÍNEZ CALVO, J. /SÁNCHEZ CANO, M. ^a J.: “Estatuto jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Acuri desde la perspectiva del derecho

- internacional privado y del derecho civil”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 1, 2020, pp. 728-762
- MUÑOZ CUESTA, J.: “Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Revista Aranzadi*, núm. 934, 2017, versión *on line*.
- MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: “Restitución del menor, declaración de ilicitud del traslado y competencia judicial internacional. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 19 de abril de 2018”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 1, 2019, pp. 863-869.
- ORTIZ VIDAL, M.D.: “Sustracción internacional de menores y derecho al respeto de la vida privada y familiar: celeridad e interés superior del menor”, PÉREZ DE NANCLARES, J.M (Dir.) / GONZÁLEZ HERRERA, D (Coord.), *El diálogo judicial internacional en los derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp.139-149.
- REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs violencia familiar o doméstica”, *Revista científica*, 2018, versión *on line*.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2018, versión *on line*.
- : “Sustracción internacional de menores en casos de violencia familiar” QUICIOS MOLINA M^a.S / ÁLVAREZ MEDINA, S. (Dir.), *Manual de derecho frente a la violencia dentro de la familia: un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2019, pp. 233-254.
- RUIZ SUTIL, C.: “Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores” *Cuadernos de derecho transnacional*, núm 2, 2018, pp. 615-641
- SERRA MUÑOZ, M.: “La sustracción internacional de menores en España”, *Revista Aranzadi*, núm. 909,2005, versión *on line*.
- SOTO RODRÍGUEZ, M.: “Sustracción de menores”, *Diario La*, núm. 8331, 2014, versión *on line*.
- VILALTA, A.E.: “La mediación en la sustracción internacional de menores. Conferencia en el marco del Día Europeo de la Mediación”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 24, pp. 96-98.

2. ENLACES WEB CONSULTADOS.

Covid-19 y grave riesgo del retorno del menor en casos de sustracción internacional de menores (fecha de consulta: 22-06-2020)

<https://idibe.org/tribuna/covid-19-grave-riesgo-retorno-del-menor-casos-sustraccion-internacional-menores/>

GEMMA PÉREZ, *¿Puede el COVID-19 tener efectos en materia de sustracción internacional de menores?* (fecha de consulta: 08-06-2020).

<https://www.diariojuridico.com/puede-el-covid-19-tener-efectos-en-materia-de-sustraccion-internacional-de-menores/>

Boletín del Ministerio de justicia. Recensión a la obra: los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional (fecha de consulta: 21-06-2020)

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjMzNLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAms4nGDUAAAA=WKE

<https://idibe.org/tribuna/covid-19-grave-riesgo-retorno-del-menor-casos-sustraccion-internacional-menores/>

<https://www.cremadescalvosotelo.com/noticias-legales/la-sustraccion-internacional-de-menores-y-el-proceso-legal-para-la-restitucion>.

https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427700465?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1511_RECENSION.pdf&blobheadervalue2=1288792093594

Secuestro de menores (fecha de consulta: 25/06/2020)

<https://www.tuabogadodefensor.com/secuestro-de-menores/>

La sustracción internacional de menores y el proceso legal para su restitución (fecha de consulta: 22/06/2020)

<https://www.cremadescalvosotelo.com/noticias-legales/la-sustraccion-internacional-de-menores-y-el-proceso-legal-para-la-restitucion>

Informe de enero de 2017 sobre personas desaparecidas (fecha de consulta: 26/06/2020)

http://www.interior.gob.es/documents/10180/6960463/Informe_Desaparecidos_Espa%C3%B1a_2017.pdf/16f1015e-c91a-460a-9f55-059bb970a0cb

MARIA JESÚS CAÑADAS LORENZO. *La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores* (fecha de consulta, 12-05-2020)
www.poderjudicial.es

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *concepto de frontera* (fecha de consulta 08-06-2020).
<https://dej.rae.es/lema/frontera#:~:text=L%C3%ADnea%20que%20marca%20el%201%C3%ADmite,naturaleza%20f%C3%ADsica%20del%20espacio%20delimitado.>

REDACCIÓN EDITORIAL, *Justicia tramitó el año pasado 2016 expedientes de sustracción internacional de menores* (fecha de consulta: 08-06-2020)
<https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/justicia-tramito-el-ano-pasado-2016-expedientes-de-sustraccion-internacional-de-menores/#>

Sustracción de menores, ¿España mantiene suscritos convenios internacionales sobre sustracción de menores? (fecha de consulta: 29/06/2020)
<http://www.asociacionabogadosfamilia.com/temas-de-derecho-de-familia/sustraccion-de-menores>

WOLTERS KLUWER, *el exequátur* (fecha de consulta: 04-06-2020)
https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjMzNLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAms4nGDUAAAA=WKE

IX. ANEXOS.

1. Anexo jurisprudencial.

A. Jurisprudencia Internacional.

1. STJUE de 11 de julio de 2008, asunto C-195/08 PPU, *Rinau* (ECLI: EU: C: 2008:406)
2. STEDH de 22 de abril de 2010, *Caso Macready contra República Checa*, (ECLI: EU: C: 121726:2010)
3. STJUE de 1 de julio de 2010, asunto C-211/10 PPU: *Doris Povse vs Mauro Alpago*; (ECLI: EU: C: 2010:211)
4. STJUE de 5 de octubre de 2010, asunto C-400 PPU, *J. McB y L.E.*, (ECLI:EU:C:2010:582)
5. STJUE de 9 de noviembre de 2010, Asunto C-296/10, *Purrucker* (ECLI: EU: C: 2010:665)
6. STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga vs Simone Pelz* (ECLI: EU: C: 2010:828)
7. STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-495/10 PPU, *Bárbara Mercredi contra Richard Chaffe* (ECLI: EU: C: 2010:829).
8. STJUE de 9 de octubre de 2014, asunto C-376/14 PPU, *C&M* (ECLI:EU:C2014:2268)
9. STJUE de 8 de junio de 2017, asunto C-111/17, *OL vs PQ* (ECLI: EU: 2017:436)

B. Jurisprudencia Nacional.

1. SAP de 13 de octubre de 2000 (ECLI:ES:APCS:2000:530A)
2. SAP de 23 de abril de 2003 (ECLI:ES:APIB:2003:130A)
3. SAP de 28 de noviembre de 2003 (ECLI: ES: APT: 2003:437A).
4. SAP de 12 de mayo de 2004 (ECLI:ES:APB:2004:216A)
5. SAP de 10 de marzo de 2009 (ECLI:ES:APGC:2009:532A)
6. SAP de 12 de febrero de 2014 (ECLI: ES: APB: 2014:3464).
7. SAP de 22 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:APLU:2015:927)
8. STC de 1 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TC:2016:16)
9. SJPI de 14 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:JPI:2016:723)

10. SAP de 23 de febrero de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:718)
11. SAP de 15 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APO:2017:863)
12. SAP de 21 abril 2017 (ECLI: ES:APGR:2017:486)
13. SJP de 18 de julio de 2018 (ECLI:ES:JP:2018:51)
14. SAP de 19 de febrero de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:271)
15. SAP de 5 de julio de 2019 (ECLI: ES: APC: 2019:1546).
16. SAP de 16 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APT:2019:1683)
17. SAP de 23 de enero de 2020 (ECLI:ES:APMU:2020:281)
18. SAP de 12 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APLE:2020:544)
19. SAP de 12 de mayo de 2020 (ECLI:AS:APB:2020:3018)

2. Anexo legislativo.

A. Normativa internacional.

1. Convención de Naciones Unidas de eliminación de discriminación de la mujer, 1979.
2. Convenio del Consejo de Europa sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980.
3. Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980.
4. Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.
5. Informe de la séptima Reunión de la Comisión Especial sobre la operativa práctica del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.
6. Convención de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1986
7. Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, 1989.
8. Convenio con 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 fecha 30 de mayo de 1997.
9. Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre, Bruselas II Bis.

B. Normativa interna.

1. Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ, 6/1985 de 1 de julio, de 1985.
2. Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género
3. Circular 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.