



FACULTAD DE DERECHO

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Revisión de la regulación nacional e internacional

Autor: María Quiralte De Gregorio

5º E3 D

Derecho de Familia

Tutor: Blanca Gómez Bengoechea

Madrid
Abril 2018

RESUMEN

La sociedad de hoy en día es multicultural y diversa, lo que ha permitido que aumenten las parejas internacionales. En muchas ocasiones, tras la ruptura de estas parejas internacionales, uno de los progenitores decide llevarse consigo a sus hijos menores cometiendo lo que denominamos una sustracción internacional de menores. Este desplazamiento, que conlleva el cambio de residencia habitual a otro país, en la mayoría de los casos es ilícito, ya que atenta contra el derecho de custodia o régimen de visitas del otro progenitor. Para intentar reducir las consecuencias negativas que suponen estas situaciones, tanto para los padres como para los menores, existen normas internas, comunitarias e internacionales que combaten esta realidad. El Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento Bruselas II bis se han convertido en dos de los textos legales más utilizados para solventar este conflicto, permitiendo, en la mayoría de los casos, el retorno de los menores a su residencia habitual. Sin embargo, estos textos también tienen ciertas limitaciones, principalmente en lo concerniente a la delimitación del concepto de derecho de custodia, convirtiéndose en ocasiones en una traba para la resolución de los casos. Por ello, es necesario que estos textos se sigan desarrollando y adaptando a las cambiantes necesidades de nuestra sociedad.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, retención ilícita, restitución, Convenio de La Haya de 1980, Reglamento de Bruselas II bis, derecho de custodia.

ABSTRACT

Today's society is multicultural and diverse, which has allowed international couples to increase. On many occasions, after the breakup, one of the parents decides to take his minor children with him, committing what we call an international child abduction. This displacement, which involves the change of habitual residence to another country, is in most cases unlawful, since it violates the right of custody or visiting regime of the other parent. To try to reduce the negative consequences of these situations, for both parents and children, there are internal, European and international rules that combat this reality. The Hague Convention of 1980 and the Brussels II bis Regulation have become two of the most widely used legal texts to resolve this conflict, allowing, in most cases, the return of minors to their habitual residence. However, these texts also have certain limitations, mainly with regard to the delimitation of the concept of custody rights, becoming sometimes an obstacle to the resolution of cases. Therefore, it is necessary that these legal texts continue to be developed and adapted to the changing needs of our society.

Keywords: international child abduction, unlawful retention, restitution, The Hague Convention of 1980, Brussels II bis Regulation, custody rights.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
2. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....	9
2.1. CONCEPTO.....	9
2.2. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....	11
2.2.1. <i>Transnacionalidad</i>	11
2.2.2. <i>Temporalidad</i>	13
2.2.3. <i>Custodia</i>	15
2.3. TIPOS DE SUSTRACCIÓN	16
2.3.1. <i>Según la titularidad de la custodia</i>	16
2.3.2. <i>Según el país de destino</i>	17
3. LEGISLACIÓN APLICABLE: NACIONAL E INTERNACIONAL	20
3.1. LEGISLACIÓN NACIONAL: CIVIL, PENAL Y PROCESAL.....	20
3.1.1. <i>Ámbito Civil: medidas necesarias en caso de sustracción</i>	21
3.1.2. <i>Ámbito Penal: la sustracción internacional como delito</i>	23
3.1.3. <i>Ámbito Procesal: Retorno de los menores en caso de sustracción internacional</i>	25
3.2. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.....	28
3.2.1. <i>Unión Europea</i>	29
3.2.2. <i>Más allá de la Unión Europea</i>	33
4. JURISPRUDENCIA MÁS RELEVANTE: ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE NO RETORNO ESTABLECIDAS POR EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980	37
5. CONCLUSIONES.....	44
6. BIBLIOGRAFÍA.....	47

ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial.

AN: Audiencia Nacional.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889).

CP: Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015)

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día vivimos en una realidad internacional. Las relaciones personales y laborales entre distintos países dan lugar a que cada vez más parejas sean internacionales, tanto es así, que España los matrimonios con al menos un cónyuge extranjero suponen un 14,3% de los matrimonios anuales. Según los datos del INE, en 2017 sólo en España se han celebrado más de 10.846 matrimonios siendo uno de los cónyuges extranjero, y alrededor de 2.000 matrimonios entre cónyuges extranjeros¹. Las barreras entre Estados poco a poco desaparecen, y se da una mayor mezcla entre ciudadanos de distintas culturas y territorios.

Tristemente hoy en día, al igual que aumentan los matrimonios internacionales y las parejas de hecho, también han aumentado las rupturas de estas². El aumento de las rupturas en estos casos, conlleva, muchas veces, el traslado ilícito de los hijos en común.

La facilidad para viajar y los lazos afectivos con el país de origen suponen que, en muchos casos de divorcio o separación, se dé el desplazamiento de los hijos por parte de uno de los padres desde su lugar de residencia habitual, atentando contra sus derechos fundamentales³. En su huida hacia el país del que proceden, los progenitores impiden que se dé una relación normal de los niños con el progenitor que se queda. Este cambio de la residencia habitual sin el consentimiento de ambos progenitores supone la privación del ejercicio de la patria potestad para el que se queda, así como de las responsabilidades, derechos y deberes que por naturaleza tienen los padres, y que están amparados por la Constitución⁴.

La gran importancia que ha ido adquiriendo este problema ha tenido como consecuencia la reforma de nuestra legislación nacional y de la legislación internacional, las cuales se

¹ A estos datos extraídos del INE hay que sumarle todas aquellas parejas que no han contraído matrimonio por lo que no han sido tenidas en cuenta para generar estas estadísticas. Datos disponibles en: http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176999&menu=ultiD atos&idp=1254735573002

² Según los datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística (INE): “Durante el año 2016 se produjeron un total de **101.294 casos de nulidad, separación y divorcio**, lo que supuso una tasa de 2,2 por cada 1.000 habitantes.”

³ Vid. GONZÁLVEZ VICENTE, P., “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº11, 2007, cit., p.73

Vid. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención en la vía civil y en la vía penal”, *Ministerio Fiscal*, 2016, cit., p.3

⁴ *Ídem*

han visto modificadas para dar respuesta eficaz a este tipo de situaciones en estos últimos años⁵.

En este tipo de secuestros, en los que el secuestrador es uno de los progenitores, se aprovecha el elemento internacional para conseguir crear vínculos artificiales de competencia judicial⁶. El Derecho Internacional Privado se fundamenta en cada derecho nacional lo que suscita conflictos⁷. Por tanto, para la resolución de estos casos, juega un papel fundamental la cooperación jurídica internacional. A través de Convenios como el de la Haya, de 25 de octubre de 1980 y de distintos reglamentos se intenta regular estos conflictos junto a las distintas legislaciones nacionales.

También es importante tener en cuenta que nuestra legislación contempla estas situaciones tanto en el ámbito civil como en el penal, y que estas sustracciones no solo se dan dentro de matrimonios y parejas de hecho, sino que se pueden dar en familias que acogen a menores o menores tutelados por la Administración⁸.

A lo largo de este trabajo vamos a analizar uno de los problemas jurídicos del Derecho de Familia con más repercusión a nivel internacional, la sustracción internacional de menores. Para ello, profundizaremos no solo en el concepto y los tipos de secuestros internacionales, sino que haremos también una revisión de su regulación nacional e internacional y los significativos cambios que ha sufrido la legislación sobre este tema en los últimos años. Tras el estudio legislativo, finalizaremos analizando la jurisprudencia más relevante sobre las causas por las cuales un menor, a pesar de haber sufrido un

⁵ Vid. GONZÁLVEZ VICENTE, P., “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, *op. cit.*, pp. 73 y 74.

⁶ Vid. SORIANO IBÁÑEZ, B., “Las relaciones paterno filiales. La sustracción parental”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2017, *cit.*, p. 22.

⁷ El Derecho Internacional Privado es el sector del derecho estatal que regula las situaciones privadas internacionales. Se ocupa de regular las situaciones jurídicas privadas e internacionales entre sujetos que se encuentren en posición de igualdad, es decir, relaciones jurídicas horizontales (entre sujetos privados - personas particulares o jurídicas - y, el Estado siempre que actúe sin *imperium*). La regulación abarca: la jurisdicción internacional, ley aplicable, eficacia internacional de actos y decisiones y cooperación internacional de autoridades. (Profesora Adroher, Apuntes Derecho Internacional Privado I). El hecho de que el Derecho Internacional Privado se base en el derecho de cada Estado supone que muchas veces se da un choque entre las distintas legislaciones de los países complicando la resolución de los casos.

⁸ Normalmente interpretamos que este delito se da en el seno de una familia, no cayendo en la cuenta de que en las familias que acogen a menores o los menores tutelados, el parentesco adoptivo se debe equiparar en este caso al natural.

Cfr. DE LA ROSA CORTINA, J.M., “El delito de la sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de Estudios Jurídicos*, junio 2017, *cit.*, p. 24.

traslado ilícito, permanece en el país donde está retenido ilícitamente, no dándose una restitución inmediata.

2. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

2.1. Concepto

Analizando la doctrina sobre esta materia, encontramos dos definiciones distintas, pero complementarias, de lo que se considera sustracción internacional de menores. Cada una de ellas destaca características esenciales a la hora de analizar este tipo de secuestro, una desde el punto de vista jurídico y otra desde el punto de vista sociológico.

La primera definición de sustracción de menores la extraemos de la Fiscalía General del Estado, que considera que se da la denominada sustracción internacional de menores, “*International Child Abduction*” o “*Enlèvement d’Enfant*”, cuando un menor es trasladado ilícitamente por uno de los padres a un país distinto al de residencia habitual, 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 del otro progenitor a decidir sobre el lugar de residencia del menor⁹. También se denomina a este secuestro, “*legal kidnapping*” o secuestro legal de menores¹⁰.

La segunda definición se centra en el aspecto sociológico, considerando que la retención del menor es una manera de chantajear al otro progenitor, describiéndose por De la Rosa como “*la conducta que ejerce un familiar cuando retiene a un menor privándole de contacto con el otro progenitor, como expresión de un conflicto interno, que se resuelve utilizando al menor como un instrumento de chantaje emocional*”¹¹.

⁹ Vid. Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, *op. cit.*, p. 2.

Vid. CALVO CARAVACA, A.-L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta. Sustracción internacional de menores”. *Derecho Internacional Privado II*, 2017, *cit.*, pp. 597 y 598.

Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, *cit.*, p.131.

¹⁰ Vid. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta. Sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, pp. 597 y 598.

¹¹ Cfr. DE LA ROSA CORTINA, J.M. [*Non-vid.* JIMÉNEZ BADOS, M.P. “La Sustracción Internacional de Menores...”, *op. cit.*, p. 5]

Vid. DE LA ROSA CORTINA, J.M., “El procedimiento para la restitución de menores en casos de sustracción internacional: perspectivas de futuro”, *Fiscalía General del Estado*, octubre 2014, *cit.*, p. 4.

Ambas definiciones son clave para entender las razones y lo que implica el traslado de los menores fuera de su residencia habitual.

En estas situaciones, el elemento transnacional es el que genera mayores dificultades, ya que el sustractor se refugia normalmente en su país de origen, creando un fuero artificial mediante el cual pretende obtener pronunciamientos de custodia más beneficiosos para su persona¹². Con su huida a otro país busca un Tribunal “*ad hoc*” que favorezca la solución de estos casos¹³. Es más fácil de resolver cuando la sustracción se da dentro de un mismo Estado, ya que los Tribunales tienen más claras las normas que aplicar y se pronuncian con mayor seguridad¹⁴.

El desplazamiento ilícito de menores ha sido objeto de regulación, tanto a nivel nacional, como a nivel comunitario e internacional¹⁵. Para que sean de aplicación los convenios y normas comunitarias para resolver este tipo de conflictos, tienen que concurrir distintas situaciones: que se dé el elemento transnacional, el de temporalidad, ya que hay unos límites temporales para que se considere sustracción internacional de menores, y que se produzca una retención ilícita que impida a uno de los progenitores ejercer su derecho de custodia o visita¹⁶.

¹² Cfr. Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, *op. cit.*, p.2

Vid. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores...” *op. cit.* p. 40

¹³ Vid. LIÉBANA ORTIZ, J.R., “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *REDUR 13*, diciembre 2015, *cit.*, p.84

¹⁴ Se trata de un tema regulado a nivel nacional, europeo e internacional. Como ya hemos mencionado antes, el carácter multidisciplinar de la regulación y las diferencias legislativas entre los países dificultan mucho la resolución de los casos internacionales. Si se dan dentro del ámbito nacional no hay choque de legislaciones por lo que se reducen los conflictos a la hora de dictaminar por parte del tribunal, además de que el dominio de las normas nacionales es mayor.

Cfr. Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015, *op. cit.*, p. 2

¹⁵ Vid. GONZÁLVIZ VICENTE, P., “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, *op. cit.*, p. 68-124.

¹⁶ Vid. Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015, *op. cit.*, p. 2

Vid. LIÉBANA ORTIZ, J.R., “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, p. 84

Vid. Artículo 3 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE de 24 de agosto de 1987)

Vid. Artículo 12 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE de 24 de agosto de 1987)

2.2. Elementos esenciales de la sustracción internacional de menores

Como ya hemos mencionado en la introducción, los traslados de lugar de residencia son cada vez más comunes, ya que nos encontramos en una época donde la movilidad internacional es muy frecuente. Para que estos movimientos, cuando implican a menores, se puedan encuadrar dentro del ámbito de aplicación de las principales tratados o convenios internacionales que regulan la sustracción, deben darse las siguientes condiciones:

2.2.1. Transnacionalidad

Como podemos comprobar en la propia definición de sustracción establecida por el Ministerio Fiscal, “*se produce la sustracción cuando un menor es trasladado ilícitamente a un país distinto de donde reside habitualmente*”¹⁷. El elemento de la territorialidad es muy importante, porque dependiendo de a qué país se realice el traslado nos podemos encontrar con distintos supuestos. Según varíe el elemento de extranjería asociado a esta situación, varía también la calificación y los mecanismos jurídicos necesarios para la restitución del menor. En función de la normativa aplicable podemos diferenciar tres supuestos:

- Sustracción nacional¹⁸: cuando el traslado y la retención se dan dentro del territorio nacional. No existe, por tanto, el elemento de extranjería asociado a este hecho, siendo los mecanismos jurídicos aplicables los de la legislación nacional. Serían de aplicación la normativa nacional civil y penal, así como, la normativa comunitaria¹⁹.

¹⁷ Cfr. Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015, *op. cit.*, p. 2

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

¹⁸ *Vid.* AZCÁRRAGA MONZÓNIS, C., “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, nº 20, 2015, pp. 192-213.

Vid. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta. Sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, p. 636.

¹⁹ Tenemos que recordar que prima el Derecho de la Unión Europea frente a la normativa nacional. Esta primacía se refleja en la interpretación de la legislación nacional siguiendo los criterios de la Unión Europea, prevaleciendo siempre en caso de conflicto, la normativa de la Unión Europea.

A este respecto la Sentencia de la AP de Baleares de 17 de julio nº 266/2017 es muy esclarecedora: “*La Ley que, en este caso, está constituida por las normas de Competencia judicial internacional vigentes en la Unión Europea en orden a resolver los aspectos relativos a la responsabilidad parental del menor en asuntos transfronterizos, contenidas en el Reglamento 2201/03, que tiene primacía y efecto directo, frente a la Ley interna, para regular la materia*”. Fundamento jurídico segundo.

- Europea o comunitaria²⁰: en este caso sí se da un elemento de extranjería. El traslado ilícito del menor se realiza a otro país de la Unión Europea, se traspasan las fronteras españolas, siendo de aplicación en este supuesto el Reglamento 2201/2003, 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 1347/2000 (en adelante Reglamento Bruselas II bis), complementado por el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante Convenio de La Haya de 1980)²¹. En este caso, según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Segunda, 15 de Julio de 2010 prima el Reglamento frente al Convenio apoyado en lo que establece el artículo 60 del Reglamento nº 2201/2003: *“dispone que este Reglamento primará, entre otros, frente al Convenio de La Haya de 1980”*²²²³.
- Entre países miembros del Convenio de La Haya de 1980²⁴: se aplica el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, siempre que la sustracción se de entre países parte del Convenio no pertenecientes a la Unión Europea, es decir, es de aplicación en el ámbito internacional no comunitario. Puesto que, si la sustracción es intracomunitaria, el mecanismo legislativo aplicable sería el Reglamento Bruselas II Bis.
- Podríamos encontrar un cuarto supuesto, si el país de destino no se encuentra entre los países que han ratificado el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980,

²⁰ Vid. GARCÍA REVUELTA, C., “Aplicación práctica del Convenio de La Haya y el Reglamento 2201/2003. El papel de la Autoridad Central”, *I Jornada sobre Sustracción Parental Internacional de Menores*, octubre 2013, *cit.*, p. 1.

²¹ 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 (BOE de 23 de diciembre de 2003). Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (BOE 24 de agosto de 1987).

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Segunda, 15 de Julio de 2010 (nº C-256/2009). Fundamento Jurídico Veintiséis.

²³ Vid. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I. “Jurisprudencia Española y Comunitaria de Derecho Internacional Privado. (Comentario a la Sentencia de Tribunal de Justicia de la UE, de 5 de octubre de 2010 (C-400/10))”. *Revista Española de Derecho Internacional*, sección jurisprudencia, vol. LXII/2, 2010, pp. 241-244. En esta sentencia el propio Tribunal recalca: *“la primacía del Reglamento sobre el CLH 1980 en aquellas materias en las que el campo de aplicación coincide”*.

²⁴ Vid. GARCÍA REVUELTA, C., “Aplicación práctica del Convenio de La Haya y el Reglamento 2201/2003. El papel de la Autoridad Central”, *op. cit.*, p. 1.

sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. En este caso habrá que ver si existe un convenio bilateral aplicable²⁵. Si no existiese dicho convenio bilateral, tendríamos que esperar al exequatur de la resolución²⁶.

2.2.2. *Temporalidad*

Se trata de un elemento central para la resolución de los casos de sustracción, ya que los límites temporales condicionan completamente el fallo judicial. La acción de restitución debe ser ejercida por el progenitor que ve afectado su derecho de visita o custodia de forma inmediata, ya que el transcurso del tiempo consolida determinadas situaciones, pues se entiende que el niño ya está integrado en el nuevo entorno, por lo que se vuelve más difícil su restitución²⁷. El plazo es esencial principalmente en el caso de sustracción internacional dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya, ya que este convenio es un mecanismo de restitución inmediata, y el paso del tiempo dificulta esta

²⁵ Vid. GARCÍA REVUELTA, C., “Aplicación práctica del Convenio de La Haya...”, *op. cit.*, p. 2

En esta ponencia García Revuelta destaca los siguientes convenios bilaterales:

“Convenio entre el Reino de España y el **Reino de Marruecos** sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE de 24 de junio de 1997). Marruecos recientemente ha firmado el Convenio de la Haya de 1980; Tratado entre el Reino de España y la **República Popular China** sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992 (BOE 31 de enero de 1994); Convenio entre el Reino de España y la **Federación Rusa** sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 28 de octubre de 1990 (BOE 25 de junio de 1997); Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y la **República de Túnez** sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001 (BOE 1 de marzo de 2003); Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la **República Argelina Democrática y Popular** y el Reino de España (BOE 1 de mayo de 2006); Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la **República Islámica de Mauritania**, hecho el 12 de septiembre de 2006 (BOE 8 de noviembre de 2006).

Con los restantes estados tendremos que estar al reconocimiento de resoluciones extranjeras y la correspondiente ejecución de las mismas, conforme a las normas generales.”

²⁶ Cfr. GARCÍA REVUELTA, C., “Aplicación práctica del Convenio de La Haya...”, *op. cit.*, p. 2.

²⁷ Cfr. VELARDE D’AMIL, Y. “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”. *Revista de Derecho UNED*, núm.17, 2015, pp. 1279-1301, *cit.*, p. 1289: “Por consiguiente, el tiempo corre en contra del progenitor sustraído ya que es frecuente que, por el colapso generalizado de los Tribunales, se sobrepase el **plazo de un año** desde el SIM, y se desaconseje el retorno, por considerarse que en el nuevo lugar de residencia ya el menor tiene cierto arraigo y podría resultar más perjudicial que beneficioso para el interés superior del menor, la restitución a su lugar de residencia habitual antes del secuestro”

inmediatez²⁸. El artículo 12 del mismo hace referencia al elemento temporal y a la integración del menor²⁹:

*Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido **un período inferior a un año** desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente **ordenará la restitución del inmediata del menor**. La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la **expiración del plazo de un año** a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la **restitución del menor**, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado **integrado en su nuevo medio**.³⁰*

La integración del menor es elemental a la hora de valorar si procede su restitución, pues “*constituye un elemento de ponderación imprescindible en relación con el objeto y fin del Convenio de La Haya de 1980 y de conformidad con sus previsiones, por lo que su valoración es esencial, cuando se trata del procedimiento de inmediata restitución*”³¹.

La temporalidad está estrechamente ligada al interés superior del menor, hasta tal punto que, independientemente del tiempo que haya pasado, hay que considerar la integración del menor en su nuevo entorno como un elemento fundamental³². Prueba de la gran importancia que está adquiriendo el interés superior del menor es la Sentencia del Tribunal Constitucional (sala 2ª) de 1 febrero de 2016, que analiza un tema más bien novedoso o poco frecuente, y en el que, por primera vez, considera que el interés superior

²⁸ A nivel comunitario, el 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, remite al Convenio de La Haya de 1980 para los casos de restitución como establece en una de sus consideraciones: “*En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11.*”

A nivel nacional, el **artículo 778 quáter de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil** insta que el procedimiento será de carácter urgente y preferente y serán de aplicación las normas establecidas para los casos de sustracción de menores dentro del ámbito comunitario y entre países parte en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980: “*El procedimiento tendrá carácter urgente y preferente. Deberá realizarse, en ambas instancias, si las hubiere, en el **inexcusable plazo total de seis semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud** instando la restitución o el retorno del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible.*”

²⁹ Artículo 12 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (BOE 24 de agosto de 1987).

³⁰ En el Convenio, por tanto, se tiene en consideración el tiempo que transcurre entre el traslado ilícito y la fecha de iniciación del procedimiento. Siendo posible la denegación de la restitución si entre estos dos hechos transcurre más de un año.

³¹ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16). Fundamento Jurídico Décimo.

³² *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta...”, *op. cit.*, p. 622

del menor está por encima de la pugna por su custodia. En este caso de sustracción, el proceso se dilata durante casi veinte meses desde su inicio, que se produjo tres meses después de la sustracción de la menor por vicisitudes procesales. El Tribunal, a pesar de que las causas de dilación no fueron provocadas por los progenitores, hace prevalecer el interés superior del menor frente a cualquier disputa por su custodia³³. En esta sentencia el Tribunal decreta que:

*En este prolongado periodo de tiempo, y sin olvidar la corta edad con que cuenta la menor (seis años en la actualidad), resulta patente que ha podido producirse una plena integración de la niña en su nuevo medio, lo que es necesario, en todo caso, valorar, a fin de hacer efectivo el principio de superior interés de la menor... **Las dilaciones en el procedimiento de restitución, cualesquiera que sean las razones y los responsables de esa demora, no pueden impedir que se valore la situación actual de integración en el nuevo medio**³⁴.*

2.2.3. Custodia

Para que la sustracción se considere ilícita hay que valorar, también, el concepto de custodia y la privación de la misma que puede suponer el traslado. La custodia aparece definida, a grandes rasgos, por el Convenio de La Haya de 1980 en su artículo 5, que no da una definición en sí misma, sino que configura su contenido mínimo³⁵. Esta descripción nos sirve como guía, pero cada Estado configura los límites del derecho de custodia a través de su legislación nacional, surgiendo a veces conflictos entre las legislaciones de los países de los progenitores.

La Fiscalía General de Estado establece como criterio a seguir que, independientemente de quien tenga atribuida la guarda y custodia, al realizarse el traslado se viola el derecho del progenitor custodio a poder ejercer su derecho como tal; y al progenitor no custodio el derecho a relacionarse con su hijo³⁶. También es importante conocer si, conforme al Derecho del país de origen, se precisa el consentimiento de ambos progenitores para el cambio de residencia habitual³⁷.

³³ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16). Fundamento Jurídico Décimo.

³⁴ STC (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16), Fundamento Jurídico Décimo.

³⁵ Vid. LIÉBANA ORTIZ, J.R., “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, p. 97

³⁶ Vid. Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015

Cfr. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores...”, *op. cit.*, p. 3

³⁷ Vid. Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015, *op. cit.*, p. 2

Desde el punto de vista de nuestro derecho interno, la jurisprudencia y la normativa foral, consideran que los cambios de residencia de menores exceden de las facultades incluidas en la guardia y custodia, requiriendo del acuerdo entre los titulares de la patria potestad³⁸. Por tanto, es necesario el consentimiento de ambos progenitores y en su defecto, una autorización judicial³⁹. Es especialmente clara en este punto, entre otras sentencias, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 11 de Santander, de 28 de septiembre de 2012, que concreta lo siguiente: “*En nuestro Derecho interno, en los casos de ruptura convivencial de los progenitores, el guardador precisa, respecto a la decisión sobre el cambio de residencia habitual de un menor y para su adopción, del consentimiento del no custodio o, en su defecto, autorización judicial*”⁴⁰.

Así pues, es importante determinar si, además del derecho de custodia, el progenitor tenía atribuido el derecho a decidir sobre el lugar de residencia de sus hijos ya que, dándose esta circunstancia, no nos hallaríamos ante un traslado ilícito.

2.3. Tipos de sustracción

Atendiendo a la definición dada anteriormente, nos encontramos ante distintos tipos de sustracción, que varían según la territorialidad y según quién de los progenitores lleve a cabo el traslado ilícito, que provoca la infracción del régimen de visitas y de custodia.

2.3.1. Según la titularidad de la custodia

- En primer lugar, nos podemos encontrar que quien realiza el traslado ilícito es el progenitor que posee el derecho de custodia y, qué, por consiguiente, limita el derecho de visitas del otro progenitor⁴¹.

³⁸ *Cfr.* Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015, *op. cit.*, p. 85 y *Cfr.* DE LA ROSA CORTINA, J.M., “El delito de la sustracción de menores...”, *op. cit.*, p. 79. Ambas establecen que este hecho es mucho más claro si se analiza desde la perspectiva del derecho propio de las Comunidades Autónomas, en particular, la normativa catalana remitiendo al Código civil de Cataluña.

Vid. Artículos 236-11, 236-13, y 236 -17.2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010).

³⁹ *Idem*

⁴⁰ Sentencia Juzgado de Primera Instancia Nº 11 de Santander de 28 de septiembre de 2012, nº000435/2012. Fundamento Jurídico Primero.

⁴¹ *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta. Sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, p. 597.

- En segundo lugar, puede ser que ambos progenitores compartan el derecho de custodia y, por ende, al llevar acabo el traslado, el otro progenitor no puede disfrutar del derecho de custodia que comparten⁴².
- Por último, encontramos el caso del progenitor no custodio que utiliza su régimen de visitas para trasladar a su hijo fuera de su residencia habitual⁴³.

Estos tres casos se solucionan de manera diferente atendiendo a su territorialidad, dependiendo de si la retención se da en territorio nacional, internacional o comunitario.

2.3.2. Según el país de destino

Volviendo a hacer referencia aquí al elemento de la territorialidad, según el país al que se realice el traslado nos podemos encontrar:

- 1) Con que el traslado se realiza a otro país europeo. En esta situación encontramos más problemas a la hora de establecer la competencia judicial. A pesar de ello, gracias a los convenios y reglamentos, esta tarea deviene mucho más fácil. Si se da entre países de la Unión Europea, sería de aplicación el ya mencionado Reglamento de Bruselas II Bis complementado con el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980⁴⁴.
- 2) Que el desplazamiento se realiza a un país no europeo pero miembro del Convenio de La Haya. En este caso la solución es más fácil pues es de aplicación inmediata el Convenio, y si es dentro de países de la Unión Europea, es aún más sencillo, pues los reglamentos que regulan el reconocimiento y ejecución de las sentencias en otro país miembro allanan el camino de la restitución.
- 3) Otra situación de traslado, y quizás la más complicada, es si el país no es signatario del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. El hecho de que no sea firmante complica la resolución, siendo casi imposible la restitución cuando el país de destino del traslado ilícito es un país con un sistema judicial y

⁴² Vid. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores...”, *op. cit.*, p.5
 Vid. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sustracción Internacional de menores: una visión general”, pp.115-120

⁴³ *Idem*

⁴⁴ Vid. Reglamento Bruselas II bis.
 Vid. Convenio de La Haya de 1980.

valores sociales radicalmente distintos a los de los firmantes del Convenio de La Haya de 1980⁴⁵.

Sin embargo, entre los países que no son parte en el Convenio de La Haya de 1980 tenemos que hacer una distinción entre los países no parte con los que existe algún convenio bilateral o multilateral, y con aquellos con los que no existe ningún tipo de acuerdo⁴⁶.

- a. Si el país no es miembro del Convenio, pero posee con el país de residencia habitual un convenio bilateral o multilateral, la solución a este conflicto se enmendaría aplicando dicho convenio.
- b. El caso con más espinoso es cuando el traslado ilícito se realiza a un tercer estado con el que no se ha firmado convenio bilateral o multilateral. En este caso, la restitución es más complicada, sobre todo si las culturas son muy dispares. La dificultad radica en que las normas de Derecho Internacional Privado que regulan este hecho varían en cada Estado, y los tribunales de un Estado suelen atribuir la custodia al progenitor que ostenta su nacionalidad⁴⁷. En los últimos años ha aumentado el denominado “nacionalismo jurídico” entendido por la Fiscalía General del Estado como “*La tendencia a amparar al sustractor por parte de las autoridades de su misma nacionalidad por entender que en el país de recepción va a estar mejor, ha sido desde siempre un factor que ha alentado la comisión de sustracciones*”⁴⁸.

⁴⁵ Un ejemplo del último caso expuesto es el que se dio entre una madre española y su expareja iraquí. El padre aprovechó un fin de semana que tenía a su hija para secuestrarla y llevársela a Irak, país de origen del padre en 2006. Tres años después, se produce la restitución de la menor tras arduos años de lucha con la ayuda del Ministerio de Asuntos Exteriores y el embajador de España en Irak. https://elpais.com/diario/2009/04/13/sociedad/1239573602_850215.html
Vid. Convenio de La Haya de 1980.

⁴⁶ Vid. GARCÍA REVUELTA, C., “Aplicación práctica del Convenio de La Haya y el Reglamento 2201/2003. El papel de la Autoridad Central”, *cit.*, 1

Vid. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M. “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.8, nº2, 2016, *op. cit.* p. 48.

Vid. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores...”, *op. cit.*, p.48.

⁴⁷ Cfr. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). “Sustracción Internacional de menores: una visión general”, *op. cit.*, p.116

⁴⁸ Cfr. Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015, *op. cit.*, p.2. La Fiscalía considera que el nacionalismo jurídico es “*El recurso retórico al interés del menor para rechazar el retorno esconde en ocasiones esta mentalidad profundamente perturbadora*”.

Vid. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sustracción Internacional de menores: una visión general”, *op. cit.*, p.116

Con todo, siempre que exista algún tipo de convenio o acuerdo entre los países de origen y destino de la sustracción, será más fácil resolver el conflicto y restituir al menor a su residencia habitual. Sin embargo, si no existe acuerdo la dificultad del retorno aumenta exponencialmente, siendo en muchos casos casi imposible.

3. LEGISLACIÓN APLICABLE: NACIONAL E INTERNACIONAL

Como ya hemos mencionado, la sustracción internacional de menores es una realidad que está aumentando de manera exponencial, no solo en España sino también en otros países⁴⁹. En estos casos, es tan importante la legislación nacional como la internacional.

El punto de arranque para resolver estas situaciones está en determinar la atribución del derecho de custodia. Al tratarse de un hecho que se regula por el Derecho Internacional Privado de cada país, cada Estado regula esta situación a través de su derecho interno, determinando si se da, o no, una retención ilícita. El hecho de que la regulación sea interna puede dar lugar a conflictos en la interpretación de las facultades y obligaciones que otorga el derecho de custodia⁵⁰.

Para intentar solucionar las diferencias existentes entre las distintas legislaciones nacionales es importante que existan reglamentos, convenios o acuerdos internacionales que faciliten las resoluciones a los tribunales y permitan que las sentencias sean reconocidas en otros países.

3.1. Legislación nacional: Civil, Penal y Procesal

La legislación nacional de la sustracción internacional de menores es multidisciplinar, pues se regula no solo a nivel civil y procesal, sino también a nivel penal. A medida que han ido aumentando los casos, la legislación nacional ha ido modificando su regulación endureciendo las penas asociadas a este delito y adaptándola a la normativa comunitaria e internacional.

Según Calvo Caravaca y Carrascosa, encontramos distintos casos en los que cabe acudir a las normas de producción internas⁵¹:

⁴⁹ MINISTERIO DEL INTERIOR. “Informe sobre personas desaparecidas en España”, *Ministerio de Interior*, enero 2017, *op. cit.*, p. 43-44. Desde 2010 se han conocido sólo en España más de 2.089 casos de sustracción internacional de menores.

⁵⁰ *Cfr.* LÁZARO GONZÁLEZ, I.E, Y EZQUERRA UBERO, J.J., “El “derecho de custodia” en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 83-84, 2011, *cit.* p. 295.

⁵¹ *Cfr.* CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sustracción Internacional de menores: una visión general”, *op. cit.*, pp.151-153.

- Menor residente en España y trasladado al extranjero⁵². En este caso, si el menor ya ha sido desplazado al extranjero, caben dos vías: litigar en el país que se encuentra el menor o, aplicando las normas internas, se podría litigar en España y lograr una resolución judicial que posteriormente se intentará reconocer y ejecutar en el país extranjero al que ha sido trasladado el menor (*exequatur*). También sería posible acudir a la vía penal, ya que se trata de un delito tipificado por nuestro Código Penal⁵³.
- Si el menor reside en España y corre el peligro de ser trasladado al extranjero⁵⁴. El juez español, en este caso, puede aplicar diversas cautelas, que más tarde analizaremos, establecidas en el Código Civil, además de tener el poder de decidir sobre la guarda y custodia del menor.
- Menor residente en el extranjero y trasladado ilícitamente a España⁵⁵. Aquí cabrían dos vías para el retorno del menor⁵⁶. La primera sería intentar conseguir el *exequatur* en España de la resolución judicial extranjera, sin embargo, por esta vía se acaba dilatando mucho el proceso pues es lenta y ardua. La segunda sería intentar el ejercicio de una nueva acción en España, aportando datos importantes que haga que se cambien las medidas sobre custodia adoptadas⁵⁷.

3.1.1. *Ámbito Civil: medidas necesarias en caso de sustracción*

Para abordar las cuestiones civiles de la sustracción, tomamos como punto de partida el derecho de custodia de los progenitores. La regulación nacional recoge este derecho en los artículos 90 y siguientes del Código Civil⁵⁸. En estos artículos se establece que el convenio regulador, en caso nulidad, separación o divorcio, tendrá que contener la

⁵² Cfr. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta. Sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, pp.636-637.

⁵³ STERN BRIONES, E. [*Non-vid.* DE LA ROSA CORTINA, J.M., “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *op. cit.* p. 50 “cuando existe algún tipo de Convenio en vigor, la aplicación de éste en materia de restitución de los menores viene en la práctica a desplazar al derecho penal en beneficio del derecho civil o internacional privado; pero el problema se presenta cuando no existe ese Convenio entre el país de salida y el de acogida del menor. En estos casos, el Derecho Penal vuelve a desplegar toda su vigencia, quedando el *exequatur* como medio de reconocimiento de las resoluciones de otro Estado con el fin de homologar la resolución sobre la custodia del menor”.]

⁵⁴ Cfr. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta. Sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, p. 637.

⁵⁵ Cfr. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta. Sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, pp.638-639.

⁵⁶ Cfr. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta. Sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, p.639.

⁵⁷ *Ídem*

⁵⁸ Código Civil, publicado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889 (BOE 25 de julio de 1889).

distribución del ejercicio de la custodia, el cuidado, el régimen de visitas y en su caso, la patria potestad⁵⁹. No solo se incluye en estos artículos el derecho de tener al menor consigo, sino que también se establecen las medidas necesarias para su manutención y la obligación que tienen los progenitores para con sus hijos.

Resultan también de especial interés dos artículos en concreto que son: el artículo 103.1 y 158⁶⁰.

El artículo 103 del Código Civil establece en el apartado primero que:

Quando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor⁶¹.*

El artículo 158 añade medidas similares a las establecidas por el artículo 103 del Código Civil, pero relativas a la acción de los jueces en las relaciones paterno-filiales. Este artículo permite a los jueces actuar de oficio cuando se den situaciones de urgencia en beneficio de aquellos⁶². El artículo decreta que:

El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará⁶³: 3º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*

⁵⁹ Artículos 90-92 del CC.

⁶⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de junio de 2004, nº149/2004 “**Los artículos 103 y 158 del Código Civil** contemplan la posibilidad de prohibir la salida del menor del territorio nacional siempre que exista un riesgo de sustracción por alguno de sus progenitores, pero sólo puede hablarse de sustracción, de conformidad con el artículo 3 del Convenio de La Haya, cuando se produzca con infracción de un derecho de custodia, la que, en el caso, ha sido atribuida a la Sra. Amanda por la sentencia que decretó la separación de su cónyuge.” Fundamento Jurídico Primero.

⁶¹ Este párrafo fue añadido por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (BOE núm. 296, de 11-12-2002).

⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de marzo nº45/2012. Fundamento Jurídico Segundo.

⁶³ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 17 de enero nº15/2017 se establece que el artículo 158.3 del CC “*Es una medida legal que tiene por objeto evitar una sustracción internacional de menores en territorio español, definida de este modo tanto si se realiza por uno de los progenitores como por una tercera persona con su autorización, y se adopta teniendo en cuenta el interés de los hijos menores, que tiene prioridad a los intereses de los progenitores. Y la finalidad de evitación de un riesgo de sustracción del menor, excluye una prueba plena y una certeza absoluta sobre el proyecto de llevarla a cabo, bastando la apreciación de unos indicios de probabilidad o verosimilitud, en definitiva, siendo lo habitual que se acuerde con ausencia de prueba directa, que no debe extrañar por no tratarse de datos a los que suele acompañar su exteriorización pública*”. Fundamento Jurídico Cuarto.

- b) *Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*
- c) *Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*

En consecuencia, estos dos artículos tienen como finalidad salvaguardar el interés preferente de dicho menor, así como proteger y garantizar la seguridad del mismo. Se trata de principios básicos y orientadores de la actuación judicial, que concuerdan con el principio constitucional de protección integral del menor.

3.1.2. Ámbito Penal: la sustracción internacional como delito

La sustracción no estaba contemplada como delito por el Código Penal español, hasta que con la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores⁶⁴, se modificó el Código Penal con la finalidad de proteger a los menores de las consecuencias negativas que los supuestos de crisis familiares y determinadas conductas de los progenitores pudiesen ocasionarles. Posteriormente, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal introdujo nuevos cambios en los artículos previamente modificados por la Ley Orgánica 9/2002⁶⁵.

Entre las modificaciones que introdujeron en el Código Penal la Ley Orgánica 9/2002, y la Ley Orgánica 1/2015 encontramos las siguientes:

Por un lado, introduce un segundo apartado en el artículo 224 que dispone que, en estos casos, ya no solo se castiga a los padres por la infracción del régimen de custodia, sino que, además, también se castiga el empujar a los menores a que sean ellos los que infrinjan dicho régimen, castigándoles con la pena de seis meses a dos años de cárcel⁶⁶. Posteriormente, este mismo artículo ve su redacción modificada con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ya que el término “*persona con discapacidad necesitada de*

⁶⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995). Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (BOE de 11 de diciembre de 2002). En la exposición de motivos se enuncian las modificaciones llevadas a cabo: “*Esta Ley, añade una nueva sección en el Código Penal dentro del capítulo III del Título XII del Libro II; agrega un apartado al artículo 224, añade el art. 225 bis y modifica el artículo 622*”.

⁶⁵ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015).

⁶⁶ *Cfr.* Artículo 224 del CP.

especial protección” se añade en sustitución del termino “*incapaz*” en todo el Código Penal⁶⁷.

Por otro lado, la Ley 9/2002 añade al Código Penal el artículo con más relevancia jurisprudencial, el artículo 225 Bis. Este artículo determina las situaciones de sustracción de menores que se castigarán con pena de prisión y, en caso de no justificación sin que se dé el retorno inmediato o dentro de los quince primeros días del menor, se añade a esta pena la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por un tiempo de entre cuatro y diez años. Además, establece que quedan exentos de pena todos aquellos sustractores, que durante las primeras veinticuatro horas comuniquen el lugar de estancia al otro familiar y se comprometan a la devolución inmediata del menor⁶⁸.

Este controvertido artículo ha sido objeto de mucho análisis. Recientemente, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (AN) ha roto la línea jurisprudencial seguida con respecto a la interpretación del delito de sustracción de menores tipificado en el artículo expuesto supra. En su sentencia de 15 de marzo nº10/2016, la AN establece que no es necesario que exista un régimen de custodia fijado para que el comportamiento llevado a cabo por el progenitor que se lleva o retiene al niño se encuadre en el delito de sustracción determinado por el artículo 225 bis. Hasta el momento, la propia AN introducía como requisito imprescindible que se hubiese fijado un régimen de custodia, de modo que, para que se considerase ilícito el traslado, tenía que incumplirse el régimen de custodia establecido por pronunciamiento judicial⁶⁹. En el caso establecido en esta sentencia, el padre no podía considerarse sujeto activo del delito ya que era progenitor custodio; no obstante, la AN resuelve que, para que el traslado no se considere ilícito, requiere del mutuo acuerdo de los padres. Esta sentencia supone un desvío radical de la interpretación que se había hecho de esta cuestión hasta el momento⁷⁰.

⁶⁷ Artículo 224 del CP.

⁶⁸ Artículo 225 bis del CP.

⁶⁹ El artículo 225. 2 bis del CP considera sustracción: “*2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa*”.

⁷⁰ En la sentencia 21/2015 de 2 de noviembre, el Juzgado Central de lo Penal, núm. 1, absolvió al padre por el delito de sustracción internacional de menores al considerar que: “*Según la jurisprudencia (menor) de las Audiencias Provinciales, este delito solo puede cometerse cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro cónyuge o progenitor; Con esta figura delictiva no se protege un eventual derecho de la madre sobre la niña sino el bienestar de ésta, determinado judicialmente y cuando así se determine*”. Fundamento Jurídico Primero.

También es importante mencionar el derogado artículo 622, que regulaba las faltas en sustracción de menores *“Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses⁷¹”*.

Este artículo fue modificado primero por la Ley Orgánica de 2002 y, posteriormente, por la Ley Orgánica de 2015⁷². Con esta última reforma, según resulta del Preámbulo, el legislador consideró que: *“La reducción del número de faltas -delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles⁷³”*. Esta reforma ha tenido una gran repercusión, ya que ahora los incumplimientos leves en el régimen de custodia o visitas serán objeto de ejecución por vía civil o, en su caso, darán lugar a procedimientos de modificación de dicho régimen⁷⁴.

3.1.3. Ámbito Procesal: Retorno de los menores en caso de sustracción internacional⁷⁵

Hasta hace tan solo unos años, el procedimiento por el que se enjuiciaban los casos de sustracción de menores era el regulado por los artículos 1901 a 1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Sin embargo, esta regulación, debido a su escasa

Posteriormente, la AN en el recurso de apelación, extiende la interpretación del artículo 225 bis, estableciendo que para que la decisión de traslado no sea ilícita *“...ha de ser tomada, en interés del menor, pero de mutuo acuerdo para que no tenga trascendencia penal. Lo que es ilícito civilmente se traslada al campo penal, por aplicación de artículo 225 bis del Código Penal, y la trasposición del artículo 3 que es fuente normativa.”* Fundamento Jurídico Primero.

Ello ha dado lugar a que, implícitamente, los órganos judiciales hayan conferido al precepto citado de una amplitud de prohibición penal que va más allá de la que el tipo establece de forma precisa.

⁷¹ Artículo 622 del CP, que modifica por el art. 4 de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre.

⁷² La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo en su exposición de motivos establece que *“...se deroga el artículo 622 del Código Penal sin incluir nuevas sanciones delictivas, pues las conductas más graves de incumplimiento de deberes familiares están ya tipificadas como delito en los artículos 226 y siguientes. Y los incumplimientos graves de convenios o sentencias pueden dar lugar a responsabilidad por desobediencia. Los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente tienen un régimen sancionador en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*

⁷³ Cfr. Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁷⁴ Vid. DE LA ROSA CORTINA, J.M., “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, *op. cit.* pp.7-8.

⁷⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (En adelante la denominaremos LEC) (BOE 8 de enero de 2000).

adaptación a la realidad, y la falta de uniformidad en cuanto a su interpretación por los órganos jurisdiccionales, fue derogada por la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria⁷⁶.

Con esta reforma, entra en vigor una nueva regulación que se encuadra como un procedimiento independiente dentro de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores⁷⁷. Según señala Julio Jesús López Ordiales, Fiscal Provincial de Badajoz: *“Con la modificación normativa, las autoridades españolas no deberían acordar el retorno o restitución de un menor supuestamente objeto de un traslado o retención ilícitos si no existe vinculación de nuestro país con ninguna norma internacional. En estos casos, el reclamante debería necesariamente acudir a los mecanismos generales de exequátur y de cooperación judicial internacional vigentes en cada momento*⁷⁸”.

La intención de esta reforma es facilitar una concentración de la jurisdicción, para que estén armonizadas con las recomendaciones y estándares internacionales, y así alcanzar una mayor especialización de Jueces y Fiscales, facilitando con esto la respuesta judicial⁷⁹. Esta pauta es la seguida por la mayoría de los países de la UE, ya que, al tratarse de un delito complejo, la especialización es una de las principales recomendaciones internacionales⁸⁰.

⁷⁶ Artículos 1901 a 1918 derogados por el número 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («B.O.E.» 3 julio). *Vigencia: 23 julio 2015*.

⁷⁷ Cfr. Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015, *op. cit.*, p. 11: *“Junto a los textos convencionales y junto al Reglamento, debe analizarse el procedimiento interno vigente en España para implementar de la forma más eficaz y rápida posible las obligaciones asumidas al ratificar estos instrumentos, contenido en el nuevo Capítulo IV bis del Título I del Libro IV de la LEC, integrado por los nuevos artículos 778 quáter a 778 sexies, bajo la rúbrica “medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional. El nuevo marco otorga a este procedimiento el carácter de contencioso y acomoda su tramitación a la relativa a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (según nueva redacción dada al art. 748 LEC 1/2000), con la consiguiente lógica intervención preceptiva del Ministerio Fiscal (art. 749 LEC 1/2000) y estableciendo que no son susceptibles de ejecución provisional las sentencias dictadas en su seno”*.

Vid. LIÉBANA ORTIZ, J.R., “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, op. cit., pp. 83-109.

⁷⁸ Cfr. LÓPEZ ORDIALES, J. “Problemas del Derecho de Familia a la luz de las recientes reformas legislativas”. *Jornada de Fiscales especialistas en el orden civil*, mayo 2016, *cit.*, p. 6.

⁷⁹ Cfr. Exposición de motivos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).

⁸⁰ Cfr. LÓPEZ ORDIALES, J., “Problemas del Derecho de Familia...”, *op. cit.*, p. 6.

Otra modificación importante, es la ampliación de los legitimados activamente para solicitar el retorno del menor, ya que con esta reforma pueden promover el procedimiento las personas, instituciones u organismos que tengan atribuido “*un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor*”⁸¹.

Con esta nueva regulación, vuelve a tomar importancia, también, oír al menor a la hora de tomar la decisión que más se adecue a su interés, ya que se recoge la necesidad de oírle separadamente, salvo que, motivadamente, no se considere conveniente⁸².

Sin embargo, la novedad más destacable que aporta esta reforma es la posibilidad de suspender el procedimiento de acuerdo con el artículo 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que las partes se supediten a mediación, siempre y cuando ambas estén de acuerdo en solucionar el conflicto a través de este método⁸³. Con respecto a esta nueva vía de solución, hay que destacar que el proceso no puede durar más de seis semanas, que es el plazo máximo establecido legalmente para el retorno de los menores en caso de sustracción⁸⁴. La oportunidad de poder llegar a un acuerdo amistoso para solucionar el problema originado por el traslado ilícito del menor es un remedio beneficioso para el mismo, pues asegura y equilibra de alguna manera la situación familiar. En el contexto de la mediación pueden ser acordadas medidas que afecten al derecho de visitas o a su ejercicio, facilitando con esto la resolución de la situación⁸⁵.

A pesar de la gran importancia que está adquiriendo este método, algunos sectores doctrinales consideran que este tipo de mediaciones son posibles “*siempre que no afecten*

⁸¹ Artículo 778.5 quater de la LEC.

⁸² Artículo 778.11 quinquies de la LEC.

Vid. LÓPEZ ORDIALES, J., “Problemas del Derecho de Familia...”, *op. cit.*, p. 9.

Vid. LIÉBANA ORTIZ, J.R., “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, p. 104.

Vid. Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015, *op. cit.*, p. 74.

⁸³ Según se establece en el artículo 778 quinquies 12 establece la posibilidad de **reanudar el procedimiento si cualquiera de las partes lo solicita**, pudiendo, por tanto, **abstenerse *ab initio* a la suspensión** del procedimiento.

⁸⁴ Artículo 778.12 quinquies de la LEC párrafo segundo establece que: “*la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, sin que en ningún caso pueda la suspensión del proceso para mediación exceder del plazo legalmente previsto en este capítulo*”.

Vid. TOMÁS GARCÍA, I., “Mediación en sustracción de menores”, *Escuela Judicial española*, pp. 1-29

⁸⁵ Vid. TOMÁS GARCÍA, I., “Mediación en sustracción de menores”, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”. *Cuaderno de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 130-146.

a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable⁸⁶”; apuntan que el régimen de custodia y de visitas de los hijos menores no es una materia disponible, pero en el caso de la mediación solo lo gestiona, y eso sí es disponible⁸⁷.

Finalmente, se configura una nueva acción declarativa al reconocerse la posibilidad de que las autoridades judiciales españolas emitan una declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional de un menor en el caso que dicha retención o traslado se adapte a lo establecido en los diversos convenios o normas internacionales⁸⁸.

3.2. Legislación internacional

Como su nombre indica, la sustracción internacional de menores tiene como elemento esencial la transnacionalidad. Por ello, es imprescindible que existan acuerdos internacionales que faciliten la resolución de los conflictos que surgen a raíz del traslado ilícito del menor.

En la actualidad, los principales mecanismos legales internacionales susceptibles de ser aplicados por España, para afrontar el problema de la sustracción internacional de menores son tres⁸⁹: dos a nivel europeo (el Convenio europeo de Luxemburgo de 20 de

⁸⁶ Artículo 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 7 de julio de 2012).

⁸⁷ Cfr. LÓPEZ ORDIALES, J., “Problemas del Derecho de Familia...”, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁸ Artículo 778 sexies de la LEC “*Cuando un menor con residencia habitual en España sea objeto de un traslado o retención internacional, conforme a lo establecido en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable, cualquier persona interesada, al margen del proceso que se inicie para pedir su restitución internacional, podrá dirigirse en España a la autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención lo han sido ilícitos, a cuyo efecto podrán utilizarse los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del artículo 158. La autoridad competente en España para emitir una decisión o una certificación del artículo 15 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, cuando ello sea posible, lo será la última autoridad judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental afectante al menor. En defecto de ello, será competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del menor en España. La Autoridad Central española hará todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase.*”

Vid. JIMÉNEZ BIDÓN, P. (2015). “Procedimientos para la adopción de medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional” *Noticias Jurídicas*.

Vid. Preámbulo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 3 de julio de 2015).

⁸⁹ *Vid.* GARCÍA REVUELTA, C., “Aplicación práctica del Convenio de La Haya y el Reglamento 2201/2003. El papel de la Autoridad Central”, *cit.*, p.1.

Vid. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta...”, *op. cit.*, p.599.

mayo de 1980 y el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003) y uno no europeo a nivel internacional (Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980).⁹⁰

3.2.1. Unión Europea

A nivel europeo, encontramos dos instrumentos legales que se ocupan de la regulación de este problema:

- a) **El Convenio europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia (en adelante Convenio de Luxemburgo de 1980)**⁹¹.

Este Convenio ratificado por España el 9 de mayo de 1984, fue un avance en el campo del derecho de custodia. Permite que las resoluciones sobre esta materia dictadas por la autoridad competente de un país parte en el Convenio, sean reconocidas y ejecutadas en el país a donde se ha realizado el desplazamiento ilícito del menor⁹².

Con respecto al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, el objetivo del Convenio de Luxemburgo no es la restitución inmediata del menor, sino que es un mecanismo cuya finalidad básica es simplificar el *exequatur* de la sentencia que dictamina el derecho de custodia o visitas. El artículo 14 dispone que “*todo Estado contratante aplicará un procedimiento simple y rápido para el reconocimiento y la ejecución de una resolución relativa a la custodia. Cuidará a tal efecto de que la petición de exequatur pueda efectuarse mediante simple instancia*”⁹³. Esta herramienta permite una mayor rapidez a

⁹⁰ 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 (BOE de 23 de diciembre de 2003). Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (BOE 24 de agosto de 1987).

Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 (BOE 1 de septiembre de 1984).

⁹¹ Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 (BOE núm.210 de 1 de septiembre de 1984).

⁹² Artículo 7 del Convenio de Luxemburgo de 1980: “*las resoluciones relativas a la custodia dictadas en un Estado contratante se reconocerán y, cuando sean ejecutorias en el Estado de origen se ejecutarán en cualquier otro Estado contratante*”.

⁹³ Artículo 14 del Convenio de Luxemburgo de 1980.

la hora de reconocer sentencias extranjeras sobre este tema, facilitando la restitución del menor.

El convenio establece distintos supuestos⁹⁴:

- La restitución inmediata del menor en el caso de traslado ilícitos, lo que implica que en estos casos no habría necesidad previa de *exequatur* (artículo 8)⁹⁵.
 - o Casos en los que tanto los progenitores como el menor trasladado posean la nacionalidad común del país que dictamino el régimen de custodia y visitas siendo además dicho país, el lugar de residencia habitual del menor. Este caso está supeditado a que la solicitud de restitución se haya realizado en los seis meses a contar desde el traslado ilícito.
 - o Supuesto en el que se violen los acuerdos sobre custodia o visitas establecidos por resolución judicial, siempre respetando el plazo temporal de seis meses para solicitar la restitución del menor.
- Los supuestos distintos a los establecidos por el artículo 8 requieren *exequatur* de la resolución. Siempre que se haya cumplido el plazo temporal de los seis meses para solicitar la restitución, no cabe denegación salvo por las siguientes causas tasadas (artículo 9)⁹⁶:
 - o Cuando la sentencia se decreta en ausencia del demandado o su representante legal o se haya dado una falta de notificación siempre que no sea por causa del demandado.
 - o Cuando el tribunal que resolvió el caso resulta no ser el competente para ello.
 - o Cuando se pretenda el reconocimiento de una sentencia de régimen de custodia posterior y contraria, a la dictaminada por el Tribunal del país de origen.

⁹⁴ Cfr. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención...”, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

⁹⁵ Cfr. Artículo 8 del Convenio de Luxemburgo de 1980.

Vid. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención...”, *op.cit.*, p. 7.

⁹⁶ Cfr. Artículo 9 del Convenio de Luxemburgo de 1980.

Vid. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención...”, *op. cit.*, p. 8.

- El artículo 10 prevé situaciones distintas a las establecidas en los dos artículos anteriores, pudiéndose denegar el *exequatur*, añadidos a los casos del artículo 9, los siguientes motivos⁹⁷:
 - Cuando los efectos de la resolución dictada en otro país atentan contra los principios fundamentales del derecho que regula las relaciones familiares en el Estado requerido.
 - Aquellas resoluciones cuyos efectos no coincida con el actual interés del menor, como consecuencia del paso del tiempo entre otros factores.
 - Que en el momento de iniciarse el procedimiento no haya vinculación del menor con el Estado requirente, siendo la vinculación mayor con el Estado requerido.
 - Si la resolución que se pretende reconocer es incompatible con la resolución dictada por país requerido u otro país, pero fuera objeto de un procedimiento de ejecución en el país requerido, si la denegación favorece el interés del menor.
 - Añadidas a las anteriores, serán denegadas todas aquellas resoluciones que sean objeto de un recurso ordinario o un procedimiento de ejecución.

Este fue, hasta la publicación del Reglamento Bruselas II Bis, el Convenio utilizado en Europa. Sin embargo, desde la publicación de este último, es de aplicación preferente frente al Convenio. El Convenio de Luxemburgo de 1980 solo será de aplicación con aquellos países que no son miembros Unión Europea o que, siendo miembros, no han suscrito el Reglamento⁹⁸.

⁹⁷Cfr. Artículo 10 del Convenio de Luxemburgo de 1980.

Vid. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención...”, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁸ Vid. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención...”, *op. cit.*, p. 8.

Vid. GARCÍA REVUELTA, C., “Aplicación práctica del Convenio de La Haya...”, *op. cit.*, p. 1.

b) Reglamento (CE) n° 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) n° 1347/2000⁹⁹.

Como ya hemos mencionado en varias ocasiones, el reglamento 2201/2003, conocido también como el Reglamento Bruselas II bis, pasó a ser de aplicación preferente en la Unión Europea frente al Convenio de Luxemburgo y el Convenio de La Haya de 1980. Este Reglamento fue suscrito por todos los países de la Unión Europea a excepción de Dinamarca.

Este Reglamento amplía su esfera de aplicación con la finalidad de “*garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial*¹⁰⁰”. Este nuevo enfoque iguala a todos los menores, eliminando así cualquier discriminación que pudiese surgir para aquellos cuyos padres no estuviesen relacionados por un vínculo matrimonial¹⁰¹.

En los casos de sustracción internacional de menores, el principal objetivo es intentar la restitución inmediata del menor, y según se establece en las disposiciones del Reglamento Bruselas II bis, principalmente en su artículo 11, a estos efectos se debe seguir aplicando el Convenio de La Haya de 1980. No obstante, sí que añade algo novedoso con respecto a la competencia de los órganos jurisdiccionales, fijando unas reglas especiales añadidas a las generales establecidas por el Convenio de La Haya para intentar desincentivar a los progenitores que realizan el traslado con la intención de que sea otro Estado el competente a la hora de resolver el conflicto. El Reglamento determina que el órgano jurisdiccional del país de origen es el competente para conocer sobre estos supuestos y, en caso de que

⁹⁹ Reglamento (CE) n° 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) n° 1347/2000 (BOE de 23 de diciembre de 2003).

¹⁰⁰ Consideración Quinta del Reglamento 2201/2003 (DO L 338/1 de 23 de diciembre de 2003).

¹⁰¹ *Vid.* JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención ...”, *op. cit.*, p. 8.

Cfr. GONZÁLVEZ VICENTE, P. “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, *op. cit.*, p. 77.

el país de destino no acceda a la restitución del menor, su resolución carecerá de efectos si el órgano jurisdiccional del país de origen determina que el menor ha de volver a su residencia habitual¹⁰².

Las causas posibles de oposición a la restitución por parte de los órganos jurisdiccionales coinciden con las establecidas por el Convenio de La Haya de 1980 en sus artículos 12, 13 y 20, a excepción de la salvedad que introduce el artículo 11.4 del Reglamento de Bruselas II bis. Este artículo establece que, en el caso de haberse tomado las medidas necesarias para garantizar la protección del menor tras la restitución, eliminando los graves riesgos o la exposición a un peligro grave físico o psíquico o aquellos que sitúen al menor en una situación intolerable, no procederá la denegación de la restitución en base a lo dispuesto en el artículo 13 b) del Convenio de La Haya de 1980¹⁰³.

Este Reglamento otorga un sistema de ejecución y reconocimiento privilegiado a las sentencias de los países miembros sin necesidad de *exequatur*. Asimismo, es importante destacar que dedica un capítulo entero al análisis de la cooperación entre Autoridades Centrales, pues hoy en día se ha convertido en una de las principales herramientas para lograr la resolución y restitución del menor cuando procede¹⁰⁴.

3.2.2. Más allá de la Unión Europea

Tras haber analizado los mecanismos que posee la Unión Europea para combatir la sustracción internacional de menores, nos corresponde analizar el Convenio que, por excelencia, ha regulado este conflicto a nivel internacional no europeo: el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores¹⁰⁵.

¹⁰² *Cfr.* Consideración Decimoséptima del Reglamento Bruselas II bis (DO L 338/1 de 23 de diciembre de 2003).

Cfr. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de...”, *op. cit.*, p.13.

¹⁰³ Artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 y Artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis (DO L 338/1 de 23 de diciembre de 2003).

¹⁰⁴ *Cfr.* JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención...”, *op. cit.*, p.14

Vid. Capítulo Quinto del Reglamento Bruselas II bis.

¹⁰⁵ Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (BOE 24 de agosto de 1987).

Este Convenio es el texto legislativo más utilizado a nivel mundial para solventar los casos de sustracción internacional de menores. El número de países parte en el mismo aumenta anualmente, y continuará haciéndolo, pues ha contribuido a resolver innumerables casos de sustracción internacional (actualmente, 98 países son parte en el mismo)¹⁰⁶. La finalidad principal de este Convenio es “*garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante y velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes*”¹⁰⁷.

Para poder aplicar el Convenio es necesario que el traslado sea clasificado como ilícito¹⁰⁸. Como establece el artículo 5 del Convenio, “*el “derecho de custodia” permite decidir sobre el lugar de residencia del menor, y el “derecho de visita” permite llevar al menor a un lugar distinto de su residencia por un periodo de tiempo limitado*”¹⁰⁹. Por ello, es de gran importancia diferenciar ambos conceptos a la hora de clasificar el desplazamiento como lícito o ilícito. Pues dependiendo de que derecho ostente el progenitor que lleva a cabo el traslado, el momento a partir del cual se puede perseguir la sustracción varía. Los casos en los que el traslado pasa de lícito a ilícito son aquellos en los que el familiar retiene a los menores una vez concluido el periodo de vacaciones o el derecho de visita¹¹⁰. Sin embargo, durante este período, aunque realice un traslado este no se consideraría ilícito mientras esté dentro de sus derechos¹¹¹.

¹⁰⁶ Hay que tener en cuenta que todos los países miembros de la Unión Europea son miembros del Convenio de la Haya. Los **países miembros de este convenio** pueden consultarse actualizados en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/SiEstasEnElExtranjero/Documents/ConveniodelaHaya.pdf>

¹⁰⁷ Artículo 1 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (BOE 24 de agosto de 1987).

¹⁰⁸ Vid. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta...”, *op. cit.*, pp. 603-604.

¹⁰⁹ Artículo 5 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980.

¹¹⁰ Vid. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención...”, *op. cit.*, p.10.

Vid. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta...”, *op. cit.*, p. 597.

¹¹¹ Cfr. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención...”, *op. cit.*, p.11: “*Pero, en cualquier caso, no es necesario que concurra una infracción de una resolución sobre los derechos de guarda y visita para que el traslado sea ilícito; basta recurrir a la vía de hecho del desplazamiento internacional, modificando la situación en que se encontraba el menor, provocando una alteración de las relaciones jurídicas que le ligaban con el progenitor.*”

Vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I.E, y EZQUERRA UBERO, J.J., “El “derecho de custodia” en la...”, pp. 291-236.

Tanto en el Reglamento Bruselas II bis como en el Convenio de La Haya de 1980, el derecho de custodia permite a los progenitores decidir acerca del lugar de residencia, se entiende como un derecho que forma parte de la responsabilidad parental y se interpreta conforme a la legislación interna de cada país¹¹². Al variar la legislación entre Estados, dificulta en muchos casos la calificación por parte de los tribunales. En España, el derecho a decidir la residencia habitual del menor es un derecho inherente a la patria potestad¹¹³.

En cuanto a su ámbito objetivo de aplicación, el artículo 3 determina que se utilizará cuando se de un traslado o retención ilícita de un menor, limitando su aplicación, a los menores de dieciséis años que tengan su residencia en un Estado contratante, no siendo relevante la nacionalidad del mismo, sino su lugar de residencia habitual¹¹⁴.

Además de velar por los derechos de custodia y visita, la principal finalidad del Convenio de La Haya de 1980 es la restitución inmediata del menor, siendo el elemento temporal determinante en la resolución de los casos. El plazo tomado como regla general es un año, si ha pasado menos de un año la restitución debe ser inmediata, con tasadas excepciones a dicha restitución, que se encuentran recogidas en el 13 y 20 del Convenio. Si ha pasado más de un año desde el traslado, también cabe la restitución, pero además de las excepciones de los artículos 13 y 20, se tendrá en cuenta la integración del menor en su nueva residencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12¹¹⁵.

Al tratarse de un Convenio aplicado por muchos países con derechos internos muy diversos, para la correcta interpretación del Convenio, la Conferencia de La Haya y sus miembros han creado una serie de textos explicativos que clarifican las disposiciones del Convenio indicando cuales son sus objetivos; además de la publicación de una serie de Guías de Buenas Prácticas que ahondan más en la interpretación de ciertos conceptos¹¹⁶.

¹¹² Vid. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención...”, *op. cit.*, p.10.

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ *Cfr.* Artículo 3 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980.

¹¹⁵ Vid. JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención...”, *op. cit.*, p.12.

Para solicitar la restitución, el progenitor solicitante tendrá que cumplimentar un formulario con la ayuda de las Autoridades Centrales que serán las encargadas de prestar asistencia jurídica en caso de procedimiento judicial. En el caso español sería a través de los Abogados del Estado.

¹¹⁶ *Cfr.* GONZÁLVEZ VICENTE, P., “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

Las resoluciones, que solventen la sustracción del menor, solo pueden pronunciarse sobre la restitución del menor, sin poder decidir sobre el derecho de custodia o régimen de visitas, salvo en los casos en los que no hay restitución. En estos casos, según establece el artículo 16 del Convenio, se podría dictaminar sobre los derechos de custodia y visitas¹¹⁷.

Vid. La Guía de las Buenas Prácticas que se puede encontrar en el siguiente link: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/publications2/guides-to-good-practice>

¹¹⁷ *Vid.* JIMÉNEZ BADOS, M.P., “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención...”, *op. cit.*, p.13.

Cfr. Artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980.

4. JURISPRUDENCIA MÁS RELEVANTE: ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE NO RETORNO ESTABLECIDAS POR EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

Los diversos textos legales analizados a lo largo de este trabajo intentan combatir la sustracción internacional de menores, siendo su principal finalidad la restitución inmediata del menor. En este apartado vamos a analizar cuáles son las causas tasadas por las que el órgano jurisdiccional puede decretar el no retorno inmediato del menor.

A través de sentencias de tribunales españoles, vamos a analizar las causas de oposición al retorno del menor a su residencia habitual. Como ya hemos mencionado al analizar los textos legales internacionales, solo hay tasadas causas de no retorno del menor que se establecen en los artículos 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya y la excepción añadida al artículo 13 párrafo b por el artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis. A continuación, vamos a realizar un análisis pormenorizado de las causas de denegación a la restitución que encontramos en cada artículo.

- a) Cuando no se ha ejercido de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido (artículo 13 apartado a)¹¹⁸

Cabe mencionar que hay menos casos jurisprudenciales que recurran a este artículo para evitar la restitución, ya que el termino “*ejercer de modo efectivo el derecho de custodia*¹¹⁹” puede generar choque de interpretaciones entre los distintos Estados, pues no todos los Estados definen la “custodia efectiva” con los mismos parámetros¹²⁰.

Aquí volvemos a ver como el derecho de custodia y su regulación tiene un gran impacto a la hora de resolver el caso. La mayoría de las sentencias desestiman la aplicación de este apartado del artículo 13 del Convenio de La Haya.

Como ejemplo desestimatorio por diferencias en la interpretación del concepto de “custodia efectiva” encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas sec. 3ª, de 19 de diciembre de 2008, en la que el Tribunal Español desestima la aplicación

¹¹⁸ Cfr. Artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 apartado a.

¹¹⁹ Cfr. Artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 apartado a.

¹²⁰ Cfr. PARRA RODRÍGUEZ, C. “Conclusiones del taller número 2”. Disponible en: http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Conclusiones_ES.pdf

del artículo 13 a) porque, si bien desde el punto de vista del Tribunal Alemán, se daba la excepción que contienen dicho artículo, la sentencia final dictamina que *“En la sentencia recurrida, la denegación de la restitución tuvo lugar por apreciar la excepción del artículo 13 a), es decir que el padre no ejercía la custodia efectiva ya que únicamente visitaba al hijo un día a la semana. Sin embargo, a los efectos del Convenio de La Haya, el derecho de visitas, si se cumple regularmente como ha sucedido en este caso, supone un ejercicio efectivo de la custodia, por lo que este Tribunal no puede compartir este argumento denegatorio¹²¹”*.

b) Cuando había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención (artículo 13 apartado a)¹²²

Con respecto a la segunda parte del artículo, este trata la aceptación efectiva del traslado, la sentencia AP de Las Palmas de 21 junio de 2017 establece que el *“supuesto consentimiento o aceptación del progenitor, ciertamente ésta es la excepción legal a la aplicación de la restitución del menor de perfiles más dudosos”*. En todos los casos en los que se alegue esta excepción hay que probar, mediante hechos, que se ha dado un consentimiento tácito o expreso para realizar dicho traslado. Aquí vuelve a entrar en juego el concepto de derecho de custodia y lo que implica, pues encontramos diversas sentencias en las que, atendiendo a las facultades implícitas que otorgue este derecho, atendiendo a la legislación interna del país, se da o no esta excepción. En caso de tener un sistema de regulación de guarda y custodia distinto al español hay que probarlo¹²³.

La STS de 17 de abril de 2014 sobre la prueba del derecho extranjero señala que *“Como consecuencia lógica de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero, se ha exigido históricamente la prueba del mismo, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues*

¹²¹ Cfr. Sentencia de la AP Las Palmas, sec. 3ª, de 19 de diciembre nº 333/2008. Fundamento Jurídico Segundo.

¹²² Cfr. Artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 apartado a.

¹²³ Cfr. Sentencia AP Pontevedra, sec. 1ª, de 6 de octubre nº 473/2016, rec. 697/2016. EDJ 2016/194073. En esta sentencia el tribunal concreto que *“La consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español. [...] Por lo que, tratándose de cuestiones relativas a la patria potestad se han de adoptar conjuntamente por ambos (art. 154 CC) o por uno con el consentimiento expreso o tácito del otro (salvo situaciones de urgente necesidad) o, caso de desacuerdo, por el Juez (art. 156 CC)”*. Fundamento de Derecho Tercero.

*debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación*¹²⁴”.

Por tanto, el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero es una facultad, pero no una obligación del tribunal¹²⁵.

- c) Cuando la restitución suponga un grave riesgo para el menor exponiéndole a un peligro físico o psíquico o le ponga en una situación intolerable (artículo 13 apartado b)¹²⁶

Como el apartado anteriormente descrito, hay que probar que se da esa situación de riesgo. Normalmente suelen ser alegaciones de casos de maltrato que, para que proliferen, tienen que estar probados como en el caso de la sentencia Juzgado de Primera Instancia (Familia) nº 24, de 3 de abril de 2006 *“El grave riesgo que existe de que la restitución exponga a los menores a los daños físicos y psíquicos inherentes al maltrato habitual en el ámbito doméstico que padecían antes de viajar a España en marzo de 2005, es plenamente incardinable en los supuesto fáctico contemplados en el artículo 13, párrafo 1º apartado b que permiten no acceder a ordenar la restitución*¹²⁷”. Dicho peligro tiene que afectar de manera directa al menor y tiene que poder verificarse, por lo tanto, los tribunales analizan estos casos de forma restrictiva. Según establece la sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, en su Auto número 88/2012 de 23 de abril, para considerar la existencia de riesgo o peligro para el menor *“no basta la mera mención a la existencia de una situación de riesgo o perjuicio si no va acompañada [...] de prueba eficaz que corrobore la alegación*¹²⁸”.

En estos casos, los daños o el peligro que sufra el menor tienen que ser reales, objetivos, serios y probables¹²⁹. No vale solo con estimar que puede darse, tiene que ser cierto para que se de esta denegación. La sentencia AP Guipúzcoa, sec. 2ª, de 14 de septiembre de 2005 establece que, *“en este sentido, el tenor del convenio es claramente restrictivo al*

¹²⁴ Cfr. Sentencia AP Pontevedra, sec. 1ª, de 6 de octubre nº 473/2016. EDJ 2016/194073. Fundamento Jurídico Tercero.

¹²⁵ *Ídem*

¹²⁶ Cfr. Artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 apartado b.

¹²⁷ Cfr. Sentencia Jdo. de Primera Instancia (Familia) nº 24, Madrid, de 3 de abril nº autos 186/2006.

¹²⁸ Cfr. PAZ LAMELA, R.S. “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional. Análisis a través de la jurisprudencia reciente”. *AFDUC*, 2013, *cit.*, p. 681.

¹²⁹ *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta...”, *op. cit.*, pp. 597-654.

utilizar los términos de grave riesgo de peligro físico o psíquico. No se está hablando de cualquier riesgo o molestia, sino de situaciones que llega a calificar de "intolerable", sin que tampoco pueda perderse de vista la tendencia, en el ámbito intracomunitario, a limitar la aplicación de dicha causa, de lo que es ejemplo el Reglamento Bruselas II bis¹³⁰".

Entra en juego aquí la excepción añadida por el artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis. Según establece la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 26 de marzo de 2009, si el estado de origen y requirente adopta las medidas necesarias para garantizar la seguridad del menor, no cabría la denegación en atención al artículo 13 apartado b¹³¹. Añadido a esto, la sentencia de la AP de Pontevedra de 5 de julio de 2006 considera que *"En el caso, de que se tomen medidas en el país de origen del menor, no se podría aplicar el artículo 13 apartado b [...] el motivo de oposición no resulta ya aplicable en virtud de lo dispuesto en el art. 11.4 Reglamento del Consejo 2201/2003, de 27 de noviembre¹³²".*

d) Cuando el menor se oponga a su restitución (artículo 13 apartado b II del Convenio de La Haya de 1980)¹³³

El juez podrá tener en cuenta la opinión del menor contraria a su restitución, sin que esta se considere determinante, siendo el juez quien toma la decisión final. Es necesario que el menor tenga una edad y grado de madurez apropiado para que se pueda tener en cuenta su opinión como causa de denegación¹³⁴.

La sentencia de la AP de León de 22 de junio de 2006 dictamina que la voluntad del menor basta para denegar la restitución siempre que provenga de una persona que haya alcanzado cierto grado de madurez. Además, la propia sentencia hace alusión al interés

¹³⁰ Cfr. SAP Guipúzcoa, sec. 2ª, de 14 de septiembre nº 2086/2005. Fundamento Jurídico Cuarto.

¹³¹ Cfr. Sentencia de la AP Valencia, sec. 10ª, de 26 de marzo nº 125/2009. Fundamento Jurídico Cuarto.

¹³² Cfr. Sentencia de la AP Pontevedra, sec. 1ª, de 5 de julio nº 133/2006. Fundamento Jurídico Cuarto.

¹³³ Artículo 13 apartado b II del Convenio de La Haya de 1980.

¹³⁴ Vid. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Sección quinta...", *op. cit.*, p. 614.

Artículo 13 apartado b II del Convenio de La Haya de 1980.

superior del menor indicando que “*respetar esa voluntad madurada y consciente de los menores equivale a satisfacer el superior interés de los mismos*”¹³⁵”.

- e) La integración del menor en su nuevo ambiente (artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980)¹³⁶

Esta excepción al retorno está recogida en el artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980. La integración del menor en el medio es una causa que en principio sólo se podría alegar si ha transcurrido más de un año desde el traslado que es el plazo general establecido por el Convenio. El plazo del presente artículo se refiere a la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad jurisdiccional o administrativa del Estado contratante donde se encuentre el menor¹³⁷. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 9 de diciembre de 2011, observamos que si la interposición de la demanda se realiza pasado el año, el artículo 12 pasa a ser aplicable, siempre que se pruebe la integración “*aunque se entendiera que la actuación de la madre es ilícita, tampoco procedería la restitución, por aplicación del art. 12 del Convenio, porque el procedimiento se inició por el Abogado del Estado en el año 2010, transcurrido con creces el plazo de un año desde el traslado o retención ilícita, habiendo quedado acreditado que las menores están plenamente integradas en el actual entorno escolar, familiar y social, siendo perjudicial para su desarrollo y bienestar emocional realizar un nuevo cambio*”¹³⁸”.

Como vimos al analizar el elemento temporal, en estos hechos, el transcurso del tiempo es determinante suponiendo un antes y un después en la resolución. Parte de la doctrina opina que los familiares que llevan a cabo el traslado ilícito pueden manipular el proceso para que se alcance el plazo temporal requerido con el fin de activar esta causa de no retorno¹³⁹. Otra parte de la doctrina considera que, en un principio si las dilaciones

¹³⁵ Sentencia AP León, sec. 1ª, de 22 de junio nº 131/2006, rec.209/2006. EDJ 2006/258578. Fundamento Jurídico Primero.

¹³⁶ Artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980.

¹³⁷ Cfr. Artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980.

¹³⁸ Cfr. Sentencia de la AP Lleida, sec. 2ª, de 9 de diciembre nº 120/2011. EDJ 2011/31598. Fundamento Jurídico Primero.

¹³⁹ Vid. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M. (2016). “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”. *Cuadernos de derecho transnacional*, 8(2), op. cit. p. 11.

“Sección quinta. Sustracción internacional de menores”. *Derecho Internacional Privado II*, cit., p. 599.

temporales superan el año, no se debería poder tener en cuenta la integración del menor como causa de no restitución¹⁴⁰.

Volvemos a estudiar aquí, la sentencia analizada en el apartado en el que no referimos a la importancia del elemento temporal, la Sentencia del Tribunal Constitucional Sala 2ª, de 1 de febrero de 2016, en la que el Tribunal establece que *“las dilaciones en el procedimiento de restitución, cualesquiera que sean las razones y los responsables de esa demora, no pueden impedir que se valore la situación actual de integración en el nuevo medio¹⁴¹”*. Por tanto, aquí podemos comprobar que, al tenerse en cuenta, por encima de todo, la situación de integración del menor, se puedan pasar por alto casos en los que, deliberadamente, se intente dilatar el proceso hasta que se pueda recurrir a este artículo como vía de no retorno¹⁴².

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas sec. 3ª, de 19 de diciembre de 2008 observamos que la dilación del proceso permite la aplicación del artículo 12 sin que en principio pudiese emplearse: *“La tramitación de la primera instancia se dilató más de las seis semanas que prevé la normativa, lo que redundó en la mayor integración de la menor en su entorno español, y desde que se dictó sentencia en primera instancia hasta la recepción del rollo de apelación en esta segunda transcurrieron otros seis meses, siendo ajena esta Sala a esas incidencias [...]. Todo lo cual se expone para confirmar que si no hubiera sido directamente aplicable el art. 12 del Convenio -que sí lo es-, a la postre, dado que la menor lleva ya dos años residiendo en Lanzarote, hubiera debido igualmente de aplicarse, en atención al beneficio de la menor.”*

Además del requisito temporal para accionar esta vía, hace falta que se pruebe que el menor está integrado en el nuevo medio, analizando no solo el ambiente familiar y social, sino también el cultural. Se tiene que probar que el permanecer en el país de traslado es más beneficioso que el retorno del menor al país de origen¹⁴³.

En nuestra opinión, el fin último siempre tiene que ser el interés superior del menor, y en este caso, independientemente de que se dilate o no el proceso voluntaria o

¹⁴⁰ Cfr. PAZ LAMELA, R.S., “Causas de no restitución del menor...”, *op. cit.*, p. 683.

¹⁴¹ Cfr. Tribunal Constitucional Sala 2ª, 1 de febrero nº 16/2016. Fundamento Jurídico Decimo.

¹⁴² Vid. DOMÍNGUEZ, C. M. C. (2016). “El interés superior del menor...”, *op. cit.*, p. 85.

¹⁴³ Cfr. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., “El interés superior del menor...”, *op. cit.*, p. 84.

conscientemente, hay que analizar la integración del menor en el medio siempre, favoreciendo aquella opción que más le beneficie.

- f) Cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (artículo 20 del Convenio de La Haya)¹⁴⁴

Su aplicación es excepcional, ya que permite al órgano jurisdiccional oponerse al retorno del menor mediante argumentos jurídicos apoyados en el derecho nacional del Estado requerido¹⁴⁵. Parte de la doctrina opina que este concepto no solo no se ha aplicado de manera correcta, sino que se ha dado una mala interpretación y, además cabe resaltar que en las sentencias analizadas no se hace mención a este artículo como causa de denegación de la restitución del menor¹⁴⁶.

Por tanto, no hemos encontrado sentencias que apliquen de manera directa este artículo como causa de no restitución, ya que los países parte en este Convenio, no son países que atenten contra los Derechos humanos o libertades fundamentales, por lo que su utilización es residual.

¹⁴⁴ Artículo 20 del Convenio de La Haya de 1980.

Vid. CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta...”, *op. cit.*, p. 616.

¹⁴⁵ *Cfr.* GONZÁLEZ VICENTE, P., “La sustracción internacional...”, *op. cit.*, p. 95-96.

¹⁴⁶ *Cfr.* LÁZARO GONZÁLEZ, I.E, Y EZQUERRA UBERO, J.J., “El “derecho de custodia” en la...”, *op. cit.*, p. 331 “*En España algunos jueces han recurrido a los derechos fundamentales de manera desorientada. En la década analizada, la primera referencia se encuentra, todavía sin explicación y sin mencionar el artículo 20, en el Auto de la AP de Madrid de 15 de octubre de 2002: entender que la sentencia que le atribuye la custodia limita la libertad deambulatoria de la madre vulneraría el orden público del Estado español, en concreto el artículo 19 de la Constitución.*”

5. CONCLUSIONES

El traslado ilícito de menores es un hecho que afecta a uno de los grupos sociales más vulnerables, los menores. A lo largo de este trabajo hemos analizado la regulación nacional e internacional de la sustracción de menores y, la doctrina y jurisprudencia más actual y relevante sobre este tema, comprobando cómo cada vez se van adaptando más a la realidad que vivimos.

Lo que antes solo se regulaba a nivel internacional, a través de convenios, ha pasado al plano nacional. La normativa interna se ha ido adaptando y especializando, basándose en los textos legislativos comunitarios e internacionales. Las numerosas reformas llevadas a cabo en los distintos niveles de la regulación nacional, unidos a la jurisprudencia, han permitido combatir el traslado ilícito de una manera más rápida y eficaz.

A nivel nacional, la normativa interna es de fácil aplicación, permitiendo a los jueces solucionar los conflictos sin apenas encontrar problemas, siendo en algunos casos el dominio de las normas nacionales mayor que el que tienen sobre las normas comunitarias e internacionales. A nivel internacional, como hemos podido comprobar a través del análisis jurisprudencial y doctrinal, surgen más problemas. Esta realidad se regula a través del derecho privado internacional de cada país lo que da lugar a conflictos y choques entre las distintas legislaciones nacionales. El mayor problema lo encontramos a la hora de delimitar el derecho de custodia.

El derecho de custodia está definido a grandes rasgos en los convenios y reglamentos, pero al tratarse de un derecho de regulación nacional pueden variar las competencias atribuidas a este derecho en los distintos países parte, por ejemplo, en el Convenio de La Haya de 1980. Normalmente, la mayoría de los países interpretan el derecho de custodia de la misma manera, pero si esta interpretación es discordante también lo es la calificación de la sustracción, pudiendo ser para algunos países ilícito y para otros lícito, en función de si comparten o no los progenitores el derecho a decidir sobre la residencial habitual de los menores.

Los tribunales nacionales, al no poder decidir sobre el derecho de custodia o el régimen de visitas, tan solo pueden resolver sobre el traslado ilícito del menor, por lo que recae

sobre el progenitor que llevó a cabo el traslado la carga de probar si, según su derecho nacional, el traslado podría no considerarse ilícito.

Nuestra opinión concuerda con la opinión mayoritaria de la doctrina, que establece que este termino tendría que acotarse más, al igual que el concepto de derecho de visitas en los distintos convenios, principalmente en el Convenio de La Haya de 1980, puesto que entre los 97 Estados parte, encontramos países con culturas distintas.

Por otro lado, también hemos podido comprobar que, aunque el retorno tenga que ser inmediato, no siempre se da este hecho, dilatándose mucho en el tiempo los procesos judiciales, lo que da lugar a que entre en escena la variable de la integración del menor en el nuevo medio. Aquí también coincidimos con la opinión doctrinal mayoritaria de que los progenitores que han llevado acabo el traslado ilícito juegan con el plazo para que puede aplicarse la causa de denegación de la restitución establecida en el artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980. Por ello, consideramos que las nuevas medidas de mediación son un instrumento clave a la hora de acortar los plazos jurisprudenciales, agilizando el proceso de restitución pudiendo llegar incluso a evitar que se cometa la sustracción.

El interés superior del menor es el eje principal sobre el que gira el proceso judicial. Si bien es verdad que los tribunales también protegen al padre que ha visto su derecho de custodia o régimen de visita alterado, el menor siempre va por delante. La opinión del menor se valora mucho, de modo que, aunque no recaiga sobre él toda la carga de la decisión tomada por el juez, sin duda es algo muy relevante en la resolución. Esto, en nuestra opinión, es un arma de doble filo en poder de los progenitores, quienes pueden manipular a los hijos para que declaren una cosa u otra afectando a la resolución. Sin embargo, consideramos que es un riesgo que hay que correr, pues son los principales perjudicados con el traslado.

Debemos destacar que, a lo largo del análisis jurisprudencial español, hemos podido observar que no se daba el denominado “nacionalismos judicial”, ya que en el 90% de los casos analizados se daba un retorno inmediato del menor, salvo en los supuestos en los que eran de aplicación las tasadas causas de denegación.

Con este análisis jurisprudencial hemos observado que rara vez se admiten estas causas de denegación del retorno. El juez tiene que ver muy claro que están presentes o estar probadas previamente para que sean de aplicación, siendo una de las únicas vías de no retorno más factibles y demostrables, la integración en el nuevo ambiente. Esta causa de no retorno es la que más se da en la jurisprudencia, ya que queda probado que, generalmente, pasado el plazo de un año, los menores ya están integrados en su nuevo ambiente y otro cambio podría perjudicarles. El resto de las causas de denegación son causas más difíciles de probar, ya que son conceptos más abstractos, como el de la “custodia efectiva”. Tienen que ser ciertas y reales para que se apliquen, por lo que su alegación suele ser desestimada a menos que haya pruebas fehacientes.

Todo lo anteriormente expuesto, nos hace concluir que el tema de la sustracción internacional de menores es un tema muy complejo, que requiere de la cooperación internacional y necesita que se refuercen los mecanismos internacionales para que sean aun más precisos, facilitando así la tarea a los órganos jurisdiccionales.

6. BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

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

Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987).

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 (DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).

Instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1984 del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 («BOE» núm. 210, de 1 de septiembre de 1984)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995)

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015)

Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2002)

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

JURISPRUDENCIA

Sentencia Audiencia Provincial Guipúzcoa, sec. 2ª, de 14 de septiembre nº 2086/2005. EDJ 2005/209209.

Sentencia Audiencia Provincial León de 22 de junio de 2006, sec. 1ª, de 22 de junio nº 131/2006. EDJ 2006/258578.

Sentencia Audiencia Provincial Pontevedra, sec. 1ª, de 6 de octubre nº 473/2016. EDJ 2016/194073.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 15 de marzo nº10/2016. EDJ 2016/106203.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sec. 4ª, de 17 de julio nº 266/2017. EDJ 2017/177256.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 3ª, de 19 de diciembre nº 333/2008. EDJ 2017/181064.

Sentencia de la Audiencia Provincial Lleida, sec. 2ª, de 9 de diciembre nº 120/2011. EDJ 2011/315981.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de junio nº149/2004. EDJ 2004/189884.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5ª, de 28 de marzo nº45/2012. EDJ 2012/93947.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 1ª, de 5 de julio nº 133/2006. EDJ 2006/48913.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 17 de enero nº15/2017. EDJ 2017/2792.

Sentencia de la Audiencia Provincial Las Palmas, sec. 3ª, de 19 de diciembre nº 333/2008. EDJ 2008/330087.

Sentencia de la Audiencia Provincial Pontevedra, sec. 1ª, de 5 de julio nº 133/2006. EDJ 2006/489139.

Sentencia de la Audiencia Provincial Valencia, sec. 10ª, de 26 de marzo nº 125/2009. EDJ 2009/343961.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Segunda, 15 de Julio de 2010 (nº C-256/2009).

Sentencia Juzgado Central de lo Penal de Madrid, núm. 1, de 2 de noviembre nº 21/2015, nº autos 15/2015. EDJ 2015/294874.

Sentencia Juzgado de Primera Instancia N° 11 de Santander de 28 de septiembre n°000435/2012. EDJ 2012/240113.

Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda) de 1 de febrero de 2016 (RTC\2016\16).

OBRAS DOCTRINALES

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, n°20, 2015, pp. 192-213. Disponible en: http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n20/n20_a09.pdf

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.8, n°2, 2016, pp. 77-91. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/3254/1920>

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sección quinta. Sustracción internacional de menores”, *Derecho Internacional Privado II*, Comares, Granada, 2017, pp. 597-654.

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sustracción Internacional de menores: una visión general”, *Institución Fernando el Católico*, 2011, pp. 115-155. Disponible en: <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf>

CUESTA, J.M. “Sustracción internacional de menores”. *Legal Today*, 2010. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/aspectos-civiles-de-la-sustraccion-internacional-de-menores>

DE LA ROSA CORTINA, J.M., “El procedimiento para la restitución de menores en casos de sustracción internacional: perspectivas de futuro”, *Fiscalía General del Estado*, octubre 2014, pp. 185. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20escrita%20Sr%20de%20la%20Rosa%20Cortina%20OK.pdf?idFile=d51758ad-c1b7-4f6b-8fbc-1b6f318c8594

DE LA ROSA CORTINA, J.M., “El delito de la sustracción de menores: última jurisprudencia”, *Centro de Estudios Jurídicos*, junio 2017, pp. 1-88. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20de%20la%20Rosa%20Cortina,%20Jos%C3%A9%20Miguel.pdf?idFile=96c1c24f-8389-48d3-a09e-aac3d0a2dde7

- DE LA ROSA CORTINA, J. M. *Sustracción Parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*. Tirant lo Blanch [non-vid. JIMÉNEZ BADOS, M.P. “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención en la vía civil y en la vía penal”. *Ministerio Fiscal*, 2016, p.5]
- FABADO, I. R., “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs violencia familiar o doméstica”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 10, nº1, 2018, pp. 610-619. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4142>
- GARCÍA REVUELTA, C. “Aplicación práctica del Convenio de La Haya y el Reglamento 2201/2003. El papel de la Autoridad Central”. *I Jornada sobre Sustracción Parental Internacional de Menores*, octubre 2013. Obtenido de: http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_6_ES.pdf
- GONZÁLVEZ VICENTE, P. “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, *Revista Jurídica de Castilla y León* nº11, 2007, pp. 68-124. Disponible en: http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/1/868/RJ11-07-P.Gonzalvez_0.pdf?blobheader=application/pdf;charset=UTF-8
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”. *Cuaderno de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº2, 2014, pp. 130-146. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/2257/1217>
- HERRANZA, A., “Repercusión de los incumplimientos sobre guarda y custodia tras la reforma del Código Penal”, *IDIBE*, 2015. Disponible en: <http://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/repercusion-de-los-incumplimientos-sobre-guarda-y-custodia-tras-la-reforma-del-codigo-penal/>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. “Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios Año 2016”. Disponible en: http://www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf
- JIMÉNEZ BADOS, M.P. “La Sustracción Internacional de Menores: posibilidades de intervención en la vía civil y en la vía penal”. *Ministerio Fiscal*, 2016, pp.1–52. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Jimenez%20Bados,%20M%C2%AA%20Pilar.pdf?idFile=9d51b96f-2aff-431f-a552-61ef282e74ec
- JIMÉNEZ BIDÓN, P. “Procedimientos para la adopción de medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional” *Noticias Jurídicas*, 2015. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10447->

[procedimientos-para-la-adopcion-de-medidas-relativas-a-la-restitucion-o-retorno-de-menores-en-los-supuestos-de-sustraccion-internacional/](#)

LÁZARO GONZÁLEZ, I.E, Y EZQUERRA UBERO, J.J., “El “derecho de custodia” en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores”. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 83-84, 2011, pp. 291 – 336. Disponible en: <http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/viewFile/127/94>

LIÉBANA ORTIZ, J.R., “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *REDUR 13*, diciembre 2015, pp. 83-109. Disponible: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero13/liebana.pdf>

LÓPEZ ORDIALES, J., “Problemas del Derecho de Familia a la luz de las recientes reformas legislativas”, *Jornada de Fiscales especialistas en el orden civil, mayo 2016*. Disponible: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20Lopez%20Ordiales,%20Julio%20Jesus.pdf?idFile=ac87ffd1-3237-4fd8-a853-c3e3c00f5790

MINISTERIO DEL INTERIOR, “Informe sobre personas desaparecidas en España”. *Ministerio del interior*, enero 2017. Disponible: http://www.interior.gob.es/documents/10180/6960463/Informe_Desaparecidos_Espa%C3%B1a_2017.pdf/16f1015e-c91a-460a-9f55-059bb970a0cb

PARRA RODRÍGUEZ, C. “Conclusiones del taller número 2”. Disponible en: http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Conclusiones_ES.pdf

PAZ LAMELA, R.S., “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional. Análisis a través de la jurisprudencia reciente”. *AFDUC*, nº17, 2013, pp. 675-685. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12540/AD_17_2013_art_35.pdf?sequence=1

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., “Jurisprudencia Española y Comunitaria de Derecho Internacional Privado. (Comentario a la Sentencia de Tribunal de Justicia de la UE, de 5 de octubre de 2010 (C-400/10))”, *Revista Española de Derecho Internacional*, sección jurisprudencia, vol. LXII/2, 2010, pp. 241-244. Disponible en: http://redi.ene-estudio.es/wp-content/uploads/2017/08/07-Jurisprudencia-2_digital_a.pdf

TOMÁS GARCIA, I. “Mediación en sustracción de menores”. *Escuela Judicial española*. Disponible en: http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_3_ES.pdf

VELARDE D'AMIL, Y. "La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores". *Revista de Derecho UNED*, nº 17, 2015, pp. 1279-1301. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/16298/14045>

SORIANO IBÁÑEZ, B. "Las relaciones paterno filiales. La sustracción parental". *Centro de Estudios Jurídicos*, junio 2017, pp. 1-28. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Soriano%20Ib%C3%A1%C3%B1ez,%20Benito%20doc.pdf?idFile=ed6828cd-493c-402d-ae43-8b0dc25c5603

LINKS CONSULTADOS

<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/SiEstasEnElExtranjero/Documentos/ConveniodelaHaya.pdf>

<http://www.ine.es/>

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/area-internacional/tramites-internacionales/sustraccion-internacional>

https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/home!/ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbzcFszcDBzdPYOdTD08jINdjYAKIoEKDHAARwNC-sP1o_ApsQgygSrAY0VBboRBpqOiIgD-HNNY/dl5/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/