

FACULTAD  
DE CIENCIAS  
JURÍDICAS



ZIENTZIA  
JURIDIKOEN  
FAKULTATEA

**TRABAJO FIN DE GRADO/ GRADU AMIERAKO LANA**

**“SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. ALGUNAS  
CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”**

**Judit Martínez Manzano**

**DIRECTOR / ZUZENDARIA**

**Unai Belintxon Martín**

**Pamplona / Iruñea**

**Día 31 de mayo de 2017**

## **RESUMEN**

El presente estudio tiene por objeto el análisis de la evolución jurídico-normativa experimentada en el ámbito de la sustracción internacional de menores. En particular, se pretende valorar el marco jurídico-internacional aplicable a cuestiones de determinación de la competencia judicial internacional, ley aplicable, validez extraterritorial de decisiones judiciales, la figura de restitución del menor y los derechos de custodia y de visita en relación a la sustracción internacional.

De esta manera, se tratará de abarcar desde la perspectiva de los menores y de las familias afectadas en qué medida los instrumentos legales internacionales aplicables, como el Convenio de la Haya de 1980, aportan suficiente seguridad jurídica.

## **ABSTRACT**

The purpose of this task is the analysis of the evolution in the international laws regarding legal kidnapping or international civil abduction of minors, which is a very controversial, problematic and increasingly phenomenon. Specially, we are going to look into the laws concerning to matters of court competence, enforced law, the issue of child return, the rights of custody and visit, etc.

In this way, we will study, paying more attention to the young people and the members of their families, if the different tools available by the Law are efficient enough to solve the illicit transfers which take place nowadays and to protect the child's welfare.

## **LABURPEN EXEKUTIBOA**

Honako lan honek, adingabeen nazioarteko lapurreten araudi juridikoaren garapena analizatzea du helburu. Bereziki, nazioarteko eskuduntza judizialaren aplikagarritasuna, lege aplikagarria, lurraldez kanpoko erabaki judizialaren baliagarritasuna, adingabearen lehengoratze irudia eta nazioarteko lapurretaren inguruko custodia eta bisita eskubideak zehaztuko dituen marko juridikoaren balorazioa egingo da.

Modu honetan, adingabeen eta ondorioak izan dituen familien ikuspuntutik, aplikagarriak diren nazioarteko instrumentu legalak, 1980ko Hayako Hitzarmenak adibidez, zenbateko segurtasun juridikoa eskaini ditzaken aztertuko da.

## **PALABRAS CLAVE**

Derecho Internacional Privado, Sustracción Internacional de Menores, Interés superior del menor, Derecho Europeo.

## **KEY WORDS**

Legal kidnapping, Private International Law, Superior interest of the minor, European Law.

## **HITZ GAKOAK**

Nazioarteko Zuzenbide Pribatua, Adingabeen Nazioarteko Lapurreta, Adingabeen interes nagusiak, Zuzenbide Europarra.

## ÍNDICE

|      |   |    |
|------|---|----|
| I.   | INTRODUCCIÓN.....   | 7  |
| II.  | CONCEPTO DE <i>LEGAL KIDNAPPING</i> .....   | 10 |
| III. | MARCO JURÍDICO APLICABLE .....  | 11 |
|      | 1. <i>Normativa internacional</i> .....   | 11 |
|      | 1.1. Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980.....   | 11 |
|      | 1.2. Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a 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.....               | 21 |
|      | 1.3. Convenio 30 de mayo 1997, Entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita y devolución de menores ..... | 27 |
|      | 1.4. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.....  | 31 |
|      | 2. <i>Normativa europea</i> .....   | 32 |
|      | 2.1. Reglamento (CE) Bruselas II-Bis 2201/2003, de 27 de noviembre, del Consejo. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.....                   | 32 |
|      | 3. <i>Marco jurídico interno</i> .....  | 39 |
|      | 3.1 Normas civiles .....  | 39 |
|      | 3.2. Normas penales.....  | 40 |
|      | 3.3 Normas procesales .....   | 41 |
| IV.  | JURISPRUDENCIA.....   | 42 |
|      | 1. <i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i> .....  | 42 |
|      | 1.1. Asunto C-211/10 PPU Doris Povse V. Mauro Alpago .....  | 42 |
|      | 1. 2. Asunto C-491/10 PPU Aguirre Zarraga V. Pelz.....  | 48 |
|      | 2. <i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos: sentencia de 8 de noviembre de 2008: Caso Carlson V. Suiza</i> .....  | 52 |
|      | 3. <i>La jurisprudencia española sobre la interpretación del “derecho de custodia”</i> ...  | 58 |
| V.   | CONCLUSIONES .....  | 63 |
| VI.  | BIBLIOGRAFÍA.....   | 65 |
|      | 1. <i>Doctrina</i> .....  | 65 |
|      | 1.1. Libros .....   | 65 |
|      | 1.2. Artículos de revista e informes .....  | 66 |

|                                |    |
|--------------------------------|----|
| 2. <i>Jurisprudencia</i> ..... | 69 |
| 2.1.Nacional.....              | 69 |
| 2.2.Internacional .....        | 70 |

## ABREVIATURAS

|           |  |
|-----------|--|
| BOE       | Boletín Oficial del Estado   |
| CC        | Código Civil   |
| CP        | Código Penal   |
| LEC       | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil   |
| LOPJ      | Ley Orgánica del Poder Judicial  |
| LCJI      | Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil   |
| LJV       | Ley de Jurisdicción Voluntaria   |
| CH 1980   | Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980.   |
| CL 1980   | Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores.  |
| RB II Bis | Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre, del Consejo. Sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. |
| UE        | Unión Europea  |
| DOUE      | Diario Oficial de la Unión Europea   |
| DIPr      | Derecho Internacional Privado  |
| TJUE      | Tribunal de Justicia de la Unión Europea   |
| STJUE     | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea   |
| TEDH      | Tribunal Europeo de Derechos Humanos   |
| STEDH     | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos   |
| SIM       | Sustracción internacional de menores   |
| CDFUE     | Carta de Derechos Fundamentales  |
| CEDH      | Convenio Europeo de Derechos Humanos   |
| AP        | Audiencia Provincial   |
| SAP       | Sentencia de la Audiencia Provincial   |
| AAP       | Auto de la Audiencia Provincial  |
| CDN       | Convención sobre los Derechos del Niño   |

## I. INTRODUCCIÓN

La sustracción internacional de menores (en adelante SIM) o secuestro internacional de menores<sup>1</sup>, supone el traslado de un menor del país de su residencia habitual a otro país con violación de los derechos de custodia o visita establecidos y se ha convertido en un problema social cada vez más frecuente que contiene implicaciones de variada índole (jurídicas, sociológicas, culturales, etc).

Éste incremento responde principalmente a la evolución que la sociedad ha sufrido en los últimos años, la cual ha dado lugar la internacionalización de las relaciones familiares, es decir, al nacimiento de relaciones binacionales en las que los miembros de la pareja son de distintos países y culturas. Sin embargo, éste nuevo escenario social, también ha conllevado una proliferación de las rupturas y crisis matrimoniales y de parejas de hecho, y a un incremento de conflictos cuando fruto de esas relaciones existen menores. Por tanto, ello incide también en las separaciones, divorcios y en la adopción de medidas relativas a los hijos<sup>2</sup>.

A su vez, existen otros factores trascendentes a la hora de comprender el aumento de supuestos de sustracción internacional de menores. En primer lugar, haremos alusión al denominado “nacionalismo judicial” que se refiere a la tendencia que tienen los Tribunales de los distintos Estados de favorecer en materia de custodia del menor a los sujetos nacionales de dicho Estado. Esto influye en el incremento de los casos de SIM, ya que los sujetos sustractores normalmente van a trasladar al menor a aquellos países de los que ellos son nacionales, y esa concesión de la custodia va a dar lugar a la legalización de la situación que ellos mismos han creado.

En segundo lugar, resulta también de vital importancia que los Tribunales resuelvan los procedimientos de forma ágil y eficaz, dado que en caso contrario, el menor puede alcanzar la integración en el nuevo país de refugio, y el retorno al país de su residencia habitual anterior al traslado puede causarle graves perjuicios.

Otro componente que contribuye a multiplicar el secuestro internacional de menores es el “derecho de visita”, y ello se debe a que, en algunos casos, es el

---

<sup>1</sup>La doctrina ha venido empleando de manera indistinta ambas expresiones, y así lo hacemos nosotros en el presente trabajo. Sin embargo, cabe destacar que en España el segundo de ellos no es empleado asiduamente ya que el “secuestro de menores” constituye un ilícito penal recogido en el artículo 225 bis CP.

<sup>2</sup>GONZÁLEZ MARTÍN, N. “Sustracción internacional parental de menores y mediación”, en *Derecho Familiar Internacional*, Universidad Central de Venezuela, Caracas (Venezuela), 2014, págs. 2-6.

momento en el que el sustractor está disfrutando del ejercicio de éste derecho durante un período de visitas cuando procede a trasladar al menor a otro país para retenerlo allí consigo, sin el conocimiento ni consentimiento del otro progenitor. Sin embargo, como veremos con posterioridad, éste “caso tipo” del *legal kidnapping* está sufriendo modificaciones y originando la aparición de nuevas modalidades de secuestro internacional de menores<sup>3</sup>.

Finalmente, conviene apuntar que la globalización que está teniendo lugar en la actualidad afecta también en parte al fenómeno de la SIM. Concretamente, cabe hacer referencia al Acuerdo Schengen, de 14 de junio de 1985, por el que se establece un espacio común denominado “Espacio Schengen” que supone la supresión de los controles en las fronteras internas de los países parte. Ello permite que el sustractor pueda trasladar al menor de un país a otro sin necesidad de exhibir más documentación que el pasaporte familiar en el que el menor aún aparece o el documento de identidad personal, lo que facilita el traslado del menor a nivel internacional<sup>4</sup>.

Por lo que se refiere a las nuevas formas de SIM emergentes en los últimos años, éstas varían en función de las circunstancias y peculiaridades que concurran en cada caso. Así, por ejemplo, encontramos matrimonios en crisis en los que sin haberse iniciado el procedimiento de separación ni haberse producido la consecuente atribución de los derechos de custodia y visita, uno de los progenitores traslada al menor consigo a otro estado sin conocimiento ni consentimiento del otro progenitor por temor a perder su custodia; o situaciones en las que la madre que ostenta el derecho de custodia huye con su hijo o hijos para alejarse del maltratador en los casos de violencia doméstica, o bien para alejar a los menores del ambiente de violencia y abusos y evitar que estos se extiendan y les afecten también a ellos, en caso de violencia de género sobre la madre<sup>5</sup>.

En relación con ello y haciendo referencia al perfil del secuestrador, éste ha sufrido modificaciones en los últimos años. Se ha pasado de supuestos en los que el padre, siendo el progenitor no custodio, aprovechaba el periodo de visitas para sustraer

---

<sup>3</sup>CALVO CARAVACA, L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Protección de menores*, en Derecho Internacional Privado, Vol. II, 16.ª Ed., Comares, Granada, 2016, págs. 543- 545.

<sup>4</sup> CHÉLIZ INGLÉS, M.ª DEL C. “La sustracción internacional de menores, tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, pág. 249.

<sup>5</sup>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”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, págs. 1283-1286.



al menor y retenerlo ilícitamente consigo, quebrantando el derecho de custodia de la madre; a supuestos en los que es la madre la que secuestra al hijo cuya custodia ostenta, huyendo del padre maltratador que tiene atribuido el derecho de visita.

En todo caso, es indudable que en todos los supuestos de sustracción internacional de menores, de una u otra forma, es el menor de edad quien resulta perjudicado en mayor medida y precisa, por tanto, de una especial protección. En vista de ello, vienen siendo constantes los intentos por parte de los más importantes Organismos Internacionales de regular y desarrollar textos legales internacionales en aras de consolidar un marco normativo común del que puedan participar todos los Estados que se ven inmersos en supuestos de secuestros y retenciones ilícitas, y todo ello en base a la cooperación a nivel internacional entre Estados.

De manera semejante, se han tratado de elaborar nuevas regulaciones en nuestro ámbito interno en diversas disciplinas tales como el Derecho Penal, Civil, Procesal, etc que permitan atajar el problema y resolverlo del modo más efectivo posible.

Todo ello hace que cada vez exista un mayor número de mecanismos que regulan esta materia, los cuales son el objeto de análisis de este trabajo. Así, empezaremos este estudio analizando tales instrumentos para después realizar un estudio de su aplicación e interpretación en el ámbito jurisprudencial tanto interno como internacional.

Para concluir este apartado, me gustaría hacer referencia a la evolución que ha sufrido el Derecho Internacional Privado en los últimos años y que por supuesto afecta también a la materia que nos ocupa, la sustracción internacional de menores. Aunque el DIPr ha venido siendo un Derecho cuyas fuentes eran esencialmente estatales e internacionales, poco a poco y gracias a la denominada “europeización” de la cooperación judicial en materia civil, éste ha pasado a nutrirse (sin obviar los Convenios Internacionales) de regulaciones institucionales y Derecho derivado emanado de la Unión Europea.

Todo comienza con el Tratado de Ámsterdam, el cual convierte el título VI del Tratado de la Unión Europea en los artículos 29 a 42 del mismo e incluye un nuevo Título IV en el Tratado de la Comunidad Europea denominado “Visados, asilo,

inmigración y otras políticas vinculadas a la libre circulación de personas” que engloba los artículos 61 a 69<sup>6</sup>.

Concretamente, el artículo 65 TCE va a suponer una importante atribución de competencias a la Unión Europea ya que va a permitir que el legislador europeo comience a intervenir en varios sectores del DIPr y por consiguiente, que éste sea producido por instituciones de la Unión Europea. Ello presenta una especial relevancia ya que se está consiguiendo construir un cuerpo de normas de DIPr que trata de coordinar y armonizar las normas de los diferentes Estados miembros a fin de conseguir un “espacio de libertad, seguridad y de justicia”<sup>7</sup>.

## II. CONCEPTO DE *LEGAL KIDNAPPING*

El *legal kidnapping* o “sustracción internacional de menores” es el fenómeno que se origina cuando un sujeto aprovecha el momento en que el menor de edad está consigo y, sin el conocimiento ni el permiso del otro progenitor<sup>8</sup>, lo traslada del país en que el menor tiene su residencia habitual a otro, con incumplimiento de los mandatos legales.<sup>9</sup> Con “incumplimiento de mandatos legales” nos referimos a la violación de los derechos de custodia o visita atribuidos a una persona o institución, las cuales se ven despojadas del ejercicio de los mismos cuando suceden la retención o traslado ilícitos.

Resulta necesario destacar que la persona que traslada y/o retiene al menor no tiene porque ser uno de los progenitores, sino que puede ser un pariente hasta un determinado grado de consanguinidad, es decir, alguien que en sentido amplio forma parte del entorno familiar del menor<sup>10</sup>. No obstante, el secuestro internacional de menores puede aflorar también fuera del entorno familiar, en supuestos de menores acogidos o sometidos a tutela administrativa y de adopción internacional<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup>BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “La comunitarización del Derecho Internacional Privado”, en *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz/ Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak*, núm. 1, 2001, pág. 295.

<sup>7</sup>FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Comunitarización del Derecho Internacional Privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, en *Revista Española de Seguros*, núm.140, 2009, págs. 604-605

<sup>8</sup>VELARDE D’AMIL, Y., *op.cit.*, nota 5, pág. 1283.

<sup>9</sup>SAP de Almería (Sección 1.ª) Sentencia núm. 1004/2007 de 06/07/2007. JUR 2008/24907.

<sup>10</sup>PÉREZ VERA, E. “Informe explicativo del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Madrid, 1981, págs. 3-4.

<sup>11</sup>GONZÁLEZ VICENTE, P. “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 11, 2007, págs. 71-72.

### III. MARCO JURÍDICO APLICABLE

#### 1. Normativa internacional

*1.1. Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980.*

El Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores<sup>12</sup>, fue elaborado y aprobado en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y es aplicable en España y en cualquier otro Estado que lo haya ratificado o se haya adherido a éste a partir de la fecha en que se produce la aceptación de la adhesión y la publicación en el correspondiente Boletín Oficial. La doctrina lo ha venido calificando como un Convenio semiabierto<sup>13</sup>, en la medida en que cualquier Estado puede suscribirlo a pesar de no ser miembro de la Conferencia de La Haya. No obstante, la adhesión del Estado de que se trate sólo tendrá efectos entre tal Estado adherido y aquellos Estados parte de la Conferencia de la Haya que hayan suscrito el Convenio, cuando estos acepten la adhesión de ese nuevo Estado<sup>14</sup>.

Lo destacable de éste es que no puede considerarse un Convenio tradicional de DIPr, ya que no regula el Derecho aplicable, la competencia judicial internacional (aunque tácitamente contenga una regla de competencia judicial internacional, como analizaremos posteriormente) o el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de sustracción internacional de menores<sup>15</sup>; sino que hace referencia a los aspectos de hecho, limitándose a prever un sistema de cooperación entre Estados y una acción directa que garantiza el retorno inmediato del menor en caso de sustracción, sin entrar

---

<sup>12</sup> Ratificado por España mediante instrumento de 28/05/1987, BOE 202/1987, de 24 de agosto.

<sup>13</sup> DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 48.

<sup>14</sup> Artículo 38 CH1980: Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio. El instrumento de adhesión será depositado en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos. Para el Estado que se adhiera al Convenio, éste entrará en vigor el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de adhesión. La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio después de una adhesión. Dicha declaración será depositada en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; éste Ministerio enviará por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados contratantes. El Convenio entrará en vigor entre el Estado que se adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el día uno del tercer mes siguiente al depósito de la declaración de aceptación.

<sup>15</sup> REIG FABADO, I., “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, págs. 246-247.

en la cuestión de fondo del derecho de custodia e intentando que éste y el derecho de visita sean respetados<sup>16</sup>.

### 1.1.1. Objetivos

El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 descansa sobre dos ideas principales. En primer lugar, considera que los cambios bruscos en lo que se refiere al entorno en el que vive menor pueden originar importantes perjuicios, por lo que deben evitarse; y en segundo lugar sostiene que son las Autoridades del país de residencia habitual del menor las que mejor pueden conocer y decidir sobre la custodia del menor<sup>17</sup>. En base a ello, articula dos objetivos fundamentales, los cuales desarrollamos a continuación.

El primero de los objetivos de éste Convenio es el establecimiento de un sistema de cooperación internacional de Autoridades Judiciales y Administrativas para la consecución de la inmediata restitución del menor de 16 años que hubiera sido ilícitamente trasladado o retenido en cualquier Estado contratante. Así, lo que se pretende mediante la “acción directa” para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual, es restablecer el *status quo* de éste, previamente alterado mediante la sustracción o retención ilícitas. Con éste restablecimiento del *status quo* se va a conseguir disuadir a aquellos sustractores que pretendan llevar a cabo secuestros internacionales con la intención de que sus actuaciones sean legalizadas por la jurisdicción del Estado de refugio.

El segundo objetivo al que se refiere el artículo 1 es el de velar por el respeto y cumplimiento de los derechos de custodia y visita imperantes en el Estado de origen del menor. Éste apartado b) del artículo 1 del Convenio parece ser autónomo respecto al apartado a) del mismo artículo, sin embargo, ambos están estrechamente relacionados y pueden considerarse complementarios dado que lo que se pretende es el retorno del menor y el restablecimiento de la situación anterior (apartado a), objetivo que se consigue mediante el correcto ejercicio y respeto a los derechos de guarda y custodia previamente establecidos (apartado b). De esta manera, podríamos afirmar que el

---

<sup>16</sup>Artículo 1 CH 1980:La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

<sup>17</sup>DE LA ROSA CORTINA, J.M., *op.cit.*, nota 13, pág. 61.

primero de ellos constituye un mecanismo que posibilita el alcance del segundo<sup>18</sup>. En definitiva, lo que ambos apartados intentan es proteger el derecho que el menor tiene a relacionarse con sus dos progenitores y respetar el interés superior de éste.

Sin embargo, al analizar el texto del Convenio, comprobamos que éste no hace alusión al interés del menor. Ahora bien, no significa que se esté ignorando, y ello lo vemos reflejado en el Preámbulo, en el que son los propios Estados contratantes los que manifiestan encontrarse "profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia" y es precisamente esto lo que los ha conducido a realizar el Convenio "deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos"<sup>19</sup>.

Es así que podríamos decir que el objeto principal del Convenio es combatir el creciente número de secuestros o sustracciones internacionales, pero siempre respetando y velando por el Interés Superior del Menor, principio elemental recogido en el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989<sup>20</sup>.

#### 1.1.2. Ámbito de aplicación

Para que el CH1980 sea aplicable es necesario que se cumplan una serie de presupuestos. La primera condición que debe concurrir para que el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sea aplicable es que el traslado o retención deben ser "ilícitos".

A estos efectos, el artículo 3 del Convenio<sup>21</sup> establece dos requisitos para que el traslado o retención sean considerados como tales: en primer lugar, exige que se produzca la infracción de un derecho de custodia y, en segundo lugar y de forma

---

<sup>18</sup>GÓMEZ BENGOCHEA, B. *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 40.

<sup>19</sup>PÉREZ VERA, E., *op.cit.*, nota 10, págs. 5-6.

<sup>20</sup>Artículo 3.1 CDN: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

<sup>21</sup> Artículo 3 CH 1980: El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

cumulativa, que ese derecho de custodia se estuviera ejerciendo de manera efectiva o *de facto* en el momento del traslado o retención.

Dentro de este marco, resulta necesario determinar cuál es el alcance del derecho de custodia. Tal y como se infiere del artículo 5 del Convenio<sup>22</sup>, éste derecho engloba todo lo relativo al cuidado del menor y en particular, el derecho a decidir acerca del lugar de residencia de éste. Por otra parte, es necesario recalcar cuales son las distintas formas en que el derecho de custodia puede atribuirse. Puede hacerse por el Derecho del Estado de la anterior residencia habitual del menor, por decisión judicial o administrativa ejecutable en el Estado de origen, con independencia de quien la haya dictado y de que haya sido reconocida o no y, finalmente, por un pacto realizado entre los progenitores del menor que surta efectos legales en el Estado de origen<sup>23</sup>.

No obstante, el Convenio de La Haya, a diferencia de otros instrumentos internacionales, no exige que exista una resolución anterior al traslado o retención que determine a quién corresponde la custodia, sino que basta con que en aquellos casos en que no exista resolución, la custodia se estuviera ejerciendo de manera efectiva o así se hubiera hecho en ausencia de traslado o retención. De esta manera el Convenio va a ser un instrumento aplicable a aquellos supuestos en los que no exista resolución judicial referida a la custodia del menor, a aquellos secuestros posteriores a la resolución judicial de atribución del derecho de custodia y a aquellos que hubieran tenido lugar anteriormente a la decisión judicial<sup>24</sup>.

Retomando los requisitos de aplicabilidad del CH1980, como establece el artículo 4<sup>25</sup>, el Convenio será aplicable a los supuestos de niños menores de 16 años cuyo Estado de residencia habitual inmediatamente anterior a la sustracción o retención ilícitas fuera un Estado contratante, independientemente de la nacionalidad y filiación del menor y de su sustractor.

---

<sup>22</sup> Artículo 5 CH 1980: A los efectos del presente Convenio: a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

<sup>23</sup> CALVO CARAVACA, L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 3, pág. 554.

<sup>24</sup> AZCÁRRAGA MONZÓN, C. "Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente", en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pág. 201.

<sup>25</sup> Artículo 4 CH 1980: El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

A su vez, el Convenio solo va a ser aplicable en aquellos supuestos en que el menor de 16 años es trasladado o retenido en otro Estado parte del Convenio. En otras palabras, tanto el Estado de la anterior residencia habitual del menor, como el Estado de refugio o destino, deben ser Estados firmantes del Convenio. De ello deducimos que se trata de un Convenio “*inter partes*”, aplicable únicamente entre Estados parte. En efecto, no cabe acudir al Convenio ni cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado parte pero haya sido trasladado a un Estado no parte del Convenio, ni cuando el menor haya sido trasladado a un Estado parte, pero éste no tiene su residencia habitual en un Estado parte.

Por último, examinaremos brevemente el artículo 15 CH 1980, el cual establece que las Autoridades Judiciales o Administrativas de un Estado parte, antes de dictar resolución que ordene la restitución del menor, podrán solicitar al demandante la presentación de una decisión o certificación emitida por las Autoridades del Estado de residencia habitual del menor que demuestre que el traslado o retención es ilícito, en atención a lo establecido en el artículo 3<sup>26</sup>.

### 1.1.3. Competencia judicial internacional

A pesar de que el Convenio de La Haya es considerado por la doctrina como un Convenio “fáctico” en la medida en que no establece foros de competencia judicial internacional en materia de sustracción internacional de menores, podemos apreciar que en el artículo 16<sup>27</sup> del mismo se recoge una norma imperativa relativa a la competencia. En virtud de esta norma, en principio, es el órgano ubicado en el Estado de residencia habitual del menor el que ostenta la competencia para conocer de la cuestión de fondo referida al derecho de custodia.

El artículo establece que el Juez del país al que el menor ha sido ilícitamente trasladado no se puede pronunciar sobre la cuestión de fondo, sino únicamente decidir acerca de la ilicitud del traslado o retención y si procede o no la restitución del menor. La intención perseguida con tal prohibición es la de evitar que el Estado en que se

---

<sup>26</sup>CALVO CARAVACA, L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 3, págs. 550-555

<sup>27</sup>Artículo 16 CH1980: Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

encuentra el menor conozca y resuelva sobre los derechos de custodia y visita mientras no se dictamine que el menor no ha de ser restituido, o hasta que no haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que haya concurrido presentación de demanda.

Así, si el Juez ordena la restitución del menor, la competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto corresponderá a los Órganos Jurisdiccionales del Estado de origen del menor, que es aquel Estado contratante en el que el menor tenía su residencia habitual en el momento de la sustracción ilegal; y por consiguiente, los órganos del Estado en el que se encuentra el menor no podrán decidir al respecto. Si por el contrario, los Tribunales establecen que no procede la restitución, será el Juez del Estado de refugio o de destino el que pase a tener la facultad de litigar sobre el fondo del asunto<sup>28</sup>.

#### 1.1.4. Reglas de funcionamiento del CH 1980

El CH 1980 establece un procedimiento que puede dividirse en dos fases. La primera de ella es voluntaria y concierne lo referente a la cooperación entre Autoridades Centrales; y la segunda es la fase contenciosa, que se lleva a cabo ante las Autoridades Judiciales o Administrativas<sup>29</sup>.

La primera de las normas en base a las cuales actúa el Convenio son las Autoridades Centrales. Tal y como sienta el artículo 6 CH 1980<sup>30</sup>, son los Estados parte los encargados de escoger una Autoridad Central que será la encargada de localizar al menor, evitar que éste sufra daños, garantizar su restitución, proporcionar información sobre la situación del menor, abrir un procedimiento judicial para garantizar la restitución del niño, etc<sup>31</sup>. En España concretamente, la Autoridad Central es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia.

---

<sup>28</sup> REIG FABADO, I., *op.cit.*, nota 15, pág. 249.

<sup>29</sup> SCOTTI, L.B. “Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm 62, 2013, pág. 126.

<sup>30</sup> Artículo 6 CH 1980: “Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio”.

<sup>31</sup> Artículo 7 CH 1980: Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan: a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita; b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales; c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable; d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente; e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la



En lo que se refiere al funcionamiento de ésta cooperación judicial entre Estados, se inicia en el momento en que cualquier persona, institución u organismo presenta la solicitud de restitución del menor ante la Autoridad Central del Estado en que se encuentre el menor<sup>32</sup>, o la de cualquier otro Estado contratante, que ha de cooperar con el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual con anterioridad al traslado a fin de conseguir la restitución de éste<sup>33</sup>. En caso de no conseguirlo, será ésta Autoridad Central la que deberá incoar el correspondiente procedimiento judicial, aunque éste también puede ser promovido por el propio progenitor.

Dicha solicitud de repatriación del menor deberá incluir los requisitos a los que hace referencia el artículo 8.2 a-g del Convenio<sup>34</sup>, que son los siguientes: que incluya información acerca de todas las partes implicadas, las causas en las que se fundamenta tal reclamación de restitución del menor y toda la información disponible acerca de la localización del menor y la identificación de la persona con la que hipotéticamente se encuentra el menor.

Para aquellos supuestos en que, como hemos mencionado anteriormente, la solicitud de repatriación del menor se presente en algún Estado contratante que no sea el de origen ni el de destino, también prevé el CH 1980 la cooperación entre Autoridades Centrales. Concretamente, dispone que en caso de que una Autoridad Central reciba una solicitud y considere que el menor se encuentra en otro Estado parte, ésta deberá llevar a cabo dos actuaciones: en primer lugar, trasladar la demanda de forma inmediata a la

---

restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

<sup>32</sup> En adelante Estado requerido, Estado de destino o Estado de refugio.

<sup>33</sup> En adelante Estado requirente o Estado de origen.

<sup>34</sup> Artículo 8.2 CH 1980: La solicitud incluirá: a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor; b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla; c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor; d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor; La solicitud podrá ir acompañada o complementada por: e) una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes; f) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al Derecho vigente en esta materia de dicho Estado. g) cualquier otro documento pertinente.

Autoridad Central de dicho Estado parte; y, en segundo lugar, notificar a la Autoridad Central del Estado parte requirente o al demandante<sup>35</sup>.

En segunda instancia, encontramos la acción directa de restitución del menor, que permite que no sea necesario acudir al *exequátur* o reconocimiento, ya que opta por conseguir directamente la restitución del menor sustraído. Por tanto, el principal objetivo de dicha acción no va a ser entrar a conocer del fondo de la cuestión, sino que se va a intentar conseguir que el menor sea restituido al país de su residencia habitual. En otras palabras, no se va a convenir a quién corresponde la custodia del mismo, sino que se va a decidir si el menor debe ser restituido o no<sup>36</sup>.

Esta acción va a poder ejercerse cuando uno de los progenitores ostenta el derecho de custodia y éste es quebrantado por el progenitor que ostenta el derecho de visita, el cual en uno de esos periodos de visita ha trasladado al menor a otro país; cuando son ambos progenitores los que ostentan la custodia de manera compartida y uno de ellos desplaza al niño a otro Estado de manera que impide al otro progenitor ejercer el derecho de custodia; y por último, cuando uno de los progenitores tiene otorgada la custodia, pero ésta se encuentra restringida a la demarcación de un país (de tal manera que si el progenitor custodio quiere desplazar al menor fuera de ese territorio debe hacerlo con autorización judicial o del otro progenitor), y éste traslada al menor al extranjero<sup>37</sup>.

Tal y como reza el artículo 8.1 CH 1980<sup>38</sup>, la acción puede ser ejercitada por cualquier persona, institución u organismo que considere que un menor ha sido ilícitamente desplazado o retenido. De esta manera, los solicitantes que en España insten la restitución del menor deberán dirigirse al Ministerio de Justicia, representado por la Abogacía del Estado. De ahí que resulte habitual la participación del Abogado del

---

<sup>35</sup> Artículo 9 CH1980: Si la Autoridad Central que recibe una solicitud en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado contratante e informará a la Autoridad Central requirente o, en su caso, al solicitante.

<sup>36</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pág. 135.

<sup>37</sup> CALVO CARAVACA, L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 3, pág. 553.

<sup>38</sup> Artículo 8.1 CH1980: Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.

Estado en estos procesos y sea éste el encargado de gestionar la restitución del menor al Estado de su residencia habitual.

Como regla general, el Convenio prevé la devolución inmediata del menor al país de su última residencia habitual. Sin embargo, ésta regla no atiende a las circunstancias concretas de cada caso, sino que ha sido diseñada conforme al principio general del interés superior del menor. Por ello, al mismo tiempo, el Convenio articula una regla excepcional<sup>39</sup>, consistente en el no retorno del menor basado en los posibles perjuicios que éste podría suponer para el interés del menor y fundamentado en los artículos 12,13 y 20 del CH 1980.

De estas evidencias, deducimos que es posible aducir determinados motivos que dan lugar a que la Autoridad Judicial o Administrativa deniegue la restitución del menor, los cuales nunca serán presumidos y por consiguiente, deberán ser siempre correctamente probados. Asimismo, cabe analizar dos supuestos:

Primeramente, nos referiremos a aquellos supuestos en que hubiera transcurrido menos de un año desde el traslado. En principio, de acuerdo con el artículo 12.1 CH 1980<sup>40</sup>, la Autoridad competente del Estado miembro de que se trate tiene obligación de exigir la restitución inmediata del menor. Sin embargo, pueden concurrir distintas causas que posibiliten la no ordenación de tal restitución.

La primera de estas causas hace referencia a que la custodia no se estuviera ejerciendo efectivamente en el momento en que el menor fue trasladado o retenido; es decir, que la persona, institución u organismo al que correspondía el ejercicio del derecho de custodia no lo estuviera haciendo de modo efectivo; o que el traslado o retención hubieran sido consentidos o posteriormente aceptados.

En segundo lugar, la existencia de grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un daño físico o psíquico o ponga al menor en una situación intolerable también puede dar lugar a la denegación de la solicitud. Conviene destacar que los

---

<sup>39</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, N., *op.cit.*, nota 2, pág. 9.

<sup>40</sup> Artículo 12.1 CH 1980: 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 periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

conceptos “grave riesgo”, daño físico o psíquico” y “situación intolerable” deben interpretarse de forma restrictiva y probarse caso por caso.

Otra causa que puede dar lugar a una resolución de no retorno del menor es que el menor se oponga a la restitución. Ello siempre que éste tenga una edad y un grado de madurez que le permitan tomar decisiones con conocimiento de cuáles son sus efectos, y siempre que no se vea coaccionado o forzado a la hora de tomar tales decisiones<sup>41</sup>.

La última causa de denegación alude a que la restitución o retorno del menor infrinjan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de derechos humanos y libertades fundamentales<sup>42</sup>.

A continuación, estudiaremos los casos en que hubiera transcurrido más de un año desde el traslado. En estas circunstancias, podrá presentarse oposición a la restitución basada en las causas anteriormente explicadas, añadiendo la recogida en el artículo 12.2 CH 1980<sup>43</sup>, que hace referencia a la integración del menor en su nuevo entorno. Esta causa encuentra su justificación en que la restitución o retorno del menor una vez que haya transcurrido un largo periodo de tiempo y que éste se haya integrado en ese nuevo medio, sería perjudicial para el interés del menor ya que supone desligarlo de una nueva rutina a la que ya había quedado adaptado. Cabe destacar que la “integración del menor en el nuevo medio” debe ser objeto de prueba por la parte interesada en que no se produzca tal restitución y que la integración no debe ser únicamente física, sino que ha de ser también emocional y psicológica.

Por último, cabe mencionar que ésta causa ha sido objeto de diversas críticas ya que la resolución de los procedimientos de restitución suele prolongarse durante varios

---

<sup>41</sup> Artículo 13. CH 1980: No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

<sup>42</sup> Artículo 20 CH 1980: La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

<sup>43</sup> Artículo 12.2 CH 1980: La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

años. Sin embargo, si la solicitud se presenta dentro del primer año, el juez no va a poder negar la restitución basándose en la adaptación del menor al nuevo país.

Otra de las razones por las que ha sido criticada es porque puede considerarse como un incentivo para los secuestradores, los cuales, al trasladar a los menores a otros países y retenerlos en estos a fin de que consigan adaptarse, pueden conseguir la legalización del secuestro y la denegación de la restitución al país de origen, invocando su adaptación al nuevo medio<sup>44</sup>.

Como hemos explicado con anterioridad, si finalmente se considera que el menor no debe ser restituido en base a alguna de las causas de denegación explicadas, se reconocerá a los Tribunales del Estado requerido la facultad para entrar a conocer la cuestión de fondo.

## *1.2. Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a 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*

### 1.2.1. Objetivo

El Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980<sup>45</sup>, tiene por objeto solventar aquellos problemas que surjan como consecuencia del secuestro internacional de menores y para ello, emplea el sistema del *exequátur*, por el que las sentencias dictadas relativas al régimen de custodia y visitas en un Estado parte pueden ser objeto de reconocimiento y ejecución en el Estado en el que se encuentra el menor secuestrado. No obstante, el CL 1980 no prevé un procedimiento general de *exequátur*, sino que permite que el reconocimiento y ejecución de las decisiones se lleven a cabo de manera más ágil, al no exigir las formalidades necesarias para el *exequátur* tradicional<sup>46</sup>.

De esta manera, cuando se produce una sustracción internacional y con ella se vulnera alguno de los mencionados derechos atribuidos en virtud de una sentencia a determinadas personas o instituciones, éstas estarán legitimadas para solicitar en aquel país en el que se encuentre el menor el *exequátur* de la resolución en la que se establece la titularidad tales derechos.

---

<sup>44</sup> CALVO CARAVACA, L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *op. cit.*, nota 3, págs. 564-566.

<sup>45</sup> Publicado en: BOE núm. 80, de 3 de abril de 1991. BOE-A-1991-8061.

<sup>46</sup> LIÉBANA ORTIZ, J.R., “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores” en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 13, 2015, pág. 93.

### 1.2.2. Ámbito de aplicación

Para que el CL 1980 se aplicable, habrán de concurrir diversos factores. Para comenzar, hablaremos de la edad que debe tener el menor. El Convenio podrá aplicarse a aquellos supuestos en que el niño objeto de la sustracción sea menor de edad, entendiéndose que será menor cualquier persona que, independientemente de su nacionalidad, tenga menos de 16 años y carezca de derecho a establecer su residencia bien por la Ley de su residencia habitual, bien por la Ley de su nacionalidad o bien por la Ley del Estado requerido<sup>47</sup>.

Además, el traslado ha de ser ilícito, entendiéndose que éste se produce en tres supuestos concretos. Cuando el menor es desplazado cruzando una frontera internacional y vulnerando, a su vez, una decisión referente al derecho de custodia emitida por un Estado contratante y ejecutable en el mismo, cuando el menor no regresa al haber finalizado el periodo de visita u otra estancia de carácter temporal en cualquier país que no sea aquel en el que se ejerce el derecho de custodia y cuando el traslado es declarado ilícito por una decisión dictada en un Estado parte después de haberse producido<sup>48</sup>.

Por último, será también exigible que tanto el Estado de origen del menor como el Estado al que es trasladado sean parte del Convenio.

### 1.2.3. Reglas de funcionamiento del Convenio

A continuación, me propongo exponer los mecanismos de actuación en base a los cuales opera el CL980. La primera de las cuestiones que trataremos serán las Autoridades Centrales<sup>49</sup>, las cuales serán nombradas por cada Estado firmante. Las personas interesadas pueden acudir a la Autoridad Central de cualquier Estado parte para que realice funciones tales como la investigación del paradero del menor, evitar el

---

<sup>47</sup> Artículo 1.a CL 1980: a) Por «menor»: Una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido.

<sup>48</sup> Artículo 1.d CL 1980: d) «Traslado ilícito»: El traslado de un menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a su custodia dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado, se considerará asimismo como traslado ilícito. i) El hecho de que un menor no regrese a través de una frontera internacional, al finalizar el período de ejercicio de un derecho de visita relativo a dicho menor o al término de cualquier otra estancia de carácter temporal en territorio distinto de aquel en el que se ejerza la custodia ii) El traslado que ulteriormente se declare ilícito en el sentido del artículo 12.

<sup>49</sup> Artículo 2 CL1980: “1. Cada uno de los Estados contratantes designará una autoridad central que ejercerá las funciones previstas en el presente Convenio”.

menoscabo de los derechos del demandante o el menor objeto de la sustracción, etc<sup>50</sup>. A estos efectos, en España se ha designado como Autoridad Central la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia.

En segundo lugar, analizaremos quien ostenta la facultad para conceder el *exequátur*. En España son los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de aquella parte frente a la que se pretende el *exequátur* o del menor, quienes ostentan las prerrogativas para conocer y resolver las solicitudes de reconocimiento y ejecución de decisiones adoptadas por tribunales extranjeros<sup>51</sup>.

Conviene destacar ahora que en su artículo 8<sup>52</sup>, el Convenio regula un mecanismo que va a permitir proceder a la restitución inmediata del menor y que es conocido por la doctrina como “*anti-exequátur*” o restitución de plano<sup>53</sup>. Éste mecanismo lo que consigue es que la sentencia sea ejecutada sin que se pueda alegar ninguna de las causas de denegación recogidas en el Convenio. Nos encontramos por tanto, ante un procedimiento de restitución que no va a exigir el *exequátur* de una resolución extranjera y por el que la Autoridad Central va a ordenar el regreso del menor a su Estado de origen. En aquellos supuestos en que la Ley del Estado requerido establezca un procedimiento concreto para proceder a la restitución del menor, éste se

---

<sup>50</sup> Artículo 5 CL 1980: 1. La autoridad central del Estado requerido adoptará o dispondrá que se adopten, dentro de los plazos más breves que sea posible, cuantas disposiciones estime apropiadas, e incoará, en sus procedimientos ante sus autoridades competentes, con el fin de: a) Averiguar el paradero del menor. b) Evitar, especialmente mediante la adopción de las medidas provisionales necesarias, que se perjudiquen los derechos del menor o del demandante. c) Asegurar el reconocimiento o la ejecución de la resolución. d) Asegurar la entrega del menor al demandante cuando se haya autorizado la ejecución de la resolución. e) Informar al demandante de las medidas adoptadas para atender su instancia y de los resultados obtenidos.

<sup>51</sup>Sobre esta cuestión: Artículo 85.5 LOPJ:5. De las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras y de la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal; Artículo 52.1 LCJ: 1. La competencia para conocer de las solicitudes de *exequátur* corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera. Subsidiariamente, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o por el lugar en el que la resolución deba producir sus efectos, siendo competente, en último caso, el Juzgado de Primera Instancia ante el cual se interponga la demanda de *exequátur*.

<sup>52</sup> Artículo 8.1 CL 1980: 1. En caso de traslado sin derecho, la autoridad central del Estado requerido dispondrá que se proceda inmediatamente a restituir al menor: a) Cuando en el momento de entablar el procedimiento en el Estado donde se dictó la resolución correspondiente o en la fecha del traslado sin derecho, si éste se produjo con anterioridad, el menor y sus padres no tengan más nacionalidad que la de dicho Estado y el menor tenga su residencia habitual en el territorio de dicho Estado. b) Se haya dirigido a una autoridad central una solicitud de restitución, dentro de un plazo de seis meses a partir del traslado sin derecho.

<sup>53</sup>CALVO CARAVACA A. Y CARRASCOSA GONZALEZ J., *op. cit.*, nota 3, pág. 547.

tendrá en cuenta, pero nuevamente, no cabra oponer ningún motivo de denegación del retorno<sup>54</sup>.

Entre los posibles casos de “*anti-exequátur*” hablaremos, para comenzar, de lo que se denomina internacionalización ficticia. Ésta exige una serie de requisitos que en caso de constatarse en el momento de iniciarse el procedimiento que da lugar a la resolución vulnerada por el secuestro o en el momento de producirse dicho secuestro, permiten proceder a la restitución inmediata del menor. Dichos requisitos son los siguientes y han de cumplirse simultáneamente: que el menor y sus padres tengan exclusivamente la nacionalidad del Estado de origen, que el menor tuviera su residencia habitual en dicho Estado y que la presentación de la solicitud de retorno se produzca en el plazo de 6 meses a partir del traslado.

En segundo lugar, corresponderá la restitución inmediata también en aquellos casos en que exista un pacto (verificado por la Autoridad competente) entre la parte titular del derecho de custodia y la titular del derecho de visita y ese acuerdo haya sido infringido dado que la persona que ejercía el derecho de visita, al concluir el periodo de disfrute de éste, no ha devuelto al menor al país de su residencia habitual. De forma cumulativa, se ha de haber presentado la solicitud de retorno en el transcurso de los 6 meses siguientes al secuestro. De igual forma se procederá en aquellos casos en que se den las circunstancias explicadas y lo que se infrinja sea una decisión judicial relativa al derecho de custodia.

Mientras que el CH 1980 no exige una resolución previa que resuelva sobre la custodia; el CL 1980, exceptuando los dos supuestos anteriormente explicados, por regla general requiere que el Estado requerido conceda el *exéquatúr* de las resoluciones judiciales cuya vulneración convierte el traslado en ilícito. Así, deducimos que se está exigiendo la previa existencia de una decisión judicial que fije el régimen de custodia.

En otras palabras, el Convenio exige que exista resolución en materia de custodia y que ésta supere el *exequátúr* en el Estado requerido. No obstante, dicho

---

<sup>54</sup> Artículo 8.2 CL1980: 2. Si con arreglo a la ley del Estado requerido no pudiera cumplirse lo prescrito en el párrafo primero del presente artículo sin la intervención de una autoridad judicial, ninguno de los motivos de denegación previstos en el presente Convenio será de aplicación en el procedimiento judicial.



*exequatur* podrá ser denegado por varias razones, diferenciadas en función del tiempo transcurrido<sup>55</sup>.

Cuando la solicitud de regreso haya sido presentada en los 6 meses siguientes a la sustracción, el *exequatur* podrá ser denegado por tres motivos<sup>56</sup>. Primeramente, por infracción de los derechos de defensa, concretamente cuando tratándose de una resolución dictaminada en ausencia del demandado o de su representante legal, el escrito de incoación o documento equivalente no haya sido notificado en la debida forma y con el suficiente tiempo para una oportuna defensa. Ahora bien, la falta de notificación no constituirá causa de denegación en aquellos supuestos en que el demandado hubiera ocultado su paradero.

En segundo lugar, cuando se trate de una resolución dictada vulnerando los derechos de defensa y la competencia del Tribunal no venga respaldada por alguno de los siguientes foros: residencia habitual del demandado, última residencia habitual conjunta de los padres del menor siempre que por lo menos uno de ellos continúe residiendo de manera habitual en ella o residencia habitual del menor.

Y en último término, cuando la resolución judicial sobre la custodia del menor del Estado de origen sea incompatible con otra decisión sobre esta misma materia existente en el Estado de destino con anterioridad al traslado.

Cuando por el contrario, la solicitud de retorno se haya interpuesto en un plazo superior a 6 meses desde el secuestro<sup>57</sup>, el *exequatur* podrá ser denegado además de por

---

<sup>55</sup>CAAMIÑA RODRÍGUEZ, C. “La mediación ante el secuestro internacional de menores”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2011, págs. 8-10.

<sup>56</sup> Artículo 9 CL 1980: 1. En los casos de traslado sin derecho distintos de los previstos en el artículo 8, en los que se haya presentado la correspondiente petición a una autoridad central dentro del plazo de seis meses a partir del traslado, únicamente podrán denegarse el reconocimiento y la ejecución: a) Si cuando se trate de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal, el escrito por el que se incoa el procedimiento o cualquier documento equivalente no se hubiera notificado al demandado en debida forma y con el tiempo suficiente para poder defenderse; no obstante dicha falta de notificación no podrá ser causa de denegación del reconocimiento o de la ejecución si se debiera a que el demandado ocultó el lugar de su paradero a la persona que entabló el procedimiento correspondiente en el Estado de origen. b) Si tratándose de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal la competencia de la autoridad que la dictó no estuviera fundada: i) En la residencia habitual del demandado, o. ii) En la última residencia habitual común de los padres del menor, siempre y cuando uno de ellos continúe residiendo habitualmente en la misma. iii) En la residencia habitual del menor. c) Si la resolución fuera incompatible con una resolución relativa a la custodia que ya era ejecutoria en el Estado requerido antes del traslado del menor, a menos que el menor hubiera tenido su residencia habitual en el territorio del Estado requirente en el año precedente a su traslado.

<sup>57</sup> Artículo 10 CL 1980: 1. En los demás casos distintos de los mencionados en los artículos 8 y 9, el reconocimiento y la ejecución podrán denegarse no sólo por los motivos previstos en el artículo 9, sino además por uno de los motivos siguientes: a) Si se comprueba que los efectos de la resolución son

las causas que explicaremos a continuación, por las anteriormente explicadas del artículo 9 del Convenio.

Así, podrá denegarse el *exequátur* cuando los fundamentos esenciales del Derecho que regula la familia y los hijos en el Estado de destino y los efectos de la resolución cuyo *exequátur* se insta, sean manifiestamente incompatibles.

Cuando se haya producido una modificación de las circunstancias y como consecuencia de ello, los efectos de la resolución extranjera cuyo *exequátur* se pretende ya no coincidan con el interés del menor. A efectos de dichas modificaciones, podrá tenerse en cuenta el paso del tiempo, pero no la mera modificación de la residencia del menor a la que ha dado lugar el desplazamiento ilícito.

Cuando en el momento de entablarse el procedimiento en el Estado de origen, el menor guarde cierta vinculación con el Estado de destino. Dicha vinculación podrá consistir bien en que el menor sea nacional del Estado requerido o residente en ese mismo Estado y carezca de esta conexión con el Estado de origen; o bien en que el menor ostente de manera simultánea la nacionalidad del Estado de origen y la del Estado de destino, pero tenga su residencia habitual en éste último.

Y, en última instancia, cuando la resolución judicial sobre la custodia del menor dictada en el Estado de origen sea incompatible con otra decisión sobre esa misma cuestión dictada en el Estado de destino o dictada en un tercer Estado pero ejecutable en dicho Estado requerido, y tal resolución fuera consecuencia de un procedimiento iniciado antes de la presentación de la solicitud de reconocimiento o ejecución. Es preciso destacar que el Convenio establece de forma expresa que la denegación del retorno ha de ser compatible con el interés del menor<sup>58</sup>.

---

manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del derecho por el que se rigen la familia y los hijos en el Estado requerido. b) Si se comprueba que, con motivo de modificaciones de las circunstancias, incluido el transcurso del tiempo, pero no el mero cambio de residencia del menor como consecuencia de un traslado efectuado sin derecho, los efectos de la resolución de origen no concuerdan ya, manifiestamente, con el interés del menor. c) Si en el momento de entablarse el procedimiento en el Estado de origen: i) El menor tuviera la nacionalidad del Estado requerido o su residencia habitual en dicho Estado, y no existiera ninguno de dichos vínculos con el Estado de origen. ii) El menor tuviera a la vez la nacionalidad del Estado de origen y la del Estado requerido y su residencia habitual en el Estado requerido. d) Si la resolución fuera incompatible con una resolución dictada, en el Estado requerido o en un tercer Estado, pero ejecutoria en el Estado requerido como consecuencia de un procedimiento entablado antes de presentarse la petición de reconocimiento o de ejecución y si la denegación concuerda con el interés del menor.

<sup>58</sup> CAAMIÑA RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, nota 55, págs. 11-12.

Para concluir, cabe mencionar que este CL1980 se ha aplicado poco en España principalmente por dos razones: en primer lugar, porque el *exequátur*, a pesar de que, como hemos comentado anteriormente, el Convenio suprime algunas de las formalidades exigidas para el *exequátur* tradicional, sigue siendo un procedimiento que presenta diversos obstáculos que lo ralentizan y precisamente el secuestro o sustracción internacionales son fenómenos que precisan ser solventados de forma inminente y ágil.

La segunda causa que justifica la escasa utilización del Convenio es que éste ha dejado de ser aplicable a los supuestos entre Estados de la UE desde el 1 de marzo de 2005, debido a la entrada en vigor del Reglamento Bruselas II Bis<sup>59</sup>.

### *1.3. Convenio 30 de mayo 1997, Entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita y devolución de menores*

El 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, derecho de visita y devolución de menores fue firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997<sup>60</sup>.

El incremento de los supuestos de secuestro internacional de menores en los que los países implicados eran España y Marruecos y la circunstancia de que el Reino de Marruecos no fuese Estado firmante del Convenio de La Haya de 1980, dieron lugar a la elaboración de este Convenio. Lo que se pretendía era preservar el interés del menor Y fortalecer y consolidar la cooperación entre ambos Reinos. Ello podemos verlo reflejado en el Preámbulo, el cual señala expresamente que el objetivo perseguido por España y Marruecos es el de “*reforzar las relaciones de cooperación entre ambos Estados, con la finalidad de asegurar una mejor protección de los menores*”<sup>61</sup>.

No obstante, en la práctica el Convenio hispano-marroquí no ha sido muy aplicado ya que desde la ratificación por parte de Marruecos del Convenio de la Haya de 1980 el 9 de marzo de 2010 y la aceptación de su adhesión por España el 10 de noviembre de 2011, dicho Convenio ha sido empleado en la mayor parte de los

---

<sup>59</sup>REIG FABADO, I., *op. cit.*, nota 15, pág. 245.

<sup>60</sup>BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997. BOE-A-1997-13738.

<sup>61</sup>CAAMIÑA RODRÍGUEZ, C. “El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pág. 48.

supuestos. Aunque esto no supone que la aplicación del CH 1980 sea obligada ni exclusiva<sup>62</sup>.

Para concluir cabe destacar que en la actualidad, éste es el único Convenio Bilateral en materia de sustracción internacional del que España es país firmante. No obstante, España también es firmante de diversos Convenios bilaterales en materia de reconocimiento y ejecución que pueden resultar de utilidad en materia civil y de derecho de familia, basten como muestra los Convenios con la Federación Rusa<sup>63</sup>, Túnez<sup>64</sup>, Argel<sup>65</sup> o Mauritania<sup>66</sup>.

### 1.3.1. Objetivos

Del artículo 1<sup>67</sup> del Convenio se infiere que sus tres objetivos son asegurar el retorno de los menores que hubieran sido objeto de secuestro, conseguir el reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de derechos de custodia y visita y fomentar y proteger el libre ejercicio del derecho de visita.

### 1.3.2. Ámbito de aplicación

El Convenio hispano-marroquí de 1997 se aplica en aquellos supuestos en los que exista traslado o retención ilícita de un menor, siempre que los países implicados en dicho desplazamiento sean España y Marruecos.

A estos efectos, cabe destacar que únicamente el artículo 1 del Convenio alude a desplazamientos o retenciones *ilegales*; sin embargo, cabrá entender que el resto de preceptos al emplear el término “desplazamientos” también se están refiriendo a las

---

<sup>62</sup> MARÍN PEDREÑO, C. *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Ley 57, Málaga, 2015, págs. 20-23.

<sup>63</sup> Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990. BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997. BOE-A-1997-13924.

<sup>64</sup> 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. BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2003. BOE-A-2003-4239.

<sup>65</sup> 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 núm. 103, de 1 de mayo de 2006. BOE-A-2006-7733.

<sup>66</sup> Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania. BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 2006. BOE-A-2006-19347.

<sup>67</sup> Artículo 1 Convenio hispano-marroquí: 1. El presente convenio tiene por objeto: a) Garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes. b) Hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita, dictadas en uno de los dos Estados contratantes en el territorio del otro Estado. c) Favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en territorio de ambos Estados.

retenciones ilícitas, y por consiguiente, éstas también entrarán en el ámbito de aplicación material del Convenio<sup>68</sup>.

En cuanto al concepto de “menor”, en virtud del artículo 2<sup>69</sup> es menor aquella persona que cumple de forma simultánea los siguientes requisitos: tener menos de 16 años, no estar emancipado y ser nacional bien de España o bien de Marruecos. Como vemos, en lo referente a la edad el Convenio sigue la línea del CH 1980 y el CL 1980. Sin embargo, añade un nuevo requisito que es el de no encontrarse el menor emancipado. En lo que respecta a la nacionalidad, este Convenio hispano-marroquí exige que el menor sea nacional de alguno de los dos Estados firmantes. Ello supone la exclusión del ámbito de aplicación del Convenio de aquellos casos en los que la nacionalidad de los menores no sea ni la española ni la marroquí.

Por otro lado, en relación con el concepto de desplazamiento ilegal hemos de distinguir tres supuestos que convierten el desplazamiento en “ilegal” de acuerdo con el artículo 7 del Convenio<sup>70</sup>. Para comenzar, encontramos los supuestos en que el traslado del menor se va a llevar a cabo vulnerando una resolución judicial dictada con anterioridad al desplazamiento en juicio contradictorio y ejecutoria en el Estado de origen. Además, el Convenio exige que en el momento de la presentación de la solicitud el menor tenga su residencia habitual en el Estado de origen y que, tanto el menor como sus progenitores en el momento del desplazamiento sean nacionales únicamente del Estado requirente.

En segundo lugar, existen los casos en que el desplazamiento va a vulnerar un derecho de custodia que ha sido atribuido por el Estado de la nacionalidad del menor exclusivamente a uno de los padres.

---

<sup>68</sup> CAAMIÑA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, nota 61, pág. 50.

<sup>69</sup> Artículo 2 Convenio hispano-marroquí: El Convenio se aplicará a todo menor de dieciséis años, no emancipado, que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados.

<sup>70</sup> Artículo 7 Convenio hispano-marroquí: 1. El desplazamiento de un menor, del territorio del Estado requirente hacia el territorio del Estado requerido, se considerará ilegal y la Autoridad judicial ordenará, por consiguiente, su devolución inmediata cuando: a) El desplazamiento hubiere tenido lugar haciendo caso omiso de una resolución judicial dictada en juicio contradictorio y de carácter ejecutivo en territorio del Estado requirente, y que en el momento de la presentación de la solicitud de devolución del menor: Éste tuviera su residencia habitual en territorio de dicho Estado. El menor y sus padres, en el momento del desplazamiento, tuvieran, únicamente, la nacionalidad del Estado requirente; b) Se hubiera producido la violación de un derecho de custodia atribuido, exclusivamente, al padre o a la madre, por el derecho del Estado del que fuera nacional; c) El desplazamiento infrinja un acuerdo concertado entre las partes implicadas, refrendado por una Autoridad judicial de uno de los dos Estados contratantes.

Por último, puede darse la infracción de un pacto *inter partes*. En este caso, el traslado va a vulnerar un acuerdo entre las partes que ha sido homologado por las Autoridades competentes españolas o marroquíes<sup>71</sup>.

### 1.3.3. Reglas de funcionamiento

El Convenio va a determinar si procede o no llevar a cabo el procedimiento de restitución en función del tiempo transcurrido entre el traslado o retención ilícita y la presentación de la solicitud de restitución.

Con carácter general, si la solicitud de retorno del menor ha sido presentada en un plazo inferior a 6 meses desde el traslado ilegal, deberá ordenarse la devolución inmediata del menor al Estado requirente. Sin embargo, existen dos excepciones en las que no será obligatorio que la Autoridad ordene la restitución del menor. Cuando el menor ostente únicamente la nacionalidad del Estado de destino y de acuerdo con la Ley interna de dicho Estado, el único titular de la patria potestad del menor sea el progenitor que ha llevado a cabo el desplazamiento y por tanto, con el que se encuentra el menor; y cuando en el Estado de destino exista una decisión ejecutiva que haga referencia al derecho de custodia en el territorio de dicho Estado y sea anterior al traslado<sup>72</sup>.

Por otro lado, en aquellos supuestos en que hubieran transcurrido más de 6 meses entre el traslado ilícito y la presentación de la solicitud de devolución, el Convenio recoge que la Autoridad Judicial decretará el retorno del menor con excepción de aquellos casos en que se hubiera producido la integración del menor en su nuevo entorno o aquellos otros en que la devolución pueda poner al menor en peligro, ya sea psíquico, físico o una situación intolerable<sup>73</sup>. Finalmente, apuntar que una vez

---

<sup>71</sup> CAAMIÑA RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, nota 55, págs. 22-23.

<sup>72</sup> Artículo 8 Convenio hispano-marroquí: 1. Cuando la solicitud de devolución, una vez ocurrido el desplazamiento ilegal del menor, sea presentada ante las Autoridades centrales de uno de los Estados contratantes, antes de haber transcurrido un plazo de seis meses, la Autoridad judicial competente deberá ordenar su devolución inmediata. 2. No obstante, la Autoridad judicial no estará obligada a ordenar la devolución del menor cuando: a) El menor sea nacional, exclusivamente, del Estado requerido y, según la ley interna de este Estado, el padre con el que se encuentra el menor sea el único titular de pleno derecho de la patria potestad. b) Se alegue una resolución ejecutiva relativa a la custodia en el territorio del Estado requerido, con anterioridad al desplazamiento.

<sup>73</sup> Artículo 9 Convenio hispano-marroquí: Cuando se presente la solicitud de devolución después de transcurrido un plazo de seis meses, la Autoridad judicial ordenará la devolución del menor, en la mismas condiciones, a menos que quede demostrado que el menor se ha integrado en su nuevo entorno o que su devolución le puede exponer a algún peligro físico o psíquico o a una situación intolerable. Al considerar las circunstancias, las Autoridades judiciales tendrán en cuenta: Únicamente el interés del menor, sin ninguna otra restricción derivada de su derecho interno. La información proporcionada por las Autoridades competentes del lugar de residencia anterior del menor.

transcurrido un periodo superior a los 6 meses, no solo cabe denegar la restitución por estas causas del artículo 9, sino también por las anteriormente explicadas del artículo 8 del Convenio.

Para terminar, cabe hacer referencia al reconocimiento y ejecución de resoluciones de acuerdo con el Convenio hispano-marroquí. En su artículo 11<sup>74</sup> éste establece una lista tasada de causas que pueden dar lugar a la denegación del *exequatur*, entre las que encontramos la vulneración de los derechos de defensa o la integración del menor en su nuevo entorno una vez transcurridos 6 meses, entre otras.

#### *1.4. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989*

El Convenio de la ONU sobre los Derechos del Niño<sup>75</sup>, que fue ratificado por España en 1990 hace referencia a la sustracción internacional de menores en algunos de sus artículos.

El más importante es el artículo 11<sup>76</sup>, el cual pretende que los Estados luchen contra la sustracción internacional empleando y creando todos los medios e instrumentos posibles y uniéndose a aquellos otros que ya estuvieran activos.

A su vez, encontramos otros artículos que no se refieren directamente a la sustracción o secuestro internacional de menores pero sí abarcan cuestiones

---

<sup>74</sup> Artículo 11 CDN: El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales ejecutivas, en territorio del Estado requirente, sólo podrán ser denegados por las Autoridades judiciales de dicho Estado por uno de los siguientes motivos: a) Si, en el caso de que se trate de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal, el acto por el que se abre el procedimiento o un acto equivalente no ha sido notificado o entregado, formalmente, al demandado dentro del plazo oportuno para que pueda defenderse; no obstante, esta falta de notificación o de entrega no podrá constituir una causa de denegación de reconocimiento o de ejecución, cuando la notificación no haya tenido lugar porque el demandado haya ocultado el lugar donde se encuentra a la persona que haya iniciado el procedimiento en el Estado requirente. b) Si, en el caso de que se trate de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal, la competencia de la Autoridad que la hubiere dictado no está basada en la residencia habitual común de los padres del menor o, en su defecto, en la residencia habitual del demandado. c) Si la resolución es incompatible con una resolución relativa a la custodia que haya adquirido fuerza ejecutiva en el Estado requerido, antes del desplazamiento del menor. d) Si la solicitud de reconocimiento y ejecución de una resolución, relativa al derecho de custodia, se ha presentado una vez transcurrido un plazo de seis meses, a partir del momento del desplazamiento del menor y se comprueba que, al haber cambiado las circunstancias, incluyendo el transcurso del tiempo, pero con exclusión del cambio únicamente de residencia del menor, a resultas del desplazamiento, el menor se ha integrado en su nuevo medio.

<sup>75</sup> BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. BOE-A-1990-31312.

<sup>76</sup> Artículo 11 CDN: 1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

relacionadas con estos. En primer lugar, haremos referencia al artículo 9.3<sup>77</sup>, referido al derecho que tienen aquellos niños que se encuentran distanciados de uno de sus progenitores o de los dos, a relacionarse y mantener contacto con estos de forma frecuente, con la excepción de aquellos supuestos en que ello no fuera favorable de acuerdo con el interés superior del niño.

Por otra parte, encontramos el artículo 10.2<sup>78</sup>, que hace alusión a aquellos casos en que los progenitores residen en países distintos y en el mismo sentido que el artículo 9.3, dispone que deberá respetarse el derecho del niño y de sus padres a mantener contacto permitiéndoles entrar y salir de cualquier país, excepto cuando se trate de limitaciones establecidas por ley o supuestos de seguridad nacional, orden, salud o moral públicos y derechos y libertades<sup>79</sup>.

## **2. Normativa europea**

### *2.1. Reglamento (CE) Bruselas II-Bis 2201/2003, de 27 de noviembre, del Consejo. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.*

En primer lugar, considero oportuno hacer una breve referencia al Reglamento 1347/2000 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, el cual entró en vigor el 1 de marzo de 2001 y dejó de aplicarse el 1 de marzo de 2005. Su significación vino dada esencialmente por haber sido el precedente al Reglamento 2201/2003, actualmente en vigor y objeto de análisis de este apartado.

---

<sup>77</sup> Artículo 9.3 CDN: 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

<sup>78</sup> Artículo 10.2 CDN: 2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

<sup>79</sup> Sobre esta cuestión, entre otros: GÓMEZ BENGOCHEA, B., *op. cit.*, nota 18, págs.19-64; JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 60-62.



Ahora sí, el Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental<sup>80</sup>, conocido como Bruselas II Bis, deroga el Reglamento (UE) 1347/2000.

Entró en vigor el 1 de agosto de 2004 en lo que se refiere a los artículos 67, 68, 69 y 70, y es aplicable en su totalidad desde el 1 de marzo de 2015 en todos los países miembros de la Unión Europea a excepción de Dinamarca.

### 2.1.1. Objetivo

El RB II Bis establece una regulación de la sustracción internacional de menores basada en los principios de interés superior del menor, celeridad y cooperación de Autoridades,<sup>81</sup> al igual que el CH 1980, consolidado de esta forma el sistema establecido en dicho Convenio y reforzando la exigencia de restituir inmediatamente al menor ilícitamente trasladado; aunque estableciendo ciertas modificaciones. No obstante, en su artículo 60<sup>82</sup> establece que el Convenio se emplea de manera prioritaria frente al CH 1980, entre otros.

Además, puede considerarse que el Reglamento va más allá en la lucha contra la sustracción internacional de menores, ya que se extiende a nuevos ámbitos como son la competencia judicial internacional o el reconocimiento y ejecución de decisiones. En suma, podemos considerar que este Reglamento consolida el método establecido en el CH 1980 en lo que se refiere a la restitución inmediata y añade varias novedades relativas a la competencia judicial internacional y al *exequátur*<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup>Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (UE) 1347/2000. DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003. DOUE-L-2003-82188.

<sup>81</sup>LIÉBANA ORTIZ, J.R., *op. cit.*, nota 46, pág. 93.

<sup>82</sup>Artículo 60 RB II Bis: Relación con determinados convenios multilaterales. En las relaciones entre los Estados miembros, primará el presente Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente a los Convenios siguientes: a) Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores; b) Convenio de Luxemburgo de 8 de septiembre de 1967 sobre el reconocimiento de resoluciones relativas a la validez de los matrimonios; c) Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970 relativo al reconocimiento de divorcios y separaciones legales; d) Convenio europeo de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, y e) Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

<sup>83</sup>REIG FABADO, I., *op. cit.*, nota 15, pág. 252.

### 2.1.2. Ámbito de aplicación

El Reglamento Bruselas II Bis se va a aplicar a aquellas situaciones de traslado ilícito en las que el menor sea trasladado de un Estado miembro del Reglamento a otro Estado miembro del mismo, es decir, va a regular únicamente los supuesto de traslados o retenciones intracomunitarias. Como vemos, el RB II Bis no va a basarse en la nacionalidad del menor, sino que se va a centrar en que el menor tenga su residencia habitual en un país comunitario. Por tanto, éste será de aplicación incluso en aquellos supuestos en que el menor no tenga nacionalidad comunitaria<sup>84</sup>.

Más aún, éste Reglamento sólo va a ser aplicable a aquellos supuestos que se consideren “ilícitos” en el sentido del artículo 2.11<sup>85</sup>. Para considerar un traslado o retención ilícitos, este precepto exige en primer lugar que estos se hayan producido vulnerando un derecho de custodia ostentado bien por decisión judicial, por ley o por un acuerdo que surta efectos jurídicos en el Estado de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior a su traslado o retención. Cumulativamente, el artículo exige que el derecho se estuviera ejerciendo de forma efectiva en el momento del traslado o que se hubiera ejercido en caso de no haberse producido la retención.

En lo que se refiere a la edad que deben tener los menores para que el Reglamento sea de aplicación, éste no especifica cuál es la edad máxima, por lo que una parte de la doctrina ha venido entendiendo que existe una remisión tácita al CH 1980 y el reglamento se aplicará únicamente en los supuestos en que el niño no sea mayor de 16 años<sup>86</sup>.

### 2.1.3. Reglas de funcionamiento

El Reglamento Bruselas II Bis recoge tres mecanismos de lucha contra la sustracción internacional de menores. El primero de estos mecanismos recurre al

---

<sup>84</sup> LIÉBANA ORTIZ, J.R., *op. cit.*, nota 46, pág. 94.

<sup>85</sup> Artículo 2.11 RB II Bis: 11) Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.

<sup>86</sup> DE LA ROSA CORTINA, J.M., *op. cit.*, nota 13, págs.196-197.

sistema establecido en el CH 1980 para la acción directa de restitución pero establece ciertas modificaciones; es lo que la doctrina viene llamando “tesis de la alteración del Convenio”. A la hora de elaborar el Reglamento Bruselas II Bis, el legislador tuvo la posibilidad de escoger entre tres opciones. La primera de ellas era no modificar el CH 1980 y dejar que éste siguiera aplicándose como venía haciéndose en las relaciones entre los Estados miembros y con terceros. Otra de las opciones era hacer que el nuevo RB II Bis dejara sin efecto el CH 1980 aplicándose únicamente el nuevo Reglamento en vez del Convenio a las relaciones entre los Estados miembros. Por último, y siendo la opción por la que se decantó el legislador, encontramos la posibilidad de fusionar ambos instrumentos; concretamente, el Reglamento Bruselas II Bis incorpora por referencia ciertas normas del Convenio de la Haya de 1980, pero de alguna manera altera esas normas que éste ha fijado a la hora de ejercitar la acción de restitución del menor.

Como consecuencia de todo esto, se produce un hecho bastante contradictorio, que es que va a ser el TJUE el órgano competente para interpretar las normas del CH 1980, en la medida en que el Reglamento se remite a tales normas, cuando el Convenio de la Haya de 1980 ni siquiera es un instrumento europeo<sup>87</sup>.

Estas alteraciones de las que hablamos vienen recogidas en el artículo 11<sup>88</sup> del Reglamento, el cual establece que será de aplicación el CH 1980 si bien, teniendo en cuenta las modificaciones llevadas a cabo por ese mismo artículo.

---

<sup>87</sup>CALVO CARAVACA A. Y CARRASCOSA GONZALEZ J., *op. cit.*, nota 3, págs. 572-574.

<sup>88</sup>Artículo 11 RB II Bis apartados 1-5: Restitución del menor. 1. Los apartados 2 a 8 será de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (denominado en lo sucesivo Convenio de la Haya de 1980), con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos. 2. En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez. 3. El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor contemplada en el apartado 1 actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. Sin perjuicio del párrafo primero, y salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda. 4. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. 5. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución.

En primer lugar, el artículo 11.2 dispone que en el caso de que resulten aplicables los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya, se deberá velar porque se de audiencia al menor, excepto en aquellos casos en que se considere que no procede tal audiencia dada la edad o el nivel de madurez del menor.

La segunda de las correcciones, recogida en el artículo 11.3 del Reglamento, ordena a los órganos jurisdiccionales competentes que actúen con urgencia y que por consiguiente, dicten la resolución en el plazo de seis semanas desde la interposición de la demanda, salvo que concurran circunstancias excepcionales.

La tercera corrección prohíbe a los órganos jurisdiccionales denegar la restitución de un menor en base a la existencia de algún riesgo que pueda poner al menor en peligro o en una situación intolerable, si se han tomado las medidas necesarias que garanticen la protección del menor después de ser restituido.

Por último, el apartado 5 del artículo 11 hace referencia a la prohibición de denegar la restitución de un menor sin haber dado la posibilidad de audiencia a quien realizó la solicitud de tal restitución<sup>89</sup>.

El segundo mecanismo o cuestión a la que vamos a hacer referencia es la obtención una orden de restitución por parte de los tribunales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor. Sin embargo, conviene subrayar que ha de recurrirse a este mecanismo de manera subsidiaria al primero, es decir, que solo puede emplearse este mecanismo en aquellos supuestos en que se hubiera puesto en marcha con anterioridad la solicitud de restitución del menor y ésta hubiera sido denegada por los tribunales del Estado miembro en el que éste se encuentra.

En estos casos en los que se dicte una orden de no retorno del menor en base al artículo 13 del CH 1980, deberá seguirse el proceso establecido en los apartados 6, 7 y 8 del artículo 11 RB II Bis<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup>REIG FABADO, I., *op. cit.*, nota 15, pág. 253-254.

<sup>90</sup>Artículo 11 RB II Bis apartados 6-8: 6. En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado un resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución.7. Salvo que alguna de las partes

En primer lugar, será el órgano del Estado miembro en que se encuentre el menor el encargado de transmitir la resolución y toda la información en el plazo de un mes a las Autoridades del Estado miembro en que el menor tenía su residencia habitual con anterioridad al traslado o retención ilícitos.

Una vez recibida la información, el Juez notificará a las partes e informará a las mismas de la posibilidad de presentar alegaciones en el plazo de tres meses. A su vez, se podrá solicitar a los tribunales del Estado de residencia habitual del menor la custodia de éste, y en caso de conseguirse tal custodia y de que el solicitante pudiera trasladar al menor del Estado miembro en que se encuentra al Estado de su anterior residencia habitual, se expedirá una orden de restitución del menor que se ejecutara en el otro Estado sin necesidad de *exequátur* por gozar de fuerza ejecutiva<sup>91</sup>.

Esta medida de eliminación del *exequátur* es una de las aportaciones más destacables del RB II Bis; y es lo que se llama “sistema de certificación” o “declaración de ejecutividad automática”, por el que será el Estado miembro que ha dictado la orden de retorno el que deberá emitir el certificado siempre que de forma cumulativa concurren dos requisitos: que se haya dado audiencia al menor y que se hayan tenido en consideración los fundamentos en los que se basa la resolución que supone la restitución del menor<sup>92</sup>.

#### 2.1.4. Competencia judicial internacional

Por último, puede recurrirse a las normas de competencia judicial internacional establecidas por el RB II Bis para decidir acerca de los derechos de custodia y visita.

---

haya presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, el órgano jurisdiccional o la autoridad central que reciba la información mencionada en el apartado 6 deberá notificarla a las partes e invitarlas a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación, a fin de que el órgano jurisdiccional examine la cuestión de la custodia del menor. Sin perjuicio de las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, en caso de que el órgano jurisdiccional no recibiera reclamación alguna en el plazo previsto, declarará archivado el asunto.

8. Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor.

<sup>91</sup>CALVO CARAVACA A. Y CARRASCOSA GONZALEZ J., *op. cit.*, nota 3, pág. 575.

<sup>92</sup>CAAMIÑA RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, nota 55, págs. 19-20.

Así como el CH 1980 no fijaba reglas expresas acerca de la competencia judicial internacional en materia de sustracción internacional de menores, el RB II Bis sí introduce foros de competencia en esta materia.

A tenor del artículo 10 RB II Bis<sup>93</sup>, los Tribunales del Estado miembro en que el menor tenía su residencia habitual anterior a la sustracción o traslado mantendrán la competencia para decidir acerca de la custodia del menor hasta que éste adquiriera una residencia habitual en otro Estado miembro. Pero a su vez, el Reglamento exige bien que quien ostente el derecho de custodia esté conforme con ese traslado o retención, o bien que el menor a raíz de residir en un Estado durante al menos un año (desde que quien ostenta la custodia tenga conocimiento del lugar en que se encuentra el menor) se encuentre integrado en éste.

A éste último requisito se encuentran ligadas otras cuatro condiciones, alguna de las cuales deberá concurrir junto con la integración del menor en el nuevo Estado. Estas cuatro condiciones se refieren a la no presentación de una solicitud de restitución en el plazo de un año, al desistimiento de una demanda de restitución y la no presentación de una nueva en el mismo plazo, al archivo del asunto en caso de que en el plazo de tres meses desde la notificación a las partes éstas no hubieran presentado reclamaciones y, finalmente, la última condición hace referencia a que los órganos jurisdiccionales competentes para resolver la materia, hubieran dictado una resolución de no restitución del menor.

---

<sup>93</sup> Artículo 10 RB II Bis: Competencia en caso de sustracción de menores. En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y: a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes: i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor, ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i), iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

### 3. Marco jurídico interno

#### 3.1. Normas civiles

Los dos artículos del Código Civil<sup>94</sup> que se refieren a la sustracción internacional de menores son los artículos 103 y 158, que fueron modificados tras la Ley Orgánica 1/1996<sup>95</sup>, haciendo mayor hincapié en la prevención de la sustracción internacional de menores.

A raíz de esta reforma, el artículo 158 CC<sup>96</sup> pasa a ser el artículo que engloba la mayor protección al menor por varias razones: por la amplia variedad de personas que están legitimadas de forma activa para solicitar las medidas de protección (el propio Juez de oficio, el menor, el Ministerio Fiscal o cualquier pariente), por la gran diversidad de medidas que pueden ser adoptadas (en relación con los alimentos, la custodia y los peligros a los que puede verse expuesto el menor) y por los distintos procedimientos que se pueden solicitar (civiles, de ejecución, de jurisdicción voluntaria y penales).

Por su parte, el artículo 103 CC<sup>97</sup> también fija medidas de prevención para los casos de demanda de nulidad, separación y divorcio. Concretamente, prohíbe la salida

---

<sup>94</sup> 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. BOE-A-1889-4763.

<sup>95</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Publicado en BOE de 17 de enero de 1996. Vigencia desde 16 de febrero de 1996.

<sup>96</sup> Artículo 158 CC: El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3.º 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. 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. 4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad. 5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad. 6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria

<sup>97</sup> Artículo 103 CC: “Cuando 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

del territorio nacional excepto que exista autorización, la prohibición de expedir pasaporte al menor o la retirada del mismo si el menor ya lo tuviese y el control del domicilio del menor mediante el sometimiento de cualquier modificación referente a éste a autorización judicial.

En definitiva, vemos que el ordenamiento jurídico interno dispone una serie de medidas para evitar que exista el riesgo o que efectivamente se produzcan traslados o retenciones ilícitas<sup>98</sup>.

### 3.2. Normas penales

La reforma del Código Penal<sup>99</sup> por la Ley Orgánica 9/2002<sup>100</sup> da lugar a varias modificaciones. En primer lugar, encontramos una nueva sección que se inserta en el Capítulo III del Título XII del Libro II y por otra parte, se incorpora un nuevo artículo 225 bis y un nuevo apartado al artículo 244.

Respecto al nuevo artículo 225 bis CP<sup>101</sup>, éste castiga a aquel progenitor que lleve a cabo una sustracción con una pena de prisión de 2 a 4 años e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante un periodo de entre 4 y 10 años.

Por otra parte, consideramos que el nuevo párrafo del artículo 224 CP<sup>102</sup> se encuentra también relacionado con la sustracción ya que castiga con una pena de prisión

---

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”.

<sup>98</sup> GONZÁLEZ VICENTE, P., *op. cit.*, nota 11, págs. 78-79.

<sup>99</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. BOE-A-1995-25444.

<sup>100</sup> 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. Publicado en BOE de 11 de diciembre de 2002. Vigencia desde 12 de diciembre de 2002.

<sup>101</sup> Artículo 225 bis CP: 1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. 2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. 3.º Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior. 4.º Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena. Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años. Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción. 5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.



de 6 meses a 2 años al progenitor que impulse a su hijo a vulnerar el régimen de custodia establecido por las Autoridades competentes<sup>103</sup>.

### 3.3 Normas procesales

Los aspectos procesales relativos a la sustracción internacional de menores se encontraban recogidos en los artículos 1901 a 1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Inicialmente, estos artículos fueron derogados por la Ley 31/1972<sup>104</sup>. Sin embargo con posterioridad, la Ley Orgánica 1/1996<sup>105</sup>, de protección jurídica del menor, volvió a otorgarles vigencia a través de su Disposición Final 19ª, estableciendo que la Sección Tercera del Título IV del Libro III de la LEC se titulase “Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”.

No obstante, tal y como establece la Disposición Final 18ª de la Ley 1/2000<sup>106</sup>, estos artículos solo mantendrían su vigencia mientras no se publicase una nueva LJV. Ello era así porque se preveía que en el transcurso de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitiera a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria. Sin embargo, el plazo finalizó en enero de 2002 sin que ello ocurriera.

Tras 15 años, el último Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria firmado por el Gobierno el 1 de agosto de 2014, dio lugar a la aprobación de la Ley 15/2015<sup>107</sup>, de la Jurisdicción Voluntaria. Esta Ley, cumpliendo lo establecido en la LEC 1/2000, deroga la regulación de 1881 y agrega al Título I del Libro IV el Capítulo IV Bis, que se encuentra compuesto por los nuevos artículos 778 *quater* a 778 *sexies*<sup>108</sup>.

Por otra parte, encontramos los artículos 951 a 958 de la LEC de 1881. Aunque como hemos mencionado, la Ley 1/2000 derogó ésta LEC de 1881, excepcionalmente

---

<sup>102</sup> Nuevo párrafo artículo 224 CP: “En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa”.

<sup>103</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *La sustracción interparental de menores*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 58.

<sup>104</sup> Ley 31/1972, de 22 de julio, sobre modificación de los artículos 320 y 321 del Código Civil y derogación del número 3 del artículo 1800 y de los artículos 1901 a 1909, inclusive, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 176, de 24 de julio de 1972. BOE-A-1972-1095.

<sup>105</sup> Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996. BOE-A-1996-1069.

<sup>106</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000. BOE-A-2000-323.

<sup>107</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015. BOE-A-2015-7391.

<sup>108</sup> CHÉLIZ INGLÉS, Mª DEL C., *op. cit.*, nota 4, págs. 249-250.

los artículos 951 a 958 sobre eficacia en España de sentencias dictadas por Órganos Jurisdiccionales extranjeros quedaron en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil<sup>109</sup>, que ahora regula esta cuestión en su Título IV, denominado “Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de *exequátur* y de la inscripción en Registros públicos”.

#### **IV. JURISPRUDENCIA**

##### **1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

###### *1.1. Asunto C-211/10 PPU Doris Povse V. Mauro Alpago*<sup>110</sup>

En este asunto, encontramos una pareja formada por una madre austríaca, la Señora Povse, y un padre italiano, el Señor Alpago. Fruto de dicha pareja nace en diciembre de 2006 una hija, con la que residen juntos en Italia hasta 2008, año en que la pareja se separa y la madre, a pesar de la existencia de una resolución italiana que atribuye la custodia a ambos progenitores y le prohíbe abandonar Italia con la hija, se desplaza a Austria con la menor en febrero de 2008.

A consecuencia de ello, en abril de ese mismo año, el Señor Alpago inicia un procedimiento en Austria (Bezirksgericht Leoben) para la restitución de su hija. En mayo los Tribunales italianos (Tribunale per i Minorenni di Venezia) dictan una resolución que levanta la prohibición de la madre de abandonar Italia, establece que la custodia corresponde a ambos progenitores y autoriza que la menor resida en Austria mientras se resuelve el procedimiento.

A su vez, este Tribunal italiano fija el régimen de visitas que corresponde al padre y la participación de éste en los gastos de manutención de la niña; y ordena que un asistente social lleve a cabo un peritaje a fin de analizar las relaciones entre los padres y la niña. Según hizo constar el asistente social en un informe de fecha 15 de mayo de 2009, dicho peritaje no pudo ser realizado ya que la madre únicamente

---

<sup>109</sup> Ley 29/1015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil. BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015. BOE-A- 2015-8564.

<sup>110</sup>STJUE de 1/07/2010: Asunto C-211/10 PPU *Doris Povse V. Mauro Alpago*. Referencia INDACAT: HC/E/1328.

permitía las visitas de forma mínima e insuficiente por lo que el asistente social no pudo evaluar tales relaciones.

En julio de 2008, el Tribunal austriaco (Bezirksgericht Leoben) deniega la solicitud del padre, decisión que fue anulada por motivos procesales, pero posteriormente respaldada por una nueva resolución en enero de 2009.

A continuación, la madre interpuso una demanda en Austria solicitando que se le atribuyese la custodia de la niña y el Tribunal austriaco (Bezirksgericht Leoben), declarándose erróneamente competente, concede la custodia a la madre y solicita al Tribunal italiano que se inhiba. Ahora bien, el padre se dirige al Tribunal italiano (Tribunale per i Minorenni di Venezia) solicitando el retorno de la menor y éste confirma su propia competencia y dicta en julio de 2009 una orden de retorno.

En septiembre de 2009 el Señor Alpago presenta la orden de retorno italiana en Austria para su reconocimiento y ejecución, y es entonces cuando el Tribunal de Primera Instancia austriaco desestima la demanda basándose en que la restitución supondría un grave riesgo de peligro psicológico para la menor. A raíz de ello, el padre recurre en apelación esta resolución, la cual resulta anulada por el Tribunal (Landesgericht Leoben), que ordena la restitución de la menor.

Por su parte, la Señora Povse recurre en casación ante el Oberster Gerichtshof con la pretensión de que se desestime la demanda de ejecución. Sin embargo, éste órgano suspende el procedimiento en mayo de 2010 para plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales.

En primer lugar, se cuestionaba si la medida provisional por la que el Tribunal italiano permitió que la menor residiera en Austria provisionalmente con su madre y concedió a ésta la potestad para tomar las decisiones relativas a la “administración ordinaria” podría considerarse en el sentido del artículo 10.b.iv RB II Bis<sup>111</sup>, una decisión sobre la custodia que implique la no restitución de la menor.

---

<sup>111</sup> Artículo 10.b.iv RB II Bis: En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y: a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero

Dilucidar esta cuestión resulta de gran importancia ya que, aunque con carácter general el artículo 10 del Reglamento Bruselas II Bis establece que la competencia corresponde a los Tribunales del Estado de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícitos (en el caso que nos ocupa los Órganos Jurisdiccionales italianos), este precepto recoge a su vez ciertos supuestos en que la competencia puede ser trasladada a otros Tribunales. Uno de éstos supuestos exige que el menor haya adquirido la residencia habitual en otro Estado miembro por haber residido en éste durante al menos un año y que los Órganos del Estado de la residencia habitual anterior del menor hubieran dictado una “resolución sobre la custodia del menor que no implique la restitución del menor”.

Así, lo que el Oberster Gerichtshof pretende al plantear la cuestión es conocer si al adoptar tal medida provisional el Tribunale per i Minorenni di Venezia, Órgano Jurisdiccional del Estado de la residencia habitual del menor anterior al traslado, transfirió su competencia al Bezirksgericht Leoben, Órgano del Estado de destino.

El TJUE, interpretando de forma restrictiva el concepto de “resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor” concluye que la resolución por la que se adopten las medidas ha de ser definitiva y no una resolución provisional como ocurre en nuestro supuesto. Y ello lo justifica estableciendo que si fuera posible que los órganos jurisdiccionales del Estado de origen perdieran su competencia al dictar una resolución provisional, probablemente estos no la dictarían y ello podría ir en contra del interés superior del menor, que podría verse desprotegido en determinados supuestos.

A su vez, el TJUE fundamenta su decisión en los artículos 10 y 15 RB II Bis, de los cuales se infiere que los Tribunales del Estado miembro de origen del menor van a conservar su competencia a no ser que recurran al mecanismo recogido en el artículo 15<sup>112</sup>, el cual les permite llevar a cabo una remisión a otro órgano jurisdiccional.

---

del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes: [...] iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

<sup>112</sup> Artículo 15 RB II Bis: 1. Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor: a) suspender el conocimiento del asunto o de parte del mismo e invitar a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro con arreglo al apartado 4, ob) solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al apartado 5.2. El apartado

Por todo lo expuesto, el TJUE consideró que una medida provisional no podía entenderse como una “resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor”, y que por tanto, no podía producirse la transmisión de competencia a los Órganos Jurisdiccionales del país al que el menor ha sido trasladado, en este caso los Tribunales austriacos.

En la segunda cuestión prejudicial planteada, se preguntaba si una decisión del Tribunal del Estado de residencia habitual anterior del menor que ordena la restitución de éste, únicamente está comprendida en el ámbito del artículo 11.8 RB II Bis<sup>113</sup> si ésta toma como base una resolución sobre el derecho de custodia dictada con anterioridad por ese mismo Tribunal. Ésta interpretación supondría vincular la ejecución de una resolución por la que se ordena la restitución a la previa existencia de una resolución definitiva en materia de custodia; y ello no encuentra fundamento en el citado artículo ya que éste únicamente exige la existencia de “cualquier resolución judicial posterior que ordene al restitución del menor”.

El Tribunal de Justicia consideró que aunque la interpretación de dicho precepto se encuentre relacionada con otras materias como es el derecho de custodia, la resolución que ordena la restitución de un menor es totalmente autónoma de cualquier resolución referente al derecho de custodia. Ello es así principalmente para evitar que la restitución del menor ilícitamente trasladado pueda verse retrasada.

Hemos de hacer referencia también al apartado 7 del artículo 8 RB II Bis, ya que podría interpretarse que la obligación que recae sobre el Órgano Jurisdiccional o Autoridad competente de trasladar a las partes toda la documentación referente a la resolución de no restitución se refiere a una resolución sobre la custodia del menor, entendiendo ésta como un requisito exigible para que se adopte un posterior resolución acerca de la restitución. Analizada la cuestión, hemos de destacar que dicha interpretación sería errónea ya que no puede vincularse la ejecución de una resolución

---

1 se aplicará: a) a instancia de parte, o b) de oficio, o c) a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial, a tenor del apartado 3. No obstante, para que la remisión pueda efectuarse de oficio o a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, será preciso el consentimiento de al menos una de las partes.

<sup>113</sup> Artículo 11.8 RB II Bis: 8. Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor.

dictada al amparo del artículo 11.8 a la existencia de una resolución definitiva previa en materia de custodia.

Definitivamente, y a la vista de lo expuesto, cabrá concluir que una resolución que ordene la restitución del menor objeto del traslado ilícito, se encontrará bajo el ámbito de aplicación del artículo 11.8 independientemente de que con anterioridad se hubiera dictado una resolución definitiva sobre la custodia o no.

La tercera cuestión planteada condicionaba su resolución a que la respuesta a la primera o segunda cuestión fuera afirmativa. Como hemos visto, ésta ha sido negativa por lo que el TJUE no procedió a la resolución de esta cuestión.

Consideremos ahora la cuarta cuestión planteada, que se propuso para su resolución en caso de que la respuesta a la primera y segunda cuestión fuera negativa. Esta cuestión pretende que se aclare si de acuerdo con el artículo 47.2 RB II Bis, una resolución dictada por los Tribunales del Estado de destino, ejecutiva conforme al Derecho de tal Estado y que atribuye la custodia provisional al sustractor del menor; se opone a la ejecución de una orden de retorno dictada con anterioridad en el Estado de origen y certificada. En el supuesto que nos ocupa, los tribunales austriacos realizaron una interpretación errónea del artículo 15.5 RB II Bis y declarándose competentes concedieron el derecho de custodia a la madre. Por su parte, los tribunales italianos emitieron una orden de restitución fundamentada en el artículo 11.8 RB II Bis.

Esta situación dio lugar a que la señora Povse alegara en base al segundo párrafo del artículo 47.2 RB II Bis<sup>114</sup> que la orden de restitución dictada por el órgano italiano no podía ser ejecutada por ser ésta “incompatible con una resolución ejecutiva dictada con posterioridad”. Sin embargo, tal y como se establece en el Reglamento, una vez que la resolución es certificada ésta es automáticamente ejecutiva y no cabe recurso alguno en su contra. Si bien, será posible iniciar un procedimiento de rectificación al que le será de aplicación la normativa del Estado de origen, en aquellos casos en que concurra un error material, es decir, cuando el certificado no plasme de manera

---

<sup>114</sup> Artículo 47.2 RB II Bis: 2. Cualquier resolución dictada por el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y declarada ejecutiva de conformidad con la sección 2, o certificada con arreglo al apartado 1 del artículo 41 o al apartado 1 del artículo 42, deberá ejecutarse en el Estado miembro de ejecución en las mismas condiciones que si hubiese sido dictada en dicho Estado miembro.

oportuna lo contenido en la decisión judicial. El Derecho del Estado miembro de destino únicamente regirá en lo que se refiere a las cuestiones procedimentales.

De esta manera, los aspectos referentes a la competencia de los órganos jurisdiccionales deben interponerse ante los Tribunales del Estado de origen y por consiguiente, no corresponde dirigirse a los Tribunales del Estado de destino ya que en el supuesto de hecho que nos ocupa, el procedimiento no se refiere a cuestiones procedimentales sino cuestiones sobre el fondo del asunto.

En suma, el TJUE estableció que el artículo 47.2 debía interpretarse teniendo en cuenta los artículos 42 a 44 RB II Bis, que únicamente permiten al tribunal del Estado de destino decretar la ejecución de la orden de retorno emitida en base al art. 11.8 RB II Bis y certificada de acuerdo con el art. 42 RB II Bis. Así, el artículo 47.2 RB II Bis deberá ser interpretado de tal manera que una decisión dictada por el órgano del Estado de ejecución, que es ejecutiva en dicho Estado, que atribuye un derecho de custodia y que ha sido dictada con posterioridad; no podrá evitar la ejecución de una resolución certificada que ordena la restitución del menor y que ha sido dictada con anterioridad en el Estado de origen.

La quinta y última cuestión pretende aclarar si puede denegarse en el Estado de acogida la ejecución de una resolución certificada fundamentando dicha denegación en que el cambio de las circunstancias producido después de dictarse la orden de restitución podría causar un perjuicio al interés superior del menor; o si la parte que se opone debe alegar estas circunstancias ante el Estado de origen, pudiendo éste suspender la ejecución en el Estado de acogida hasta que recaiga resolución en el Estado de origen.

El TJUE estableció que la modificación de las circunstancias que pueda afectar al interés del menor supone una cuestión de fondo y que por tanto, como hemos explicado anteriormente, la competencia en relación con dicha cuestión corresponde al Estado miembro de origen, ante el cual habrá de invocarse la modificación de tales circunstancias, y la demanda de suspensión de la ejecución. Así, la ejecución de una resolución certificada no puede ser denegada en el Estado miembro por existir una modificación de las circunstancias posterior a la orden de retorno que pudiera afectar al

interés del menor, sino que este argumento deberá ser invocado ante los órganos competentes del Estado miembro de origen<sup>115</sup>.

### *1. 2. Asunto C-491/10 PPU Aguirre Zarraga V. Pelz*<sup>116</sup>

En este asunto, el señor Aguirre Zarraga de nacionalidad española contrajo matrimonio en España en el año 1998 con la señora Pelz de nacionalidad alemana., naciendo el 31 de enero de 2000 una hija en común y residiendo los tres en Vizcaya. Siete años más tarde, el matrimonio se separa, solicitando ambos progenitores por separado la custodia exclusiva de la niña.

En mayo de 2008, mediante auto del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, se concede al Señor Aguirre Zarraga la custodia provisional y a la señora Pelz el derecho de visita. La madre traslada su residencia a Alemania y su hija con motivo de las vacaciones de verano va a visitarla, sin embargo, al término de dichas vacaciones (agosto de 2008), la hija no regresa con su padre a España. A la vista de que Andrea reside en Alemania con su madre, en octubre de 2008, el Juzgado de Bilbao dicta a petición del señor Aguirre Zarraga un nuevo auto de medidas provisionales por el que se prohíbe a la niña abandonar España acompañada de su madre o de cualquier familiar o persona relacionada con ésta y se suspende el derecho de visita que previamente se había concedido a la señora Pelz.

En lo que respecta al procedimiento referido a la custodia de la menor iniciado en España, en julio de 2009, el Juez español consideró que era de utilidad llevar a cabo un peritaje y dar audiencia a la menor (en Bilbao) y estableció las fechas para proceder a realizar tales actuaciones. Además, el Juez rechazó autorizar que la señora Pelz y Andrea abandonaran España una vez practicados dichos trámites y denegó la solicitud de la madre para que la menor pudiera declarar por videoconferencia. Por consiguiente, madre e hija no comparecieron.

---

<sup>115</sup>Sobre esta cuestión, entre otros: WILDERSPIN, M. “Derechos fundamentales en materia de Derecho de Familia: en particular, la sustracción internacional de menores”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XI, 2011, págs. 539-542.; GUZMÁN PECES, M. “Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicables a la sustracción internacional de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomos XIV-XV, 2014-2015, págs. 505-508; DURÁN AYAGO, A. Y VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> DEL M., “Seminarios wiki interactivos de Derecho Internacional Privado, 2013/2014.

<sup>116</sup>STJUE de 22/12/2010: Asunto C-491/10PPU *Aguirre Zarraga V. Pelz*. Referencia INDACAT: HC/E/1043.



En diciembre de 2009, el Juzgado atribuyó la custodia exclusiva al padre y en respuesta a ello, la madre recurrió ante la Audiencia Provincial de Vizcaya solicitando que se diera audiencia a Andrea. Sin embargo, la AP resolvió en sentido negativo alegando que de acuerdo con el derecho procesal español únicamente podrá practicarse prueba en apelación en los supuestos recogidos expresamente por Ley.

Por otro lado, el padre inicia un procedimiento en Alemania en base al CH 1980 con el fin de conseguir la restitución de su hija que inicialmente es estimado por el Tribunal de Primera Instancia alemán. Sin embargo, la madre recurre tal resolución y el Tribunal Regional Superior de Celle, estima el recurso, por lo que se anula la anterior resolución que ordenaba la restitución de la menor. Este Tribunal alemán se opone a la restitución y estima las pretensiones de la madre fundamentándose en el segundo párrafo del artículo 13 CH 1980<sup>117</sup>, ya que la menor se niega a volver a España.

A continuación, el señor Aguirre Zarraga inicia un nuevo procedimiento en Alemania con el fin de conseguir el reconocimiento de la sentencia española que le atribuye la custodia de su hija, la cual fue certificada conforme al artículo 42 RB II Bis<sup>118</sup>. La señora Pelz se opuso a la ejecución forzosa de la sentencia certificada y recurrió alegando que no se había dado audiencia a la menor.

En abril de 2010, el Tribunal de Primera Instancia alemán dio razón a la madre y dictaminó que la sentencia certificada no debía ser reconocida por no haber escuchado el Tribunal español de Primera Instancia a la menor antes de pronunciarse. Por ello, en junio de 2010, el padre procedió a interponer un nuevo recurso contra dicha resolución en el que solicitaba que se desestimaran las pretensiones de la señora Pelz y se ejecutara

---

<sup>117</sup> 2º Párrafo artículo 13 CH 1980: La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

<sup>118</sup> Artículo 42 RB II Bis: 2. El juez de origen que dictó la resolución mencionada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40 emitirá el certificado previsto en el apartado 1 únicamente: a) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; b) si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y c) si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. En caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas. El juez de origen expedirá el certificado de oficio y utilizará para ello el modelo de formulario que figura en el anexo IV (certificado relativo a la restitución del menor). El certificado se redactará en la lengua de la resolución.

la sentencia del Juzgado de Primera Instancia español por la que se ordenaba la restitución de la niña. El Oberlandesgericht Celle considera que los esfuerzos del Juez español para dar audiencia a la menor fueron insuficientes y que al no haberla escuchado este Tribunal no pudo tener en cuenta la opinión de la niña a la hora de dictar su resolución en diciembre de 2009, vulnerando así un derecho fundamental. A su vez, considera el Oberlandesgericht Celle que la certificación de la sentencia realizada conforme a lo establecido en el artículo 42 RB II Bis es falsa, ya que ésta indicaba que se había oído a la menor.

Explicado el supuesto y su problemática, analizaremos las cuestiones prejudiciales que fueron planteadas al TJUE. Las cuestiones incidentales planteadas cuestionan si en supuestos de vulneración de derechos fundamentales, de la interpretación del artículo 42 RB II Bis en relación con la CDFUE, puede deducirse que el Estado de ejecución ostenta, de forma excepcional, una facultad de control propia respecto a la resolución que debe ser ejecutada. Y si los Tribunales del Estado de ejecución están obligados a ejecutar aquellas resoluciones certificadas al amparo del artículo 42 RB II Bis, aunque éstas sean “manifiestamente inexactas”.

En principio, cuando el Órgano competente de un Estado expide un certificado en el sentido del artículo 42 RB II Bis, el órgano de ejecución está obligado a llevar a cabo ésta sin posibilidad de oponerse. No obstante, el Órgano remitente de la cuestión pretende conocer si en aquellos casos en que el certificado expedido vulnera derechos fundamentales, éste va a poder denegar la ejecución. En el supuesto que nos ocupa en concreto, lo que pretende resolver el Oberlandesgericht Celle es si ostenta competencia, excepcionalmente, para oponerse a la ejecución de la resolución judicial dictada por el Tribunal de Primera Instancia español sin audiencia de la menor.

La Carta de Derechos Fundamentales recoge en el primer apartado del artículo 24<sup>119</sup> que todos los menores deberán tener la posibilidad de expresar su opinión libremente y de que esta opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos que les afecten, siempre que cuenten con la suficiente edad y madurez. Por su parte, el apartado

---

<sup>119</sup> Artículo 24 CDFUE: 1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.

segundo dispone que siempre deberá tomarse en consideración el interés superior del menor. En la misma línea, el artículo 42.2.a) RB II Bis determina que ha de darse al menor la posibilidad de audiencia a no ser que ello no sea conveniente por su edad o grado de madurez. Por todo esto, el Juez al que corresponda resolver el asunto deberá cuestionar la posibilidad de dar audiencia o no al menor y, aunque ésta no constituya una obligación para el Juez y éste no deba oír al menor en todos los supuestos; en aquellos en que sí lo estime oportuno, deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para hacer efectiva tal audiencia.

Por lo que se refiere a la expedición del certificado, es solo el Juez del Estado miembro de origen el que debe emitir un certificado que cumpla los requisitos recogidos en el artículo 42.2.a) RB II Bis, es decir, que se ha dado la posibilidad de audiencia al menor y se ha tenido en cuenta su interés. A estos efectos, rige entre los Estados miembros el principio de confianza mutua, por el que estos van a considerar que los Ordenamientos Jurídicos de todos los Estados miembros son dignos de proteger de igual manera y de forma efectiva los Derechos Fundamentales recogidos en la CDFUE.

En base a todo lo explicado, se deduce que el Tribunal español había vulnerado el derecho de la menor a ser oída, razón por la cual, el certificado de la resolución al que se refiere el artículo 42 RB II Bis no debería haberse expedido. Así, las partes que desearan impugnar la legalidad de la resolución certificada deberían dirigirse al Estado de origen, ya que el Estado de ejecución no tiene competencia para comprobar si el certificado o resolución cumplen los requisitos establecidos, siendo el órgano competente el del Estado con facultades para conocer del fondo del asunto (en este caso España).

Finalmente, el TJUE respondió a las cuestiones estableciendo que el Estado de ejecución no puede oponerse a la ejecución de la resolución certificada que ordena la restitución de un menor, aunque ésta vulnere derechos fundamentales o sea “manifiestamente inexacta”, ya que la competencia para apreciar dichas cuestiones corresponde a los Tribunales del Estado de origen<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup>Sobre esta cuestión, entre otros: WILDERSPIN, M., *op. cit.*, nota 115, págs. 546-547; GUZMÁN PECES, M., *op. cit.*, nota 115, págs. 508-509; DURÁN AYAGO, A. Y VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> DEL M., *op. cit.*, nota 115.

## **2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos: sentencia de 8 de noviembre de 2008: Caso *Carlson V. Suiza*<sup>121</sup>**

En el asunto *Carlson V. Suiza*, el señor Carlson de nacionalidad estadounidense y residente en Washington contrajo matrimonio con la señora D. de nacionalidad suiza. En el año 2004, fruto de este matrimonio nace el niño C., ejerciendo ambos progenitores la patria potestad y residiendo los tres en el distrito de Columbia. Entre abril y julio de 2005 la señora D. viajó en repetidas ocasiones a Suiza con el propósito de someterse a tratamiento médico. Sin embargo, la mujer aprovechó estos viajes para elegir un domicilio para ella y su hijo en Suiza y en agosto de 2005, con motivo de las vacaciones de verano ésta viajó a un cantón suizo, donde después situaría su residencia.

El señor Carlson pasó unos días de las vacaciones con su mujer y su hijo y posteriormente, regresó a EEUU sin su hijo, al parecer por un acuerdo alcanzado entre ambos progenitores. Previamente a su regreso, la mujer presentó al marido una propuesta de acuerdo de divorcio que éste se negó a firmar.

Como consecuencia de ello, el 28 de septiembre de 2005 la mujer inició un procedimiento de separación en el distrito de Baden (Suiza) y solicitó a su vez la adopción de medidas cautelares que le atribuyesen la custodia de su hijo. Por otro lado, el padre el día 29 de ese mismo mes presentó también una demanda de divorcio ante un Tribunal americano. El Tribunal suizo resolvió el 30 de septiembre otorgando la custodia provisional a la señora D.

A continuación, el señor Carlson se dirigió al Tribunal del distrito de Baden solicitando la restitución de su hijo a los Estados Unidos y fundando dicha solicitud en el CH 1980. La señora D. alegó que el traslado del menor a Suiza se realizó con consentimiento del padre, al llevarse a cabo en virtud de un acuerdo adoptado entre ambos progenitores y que por tanto, el CH 1980 no resultaba de aplicación. El Tribunal de Baden consideró que tal y como alegaba el padre, en principio se trataba de un

---

<sup>121</sup>STEDH de 08/11/2008: Asunto núm. 49492/06 *Carlson V. Suiza*. Referencia INDACAT: HC/E/869

traslado ilícito en el sentido del artículo 3 del CH 1980<sup>122</sup> por ser ambos progenitores titulares del derecho de custodia compartida.

Sin embargo, dicho Tribunal desestimó la solicitud de retorno del padre por valorar que el acuerdo preexistente entre ambos progenitores dió lugar a que el traslado perdiese su carácter ilícito por mediar consentimiento, tal y como dispone el apartado a) del artículo 13 CH 1980. Además, declaró que el demandante no había aportado suficientes pruebas para justificar que sí dio consentimiento al traslado pero no a la posterior retención del niño en Suiza, por lo que la actuación de la madre no podía considerarse ilícita.

De manera puntual conviene destacar que el Tribunal estimó la acumulación del procedimiento de restitución, el procedimiento de divorcio y la delimitación del régimen de custodia y visita; actuación que vulnera de manera flagrante el artículo 16 CH 1980<sup>123</sup>, el cual impide a los órganos del Estado de destino del menor decidir sobre la custodia sin que se haya resuelto si procede o no la restitución. Dicho de otra manera, el Convenio persigue que los menores trasladados o retenidos ilícitamente regresen en el menor tiempo posible a su Estado de residencia habitual anterior al traslado o retención, no persigue que se decida a quién corresponde el derecho de custodia.

Volviendo a la resolución anteriormente mencionada, ésta fue dictada en el plazo de tres meses y medio desde su interposición, lo que desencadenó que el señor Carlson interpusiera un recurso por dilaciones indebidas ante el Tribunal de Apelación del Cantón de Argovia. El Tribunal consideró que efectivamente, la resolución acerca de la solicitud de restitución había sobrepasado el límite de 6 semanas establecido en el

---

<sup>122</sup> Artículo 3 CH 1980: El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: *a)* cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y *b)* cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en *a)* puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

<sup>123</sup> Artículo 16 CH 1980: Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

artículo 11CH 1980<sup>124</sup> y que por tanto se había incurrido en una demora injustificada; sin embargo, no se adoptaron medidas disciplinarias.

Más aún, en marzo de 2006 el señor Carlson interpuso un nuevo recurso de apelación ante este mismo Tribunal fundamentando tal recurso en la vulneración del artículo 13 CH 1980, al considerar que el Tribunal de distrito de Baden había invertido la carga de la prueba. El recurso fue inadmitido ya que, aunque efectivamente se había invertido la carga de la prueba, la parte demandada había probado con éxito que el traslado y retención del menor se habían llevado a cabo con el consentimiento del señor Carlson.

El 11 de mayo de 2006, el demandante interpuso un nuevo recurso, esta vez ante el Tribunal Federal en el que manifestaba que la resolución del Tribunal de Distrito había sido dictada transcurrido el plazo que fija el artículo 11 CH 1980, solicitaba la restitución de su hijo a EEUU, denunciaba la vulneración de su derecho a ser oído y aducía la errónea acumulación de los distintos procedimientos, anteriormente explicada.

El 16 de julio el tribunal dictó resolución por la que consideró que a pesar de que el traslado y la retención podrían ser susceptibles de ser considerado ilícitos, se había probado que el padre había prestado consentimiento al pacto alcanzado por las partes por el cual la madre y el hijo permanecerían un tiempo en Suiza, cuestión que privaba de toda ilicitud la actuación de la señora D. Al mismo tiempo, el tribunal desestimó las pretensiones relativas al derecho a ser oído y ni si quiera se pronunció acerca de los plazos del artículo 11 CH 1980.

Así las cosas, el demandante solicitó la revisión de dicha resolución alegando que había sufrido una discriminación como padre del menor, la cual fue rechazada. Posteriormente, el señor Carlson solicitó que le fuera concedido el derecho de visita, pretensión que fue estimada por el Tribunal de Distrito de Baden.

---

<sup>124</sup>Artículo 11 CH 1980: Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al solicitante.

Finalmente, el señor Carlson acudió al TEDH y demandó a la Confederación Suiza basando dicha demanda en la vulneración de los artículos 8.1<sup>125</sup>, 6.1<sup>126</sup> y 14<sup>127</sup> del CEDH, éste último en relación con el Protocolo n.º7. Concretamente, el demandante alegó que no se había respetado su derecho a ser oído en el procedimiento, que los Tribunales suizos habían actuado en beneficio de la señora D, que la decisión del Tribunal de distrito de Baden de unir los procedimientos infringía el artículo 16 CH 1980 y que el Órgano suizo invirtió la carga de la prueba haciéndole probar que no prestó consentimiento a que su hijo viajara a EEUU y no regresara. No obstante, únicamente prosperó la pretensión referida al artículo 8 CEDH, que garantiza el derecho a la vida privada y familiar.

En el asunto *Carlson V. Suiza*, el TEDH consideró que las Autoridades suizas no habían adoptado todas las medidas que les eran exigibles para conseguir la inmediata restitución del menor a su Estado de residencia habitual previa al traslado y facilitar el ejercicio de los derechos de custodia, vistas y patria potestad. Esta decisión se fundamentaba en que el Tribunal de Distrito de Baden tardó tres meses y medio en resolver, cuestión que pudo venir originada por la acumulación de procedimientos, que no hace sino dilatar la duración del proceso y la resolución de éste; y en que el hecho de que los Órganos suizos invirtieran la carga de la prueba, situó en desventaja al señor Carlson. En definitiva, concurre una vulneración del artículo 8 CEDH por parte de los tribunales suizos al no velar estos por la protección del derecho del demandante al respeto de su vida privada y familiar.

---

<sup>125</sup> Artículo 8.1 CEDH: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

<sup>126</sup> Artículo 6.1 CEDH: 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción.

<sup>127</sup> Artículo 14 CEDH: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Con respecto al art. 6.1 CEDH, referido al derecho de toda persona a ser oída en el procedimiento, el TEDH valoró que no existía vulneración por dos razones. En primer lugar, porque el derecho a ser debidamente oído ya había sido mencionado dentro de la pretensión referida al artículo 8, la cual había sido estimada; y en segundo lugar, porque tal y como dispone el art. 35.1 CEDH<sup>128</sup>, para que el Tribunal admita las demandas que ante él se presenten, las vías de recurso internas deben haber sido previamente agotadas, y en el supuesto que nos ocupa, la cuestión referida al art. 6.1 no fue planteada ante los tribunales internos por lo que no pueden considerarse agotadas dichas vías.

Por último, haremos referencia al artículo 14 en su interpretación en base al art. 5 del Protocolo n.º 7 CEDH<sup>129</sup>. El primero de los artículos establece la igualdad de todas las personas sin que quepa discriminación por ningún motivo; y el segundo se refiere también a la igualdad pero en el ámbito de los derechos y deberes civiles de los cónyuges entre ellos y con sus hijos mientras dure el matrimonio o en caso de disolución. La pretensión referida a la vulneración de estos artículos es igualmente desestimada porque la cuestión sólo se invocó ante uno de los Tribunales y por tanto, no se produjo el agotamiento de la vía interna.

El TEDH ha venido estableciendo una serie principios aplicables a todos los supuestos de sustracción internacional de menores que permiten determinar si las Autoridades de un Estado adherido al CH 1980 han violado los deberes que se derivan del artículo 8 CEDH o no. Estos principios se encuentran presentes a su vez en los casos *Carlson V. Suiza*<sup>130</sup>, *Eskinazi y Chelouche*<sup>131</sup>, *Ignaccolo-Znide V. Rumania*<sup>132</sup>, entre otros.

Para resolver el supuesto que nos ocupa, el TEDH ha empleado algunos de estos principios. En primer lugar, el referido al objeto esencial del artículo 8. Este principio

---

<sup>128</sup> Artículo 35.1 CEDH: 1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.

<sup>129</sup> Artículo 5 del Protocolo n.º 7 CEDH: Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. El presente artículo no impedirá a los Estados adoptar las medidas necesarias en interés de los hijos.

<sup>130</sup>STEDH de 08/11/2008: Asunto núm. 49492/06 *Carlson V. Suiza*. Referencia INDACAT: HC/E/869.

<sup>131</sup>STEDH de 06/12/2005: Asunto núm. 14600/05 *Eskinazi y Chelouche V. Turquía*. Referencia INDACAT: HC/E/742.

<sup>132</sup>STEDH de 25/01/2000: Asunto núm. 31679/96 *Ignaccolo-Zenide V. Rumania*. Referencia INDACAT: HC/E/336.



afirma que lo que dicho precepto persigue es proteger a los individuos de las actuaciones arbitrarias del Estado, y que el artículo posee una doble vertiente de la que se desprenden una obligación negativa y obligaciones positivas. La obligación negativa es la no intromisión por parte de los poderes públicos, a la que ya nos hemos referido; y las obligaciones positivas son aquellas referentes al respeto de la vida privada y familiar. Al mismo tiempo, el principio establece que debe existir un equilibrio de los intereses presentes en el supuesto.

Una aplicación semejante de este principio puede verse reflejada en el caso “*Maumousseau y Washington V. France*”<sup>133</sup>. En este supuesto, la madre de nacionalidad francesa contrae matrimonio con un nacional estadounidense y posteriormente, retiene a su hija de forma ilícita en Francia. El padre interpone una demanda de restitución ante los Tribunales franceses, los cuales estiman su pretensión y ordenan el retorno de la menor, que efectivamente retorna a EEUU. Por su parte, la madre interpone recurso ante el TEDH en el que demanda al Estado francés por vulneración, entre otros, del artículo 8 CEDH por considerar que no se había tenido en consideración el interés superior del menor. El TEDH, en base a la línea jurisprudencial que ha venido siguiendo, afirmó que siempre debe existir un equilibrio de los intereses concurrentes, y en concreto, una primacía el interés superior del menor. Así, concluyó que en este caso los Tribunales franceses habían examinado en la medida de lo posible las circunstancias concurrentes, llegando a alcanzar un equilibrio adecuado de los intereses de cada parte afectada; y que como consecuencia, sí se había respetado el interés superior del menor.

Para concluir, haremos referencia a la presencia en el supuesto de hecho que nos ocupa de aquellos principios jurisprudenciales desarrollados por el TEDH referidos al deber de los Estados de adoptar medidas a fin de alcanzar el objetivo del art. 8 CEDH. En virtud de la interpretación que el TEDH hace de tal precepto, el respeto a la vida privada y familiar conlleva que las Autoridades de los Estados adopten medidas que permitan al progenitor tener contacto con su hijo. No obstante, esta obligación que recae sobre los Estados no puede considerarse absoluta, ya que habrá que valorar las

---

<sup>133</sup>STEDH de 06/12/2007: Asunto núm. 39388/05 *Maumousseau y Washington V. Francia*. Referencia INDACAT: HC/E/942.

circunstancias concurrentes en cada supuesto, y en base a ello adoptar medidas de distinta naturaleza o alcance<sup>134</sup>.

### 3. La jurisprudencia española sobre la interpretación del “derecho de custodia”

La disparidad existente entre los conceptos de “derecho de custodia” recogidos en el CH 1980 y el Ordenamiento Jurídico español, han dado lugar a conflictos y diferencias a la hora de resolver e interpretar distintos supuestos de sustracción internacional de menores.

En el Derecho interno español, los derechos de custodia y visita vienen regulados en los arts. 91 y ss. CC y son considerados independientes. Así, el “derecho de custodia” es entendido como la guarda principal del hijo, la cual incluye vivir, cuidar y asistir a éste. Por su parte, el “derecho de visita” se atribuye por el art. 94 CC<sup>135</sup> al progenitor que no tenga consigo a los hijos menores, y se le permite, en virtud de este derecho, visitarlos y tener contacto con ellos.

Con respecto al “derecho de custodia” en el CH 1980, éste viene recogido en el art. 5 del Convenio<sup>136</sup> e incluye la guarda del hijo, el derecho a visitarlo y a comunicarse con él y el derecho a determinar la residencia de éste.

En definitiva, podemos observar que la noción de “derecho de custodia” en la legislación española y el CH 1980 difiere de forma significativa. El Convenio los considera derechos complementarios, mientras que el CC español realiza una diferenciación entre ambos, considerándolos independientes. A su vez, la legislación española hace una interpretación del “derecho de custodia” mucho más restrictiva,

---

<sup>134</sup>Sobre esta cuestión, entre otros: OTAEGUI AIZPURUA, I., “Vulneración del art. 8 CEDH por incumplimiento de la obligación positiva de facilitar la restitución de los menores sustraídos”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo IX, 2009, págs.739-748; DURÁN AYAGO, A. Y VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> DEL M., *op. cit.*, nota 115.

<sup>135</sup> Artículo 94 CC: El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.

<sup>136</sup> Artículo 5 CH 1980: A los efectos del presente Convenio: a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

mientras que el concepto de custodia en el CH 1980 incluye la guarda, la comunicación y visitas y la capacidad de decidir acerca del lugar de residencia del menor<sup>137</sup>. Como hemos dicho, este contraste entre ambos conceptos de “derecho de custodia” da lugar a contrariedades que iremos estudiando a continuación a raíz del análisis de distintas resoluciones de las Audiencias Provinciales.

En primer lugar, vamos a referirnos al Auto de la AP de Las Palmas número 333/2008, de 19 de diciembre<sup>138</sup>. En este supuesto, fruto de la relación entre la madre de nacionalidad alemana y el padre nace en agosto de 2001 Teresa. La pareja se divorcia en junio de 2006 y en diciembre de ese mismo año la madre, que posee el derecho de custodia provisional, abandona Alemania con su hija para trasladarse a Arrecife (Lanzarote). En ese momento, y a pesar de haber solicitado ambos ante los Tribunales alemanes el derecho a decidir sobre el lugar de residencia de la menor, éste no había sido atribuido todavía.

Por su parte, el padre ostenta el derecho de visita y, posteriormente, le es concedido de forma provisional por el Tribunal alemán el derecho a decidir sobre el lugar de residencia de su hija. Puesto que tal derecho a decidir sobre el lugar de residencia es provisional y el procedimiento está pendiente de resolución definitiva, el padre reclama la restitución de la menor a Alemania.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Arrecife deniega la restitución de la menor a Alemania basándose en el artículo 13. a) CH 1980<sup>139</sup>, el cual dispone que las Autoridades del Estado de destino no tienen obligación de ordenar el retorno si el derecho de custodia no se ejercía de forma efectiva en el momento del traslado o retención. El Tribunal español de Primera Instancia, a pesar de admitir que se trata de un traslado ilícito, considera que no procede la restitución de la menor porque de

---

<sup>137</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. Y EZQUERRA UBERO, J.J. “El ‘derecho de custodia’ en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores”, en *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm.83-84, 2011, pág. 321.

<sup>138</sup> AAP Las Palmas (Sección 3.ª) Auto núm. 333/2008 de 19/12/2008. AC 2009/202.

<sup>139</sup> Artículo 13.a) CH 1980: No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.

acuerdo con el citado artículo, el padre no ejercía la custodia efectivamente, dado que visitaba a su hija únicamente una vez por semana.

Indiscutiblemente, se está produciendo en este caso un problema de interpretación del concepto de “derecho de custodia”, en la medida en que, de acuerdo con el Derecho español el padre no ejerce la custodia efectivamente porque en virtud de la sentencia alemana de divorcio, ostenta únicamente el derecho a visitar a su hija una vez a la semana. Sin embargo, a efectos del CH 1980, el padre sí lo ejerce de forma ya que el cumplimiento regular del derecho de visita, como ocurre en este caso una vez cada semana, sí se considera efectivo cumplimiento del derecho de custodia por entenderse que ambos están ligados.

En esta línea, la Audiencia Provincial de Las Palmas corrige en este auto el error cometido por el Juez de primera instancia y sostiene que “si el cumplimiento del derecho de visitas se cumple regularmente [...] supone un ejercicio efectivo de la custodia”. En cambio, confirma la resolución de no restitución dictada en primera instancia basándose en el artículo 12 CH 1980<sup>140</sup>, por considerar que en el momento de iniciación del procedimiento había transcurrido más de un año desde el traslado y que en la actualidad la menor se encuentra integrada en su nuevo entorno al encontrarse escolarizada, hablar español, etc.

Interpretación parecida lleva a cabo el Juzgado de Primera Instancia de Castellón en el Auto de 24 de diciembre de 2002, después respaldado por la Audiencia Provincial de Castellón en su Sentencia número 227/2003, de 24 de julio<sup>141</sup>. En este supuesto de hecho, tras el divorcio de los progenitores, el Tribunal inglés acuerda mediante la sentencia de divorcio que el derecho de custodia corresponde a la madre y el derecho de visita al padre. La madre trata de conseguir autorización para salir de Inglaterra con sus

---

<sup>140</sup> Artículo 12 CH 1980: 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 periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún 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 ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.

<sup>141</sup> SAP de Castellón (Sección 2.ª) Sentencia núm. 227/2003 de 24/07/2003. AC 2003/1095.

dos hijos y trasladarse a España, y a pesar de no conseguirla, efectúa dicho traslado sin el consentimiento del padre de los menores.

Al igual que en el caso anterior, es evidente que nos encontramos ante un traslado y retención ilícitos de acuerdo con los artículos 3<sup>142</sup> y 5<sup>143</sup> CH 1980. Sin embargo, tanto en la Primera Instancia como en Apelación, los Tribunales españoles estimaron que no procedía acordar la restitución a Inglaterra de los dos hijos menores por considerar que el padre, solicitante de la orden de retorno, no ejercía de forma efectiva el derecho de custodia en el momento de producirse el traslado y retención ilícitos. Ello fundamentado en que, de acuerdo con la sentencia inglesa de divorcio, la custodia corresponde a la madre y el derecho de visita al padre, por lo que no puede considerarse que el padre ejerciera de forma efectiva tal derecho de custodia por no encargarse éste de la guarda principal, sino disfrutar de un régimen de visitas.

Se trata, de nuevo, de un problema acerca de la concepción del “derecho de custodia” en los diferentes instrumentos legales. Los dos Tribunales españoles entendieron que era la madre la que se hacía cargo de los menores, ya que de acuerdo con el CC el derecho de custodia engloba todo lo referido a la guarda principal del hijo, y este es autónomo e independiente del derecho de visita, que únicamente se refiere a visitar a los menores y tener contacto con ellos. Por el contrario, el concepto de “derecho de custodia” en el CH 1980 engloba el derecho de guarda, de visita y a elegir el lugar de residencia del menor. De esta manera tanto en Primera Instancia como en Apelación, los órganos jurisdiccionales españoles consideraron que el padre no ejercía la custodia de manera efectiva en el momento del traslado o retención, y porque por tanto, en virtud del artículo 13.a) del Convenio no procedía dictar una orden de restitución a favor de éste.

---

<sup>142</sup> Artículo 3 CH 1980 : El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: *a)* cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y *b)* cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en *a)* puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

<sup>143</sup> Artículo 5 CH 1980: A los efectos del presente Convenio: *a)* el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; *b)* el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

Por último, analizaremos un caso de especial repercusión mediática que es el asunto *Carrascosa V. McGuire*<sup>144</sup>. En este supuesto, la señora Carrascosa, nacional española, se casó en España en 1999 con el señor Innes, nacional estadounidense. Fruto de tal relación nace en Nueva Jersey en 2000 Victoria Solenne. En 2004, la pareja se separa y suscribe el 8 de octubre de 2004 un acuerdo por el que se pacta que la madre viva con su hija y se otorga al señor Innes el derecho a tiempos de visita con la menor a la vez que se establece que ninguno de los dos progenitores podrá salir con la niña de EEUU sin el consentimiento del otro. En junio de 2005, la señora Carrascosa infringe tal acuerdo y sin el permiso ni conocimiento del padre se traslada a España con la niña, donde fija su residencia y la de su hija junto a la familia materna, a la vez que solicita la nulidad eclesiástica.

Un año después, El Tribunal Superior de Nueva Jersey otorga la custodia provisional al padre y prohíbe a la señora Carrascosa, que había acudido a Nueva Jersey con motivo de la celebración de una vista, salir de Nueva Jersey hasta que no se produjera el retorno de la menor a EEUU, decretando que en caso contrario se emitiría una orden de detención. Simultáneamente, los tribunales españoles conceden la nulidad y prohíben que la menor salga del país hasta que no alcance la mayoría de edad. Es entonces cuando el señor Innes recurre en apelación la sentencia.

En el Auto número 14/2006, de 17 de enero, se respalda en lo esencial lo sostenido por el Juzgado de Valencia y desde el punto de vista de la regulación del derecho de custodia en el OJ español, considera que el acuerdo suscrito por las partes “no contiene una expresa atribución de la guarda y custodia de la menor a la madre, sin embargo esa atribución de custodia se encuentra implícita en el mismo documento y en los periodos en que se reconoce al actor la permanencia con la menor, que se reducen a los fines de semana alternos”<sup>145</sup>. De esta manera, entienden los Tribunales, al contrario de lo que cabría entender en virtud del CH 1980, que la custodia de la niña la ostenta únicamente la madre y no el padre. Parece por tanto, que los órganos españoles ignoran

---

<sup>144</sup>United States Court of Appeals for the 3rd Circuit: Asunto *Carrascosa V. McGuire* 520 F.3d 249 (3rd Cir. 2008). Referencia INDACAT: HC/E/USF970.

<sup>145</sup>FFJJ 3 del AAP de Valencia (Sección 10.ª) Auto núm. 14/2006 de 17/01/2006. JUR 2007/129967.

que quien en términos de la legislación española ostenta derecho de visita, en términos del CH 1980 tiene también derecho de custodia.

Analizados algunos de los diversos supuestos referidos a la interpretación “derecho de custodia” en la doctrina española, queda claro que los Tribunales españoles han venido considerando erróneamente que en aquellos supuestos en los que se atribuye la custodia a uno de los progenitores y el derecho de visita al otro, es sólo el primero de los progenitores el que, conforme al CH 1980, ostenta el derecho de custodia<sup>146</sup>.

## V. CONCLUSIONES

1. Lamentablemente, los supuestos de sustracción internacional de menores han aumentado de manera significativa en los últimos años, y como consecuencia de ello se han desarrollado diversos instrumentos para intentar atajar este problema y paliar sus efectos. En la práctica, el que más éxito ha tenido ha sido el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, que concretamente prevé un sistema de cooperación entre Autoridades de los distintos Estados miembros y una acción de restitución inmediata del menor, siendo este último probablemente el mecanismo más efectivo hasta ahora en materia de secuestro interparental de menores.

Sin embargo, el CH 1980 se basa en un caso tipo de *legal kidnapping* en el que el progenitor que tras un divorcio o separación disfruta del derecho de visita, aprovecha uno de los periodos de visita para trasladar al menor a otro país donde lo retiene separado del progenitor custodio; y partir de ahí desarrolla las vías de actuación sin tener en consideración que en los últimos años, han aparecido nuevas circunstancias y factores que han dado lugar al nacimiento de nuevas modalidades de secuestro internacional que inicialmente no ocurrían. La importancia de este aspecto radica en que dada la transformación que viene experimentando en ciertos aspectos la SIM, algunos de los mecanismos previstos en el CH 1980, a nuestro juicio, han dejado de ser íntegramente eficaces hoy en día.

---

<sup>146</sup>LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. Y EZQUERRA UBERO, J.J., *op. cit.*, nota 137, págs. 319-327.

En suma, opinamos que la regulación actual del secuestro internacional de menores es insuficiente y está muy lejos de ser enteramente efectiva. Así, son diversos los supuestos en que existen vacíos legales que dan lugar a una gran inseguridad jurídica en esta materia que consideramos de especial delicadeza; por lo que creemos que es necesaria la inminente elaboración de un instrumento a nivel mundial, como explicaremos a continuación.

2. En todo caso, hemos de destacar que la SIM es un fenómeno extremadamente complejo tanto por los sujetos que en mayor medida sufren los efectos de ésta, los menores, como por la dificultad que conlleva el intentar resolver estos conflictos ante la gran variedad de mecanismos y herramientas existentes a nivel nacional e internacional que en ocasiones dan lugar a conflictos entre las partes dada la existencia de bloques normativos coexistentes (europeo, nacional e internacional) que se han de tener presentes para una aplicación adecuada.

Al respecto, creemos que es esencial el cambio que está suponiendo el proceso de “europeización” iniciado con el Tratado de Ámsterdam, que pretende conseguir un DIPr propio de la Unión Europea dotando a las Instituciones europeas de competencia para legislar en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Esta “europeización” tiene especial relevancia ya que puede favorecer la elaboración de un instrumento a nivel global que abarque y regule todas las cuestiones tratadas en el presente trabajo de manera coordinada.

Muy a nuestro pesar, creemos que la consecución de tal instrumento a nivel mundial puede ser un trabajo excesivamente difícil ya que se trata de una materia que presenta un fuerte componente social y cultural por tener como base cuestiones relacionadas con la familia, que son concebidas de distinta forma en cada país. Esto conduce a que existan diferencias entre los Tribunales de los distintos Estados implicados en supuestos de secuestro internacional de menores a la hora de interpretar y aplicar los instrumentos concernientes a la SIM.

3. Por otro lado, me gustaría destacar la especial importancia que reviste la celeridad en el ámbito de la SIM. Cuando un sujeto traslada a un menor fuera de su país de residencia habitual, donde se encontraba bajo la custodia de una persona física o



jurídica, lo que pretende es que se dé cobertura legal a la nueva situación que acaba de crear, obteniendo una decisión de los Tribunales del Estado de destino que le sea favorable. Hemos de tener en cuenta, que una de las causas de denegación de la restitución del menor ilícitamente trasladado es la integración y adaptación de éste a su nuevo entorno. Por consiguiente, resulta esencial que la justicia actúe con rapidez para poder resolver de manera satisfactoria estas situaciones en que la víctima principal va ser el menor.

A estos efectos y en lo que se refiere al ámbito interno estatal, consideramos que el nuevo procedimiento establecido por la LJV proporciona a las Autoridades Españolas recursos suficientes para desarrollar la cooperación necesaria a la hora de resolver conflictos en esta materia y poder actuar en el mínimo tiempo posible. Baste como muestra la apuesta de esta nueva Ley por la mediación familiar, herramienta que puede resultar extremadamente eficaz, además de disminuir los perjuicios que puedan sufrir los menores por tratarse de una vía menos conflictiva.

## **VI. BIBLIOGRAFÍA**

### **1. Doctrina**

#### *1.1. Libros*

CALVO CARAVACA, L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Protección de menores”, en *Derecho Internacional Privado Vol. II*, Comares, Granada, 2016, págs.543-583.

CALVO CARAVACA, L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Y CASTELLANOS RUIZ E. *Derecho de Familia Internacional*, Colex, Madrid, 2008, págs.350-384.

DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs.61-273.

GÓMEZ BENGOCHEA, B. *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980*, Dykinson, Madrid, 2002, págs.19-64.

JÍMENEZ BLANCO, P. *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 27-101.

MARÍN PEDREÑO, C. *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Ley 57, Málaga, 2015, págs.14-34.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *La sustracción interparental de menores*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 54-75.

## 1.2. Artículos de revista e informes

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

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “La comunitarización del Derecho Internacional Privado”, en *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz/ Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak*, núm. 1, 2001, págs. 285-318.

CAAMIÑA RODRÍGUEZ, C. “El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, págs. 47-62.

CAAMIÑA RODRÍGUEZ, C. “La mediación ante el secuestro internacional de menores”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2011, págs. 1-35– Disponible en: <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA11101.pdf> (última revisión: 30 de mayo de 2017).

CALVO CARAVACA, A.L., “El Derecho Internacional Privado en la Comunidad Europea”, en *Anales de Derecho*, núm. 21, 2003, págs. 49-68.

CHÉLIZ INGLÉS, M.<sup>a</sup> DEL C. “La sustracción internacional de menores, tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, págs. 246-265

DIAGO DIAGO, M.<sup>a</sup> DEL P. “Secuestro internacional de menores: marco jurídico”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 7, 2001, págs. 20-23.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Comunitarización del Derecho Internacional Privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, en *Revista Española de Seguros*, núm.140, 2009, págs. 595-616.

FORCADA MIRANDA, F.J. “Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción internacional de menores en el siglo XXI y un nuevo marco legal en España”, en *Anuario Internacional de Derecho Internacional Privado*, tomo XVI, 2016, págs. 699- 743.

FORCADA MIRANDA, F.J. “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, en *Bitácora Millennium DIPr*”, núm 3.

GONZÁLEZ MARTÍN, N. “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*”, núm. 29, 2015, págs. 1-37.

GONZÁLEZ MARTÍN, N. “Sustracción internacional parental de menores y mediación”, en *Derecho Familiar Internacional*, Caracas (Venezuela), 2014, págs. 1-37 – Disponible en:

<http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/2-Sustracci%C3%83%C2%B3n-internacional-parental-de-menores-y-mediaci%C3%83%C2%B3n-NURIA-GONZALEZ-MARTIN.pdf> (última revisión: 30 de mayo de 2017).

GONZÁLEZ VICENTE, P. “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 11, 2007, págs. 67-124.

GUZMÁN PECES, M. “Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicables a la sustracción internacional de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomos XIV-XV, 2014-2015, págs. 489-522.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, págs. 130-146.

JIMÉNEZ BADOS, M.<sup>a</sup> P. “La sustracción internacional de menores: posibilidades de intervención en la vía civil y en la vía penal”, 2016– 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](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Jimenez%20Bados,%20M%C2%AA%20Pilar.pdf?idFile=9d51b96f-2aff-431f-a552-61ef282e74ec) (última revisión: 30 de mayo de 2017)

LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. Y EZQUERRA UBERO, J.J. “El derecho de custodia’ en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores”, en *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm.83-84, 2011, págs. 291-336.

DURÁN AYAGO, A. Y VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> DEL M., “Seminarios wiki interactivos de Derecho Internacional Privado, 2013/2014 – Disponible en: <http://studylib.es/doc/7941424/seminarios-wiki-interactivos-de-derecho-internacional> (última revisión: 30 de mayo de 2017)

LIÉBANA ORTIZ, J.R. “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores” en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 13, 2015, págs. 83-109.

Orejudo Prieto de los Mozos, P. “Mediación y sustracción internacional de menores”, en ALDECOA LUZÁRRAGA, F. Y FORNER DELAYGUA, J.J. (Dir.) Y GONZÁLEZ BOU, E. Y GONZÁLEZ VIADA, N. (Coords.), *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 367-384.

OTAEGUI AIZPURUA, I. “Vulneración del art. 8 CEDH por incumplimiento de la obligación positiva de facilitar la restitución de los menores sustraídos”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*”, tomo IX, 2009, págs.733-749.

PÉREZ VERA, E. “Informe explicativo del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Madrid, 1981 – Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf> (última revisión: 30 de mayo de 2017)

REIG FABADO, I., “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, págs. 242-263.

REQUEJO ISIDRO, M. “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, págs.179-194.

SCOTTI, L.B. “Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm 62, 2013, págs. 125-156.

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”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, págs. 1279-1301.

WILDERSPIN, M. “Derechos fundamentales en materia de Derecho de Familia: en particular, la sustracción internacional de menores”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XI, 2011, págs. 527-558.

## **2. Jurisprudencia**

### *2.1. Nacional*

SAP de Almería (Sección 1.<sup>a</sup>) Sentencia núm. 1004/2007 de 6/07/2007. JUR 2008/24907

AAP de Almería (sección 3.<sup>a</sup>) Auto núm. 74/2008 de 9/06/2008. AC 2008/2352

SAP de Málaga (Sección 6.<sup>a</sup>) Sentencia núm. 463/2007 DE 11/09/2007. AC 2007/2085

AAP de Barcelona (Sección 18.<sup>a</sup>) Auto núm. 88/2012 de 23/04/2012. AC 2012/958

AAP Las Palmas (Sección 3.<sup>a</sup>) Auto núm. 333/2008 de 19/12/2008. AC 2009/202

AAP de Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) Auto núm. 14/2006 de 17/01/2006. JUR 2007/129967

AAP de Zaragoza (Sección 2.<sup>a</sup>) Auto de 30/11/1999. AC 1999/2018

SAP de Castellón (Sección 2.<sup>a</sup>) Sentencia núm. 227/2003 de 24/07/2003. AC 2003/1095

AAP de Madrid (Sección 24.<sup>a</sup>) Auto núm. 606/2005 de 19/07/2005. AC 2005/1630

AAP de Sevilla (Sección 2.<sup>a</sup>) Auto núm. 185/2008 de 12/09/2008. JUR 2009/54463

AAP de Madrid (Sección 24.<sup>a</sup>) Auto núm. 89/2005 de 07/02/2005. JUR 2005/109966

AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.<sup>a</sup>) Auto núm. 172/2006 de 22/11/2006. JUR 2007/75775

## 2.2. *Internacional*

STEDH de 08/11/2008: Asunto núm. 49492/06 *Carlson V. Suiza*. Referencia INDACAT: HC/E/869

STEDH de 06/12/2007: Asunto núm. 39388/05 *Maumousseau y Washington V. Francia*. Referencia INDACAT: HC/E/942

STEDH de 06/12/2005: Asunto núm. 14600/05 *Eskinazi y Chelouche V. Turquía*. Referencia INDACAT: HC/E/742

STEDH de 15/12/2005: Asunto núm.35030/04 *Karadzic/Croacia*. Referencia INDACAT: HC/E/819

STEDH de 25/01/2000: Asunto núm. 31679/96 *Ignaccolo-Zenide V. Rumania*. Referencia INDACAT: HC/E/336

STEDH de 24/04/2003: Asunto núm. 36812/97 y 40104/98 *Sylvester V. Austria*. Referencia INDACAT: HC/E/502

STEDH de 13/09/2005: Asunto núm. 77710/01 *H.N. V. Polonia*. Referencia INDACAT: HC/E/811

STJUE de 1/07/2010: Asunto C-211/10 PPU *Doris Povse V. Mauro Alpago*. Referencia INDACAT: HC/E/1328

STJUE de 22/12/2010: Asunto C-491/10 PPU *Aguirre Zarraga V. Pelz*. Referencia INDACAT: HC/E/1043

STJUE de 11/07/2009: Asunto C-195/08 PPU *Rinau V. Rinau*. Referencia INDACAT: HC/E/987

STJUE de 23/12/2009: Asunto C-403/09 PPU *Jasna Deticek V. Maurizio Sgueglia*. Referencia INDACAT: HC/E/1327

STJUE de 22/12/2010: Asunto C-497/10 PPU *Mercredi V. Chaffe*. Referencia INDACAT: HC/E/1044

United States Court of Appeals for the 3rd Circuit: Asunto *Carrascosa V. McGuire* 520 F.3d 249 (3rd Cir. 2008). Referencia INDACAT: HC/E/USf970