



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El nuevo proceso de sustracción
internacional de menores.

Presentado por:

Ester Pérez Rábano

Tutelado por:

Carmen Vaquero López

Valladolid, 17 de julio de 2017

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN	Pág. 5
2. MARCO LEGAL GENERAL.	Pág. 7
2.1. Concepto de sustracción internacional de menores y causas.	Pág. 7
2.2. Concepto de interés superior del menor.	Pág. 13
2.3. Marco jurídico general e Instrumentos internacionales.	Pág. 19
<i>2.3.1. Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980.</i>	Pág. 19
<i>2.3.2. Reglamento Bruselas II bis 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.</i>	Pág. 21
<i>2.3.3. Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 198, en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de la custodia.</i>	Pág. 24
<i>2.3.4. Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derechos de custodia y derecho de visita y devolución de menores.</i>	Pág. 25
3. EL NUEVO PROCESO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.	Pág. 26
3.1. Introducción.	Pág. 26
3.2. Ámbito de aplicación y normas generales.	Pág. 28
<i>3.2.1. Ámbito de aplicación.</i>	Pág. 28
<i>3.2.2. Tribunal competente.</i>	Pág. 29
<i>3.2.3. Legitimación, postulación y partes.</i>	Pág. 31
<i>3.2.4. Carácter del procedimiento.</i>	Pág. 33
<i>3.2.5. Medidas cautelares.</i>	Pág. 36
3.3. Procedimiento.	Pág. 38
<i>3.3.1. Iniciación.</i>	Pág. 38
<i>3.3.2. Admisión de la demanda.</i>	Pág. 39
<i>3.3.3. Localización del menor.</i>	Pág. 40
<i>3.3.4. Comparecencia o incomparecencia del demandado.</i>	Pág. 40

<i>3.3.5. Celebración de la vista.</i>	Pág. 42
<i>3.3.6. Audiencia al menor.</i>	Pág. 45
<i>3.3.7. Resolución/Sentencia.</i>	Pág. 47
<i>3.3.8. Recurso.</i>	Pág. 48
<i>3.3.9. Mediación.</i>	Pág. 50
<i>3.3.10. Ejecución.</i>	Pág. 52
3.4. Declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional.	Pág. 53
4. CONCLUSIONES.	Pág. 56
5. BIBLIOGRAFÍA.	Pág. 58

RESUMEN: El sistema español de Derecho internacional privado se ha visto modificado como consecuencia de las reformas legislativas de junio de 2015. Las nuevas leyes han afectado particularmente al régimen de protección de menores estableciendo un nuevo procedimiento de actuación ante la sustracción internacional de menores, aplicable exclusivamente en el desarrollo de la normativa convencional e institucional vigente en nuestro país. La nueva regulación contenida en los artículos 778 quáter y siguientes LEC mejora sensiblemente algunos aspectos del procedimiento anteriormente vigente y está especialmente condicionado por la delimitación de un concepto hasta ahora indeterminado, el de interés superior del menor, que actúa como principio orientador de las disposiciones adoptadas en el régimen de protección de menores.

PALABRAS CLAVE: Sustracción internacional de menores; Interés superior del menor; Reforma legislativa; Restitución de menores.

ABSTRACT: The Spanish system of private international law has been modified as consequence of the legislative reforms of June 2015. The new laws have affected particularly to the protection of children establishing a new procedure of performance against of the international abduction of children, exclusively applicable to the development of the currently normative conventional e institutional in our country. The new regulation contained in articles 778 quáter and following LEC improving noticeably some aspects of the procedure previously in force and it is especially conditioned by the delimitation of a concept until now undetermined, one of superior interest of the children acting as a guiding principle of the provisions adopted in the system of protection of children.

KEY WORDS: International children abduction; top interest of the children; reform legislative; restitution of children.

1. INTRODUCCIÓN

La sustracción internacional de menores, es un fenómeno que actualmente se produce con relativa frecuencia, habiendo presentado un aumento significativo en los últimos años¹, ello se debe a la confluencia de varios factores, de entre los cuales podemos destacar el de la globalización.

Este acto tiene graves consecuencias psicológicas tanto para el menor, como para el progenitor que ha visto violado su derecho de custodia².

Mediante las leyes promulgadas en el año 2015, un ámbito que se ha visto modificado ha sido el régimen de protección de menores, produciéndose, a su vez, importantes avances en el mismo, como ha sido la delimitación del Interés superior del menor³, mediante la Ley de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia⁴.

Pero no solo tiene importancia y hemos de hacer referencia únicamente a esta ley para el tema que nos ocupa, sino que también hemos de hacer referencia a la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁵, mediante la cual se introduce un nuevo procedimiento de actuación ante la sustracción internacional de menores⁶, al que se le ha otorgado un carácter contencioso⁷.

¹Podemos realizar esta afirmación gracias a los datos recogidos en el Análisis estadístico de solicitudes presentadas en 2003 bajo el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de sustracción internacional de menores.

² El defensor del pueblo, en la Recomendación 65/1999, de 17 de noviembre, sobre sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores, afirma en este sentido que, *“el traslado o la retención en otro país de un menor por uno de sus progenitores sin el consentimiento del otro constituye un acto de violencia que afecta de forma especial al niño, el cual es utilizado como objeto de presión entre sus padres, enfrentándolo a cambios bruscos de tipo social y familiar, privándole de afecto y de la relación de la familia con la que convivía”*. BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A, Núm. 69, pág. 51.

³ La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, supuso un importante avance, al establecer un marco jurídico general de protección al menor, esta norma reforzaba los derechos de los menores, haciendo referencia al interés jurídico del menor, concepto jurídico indeterminado en ese momento.

⁴ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 175, de 23 de julio de 2015.

⁵ Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, publicado en el BOE nº 158, de 3 de julio de 2015.

⁶ La ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, deroga los artículos 1901 a 1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881 que regulaban procesalmente las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional. Introduciendo en el Título I, del Libro IV de la LEC un Capítulo IV bis, compuesto por los artículos 778 quáter a 778 sexies, denominado “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional” en el que se

Además, en él se perciben mejoras sustanciales con respecto al anterior, como por ejemplo puede destacarse que a través del mismo, se busca dar una celeridad al procedimiento, tanto en primera como en segunda instancia, donde el procedimiento presenta efectos tanto devolutivos como suspensivos.

También se favorece una concentración en la jurisdicción, se permite a las partes someterse a mediación en cualquier momento del proceso, se incluye la posibilidad de establecer medidas cautelares y la comunicación directa entre las autoridades judiciales pudiendo acudir al auxilio de las Autoridades Centrales implicadas. Por lo que podemos afirmar, que a través del mismo, se cumplen con los objetivos perseguidos por los instrumentos internacionales.

Con el presente trabajo se pretende conocer la realidad ante la que nos encontramos, incidiendo en las soluciones legislativas y jurisprudenciales, tanto a nivel nacional como internacional y conocer también la protección otorgada a estas personas por su especial situación de vulnerabilidad. También se pretende exponer la legislación y las recientes modificaciones legislativas llevadas a cabo en este ámbito. Así mismo se busca, el adquirir la capacidad para orientar sobre las actuaciones que han de ser llevadas a cabo ante una situación de sustracción internacional de menores.

Para ello en un primer momento se procede a definir el concepto de sustracción internacional de menores, siendo este, a continuación, analizado mediante los principales instrumentos internacionales de aplicación al ámbito, a continuación y en la misma línea, se procede a definir y comentar el concepto de interés superior del menor, haciendo referencia a la reciente jurisprudencia para conocer lo establecido por los tribunales respecto al mismo, seguidamente se procede al análisis de los textos convencionales existentes en la materia de la sustracción internacional de menores y para finalizar se realizará un amplio estudio del nuevo procedimiento de sustracción internacional de menores.

recoge la normativa procesal a seguir, en los casos de restitución de un menor que ha sido trasladado a España desde otro país.

⁷ Tal y como se establece en la Circular 6/2015, de la fiscalía, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, *“ha venido a dar un nuevo marco jurídico a la sustracción internacional de menores, otorgando a este procedimiento el carácter de contencioso”*. Fiscalía General del Estado. Memoria 2016.

2. MARCO LEGAL GENERAL.

2.1. Concepto de Sustracción internacional de menores y causas.

Para comenzar el presente estudio, creo conveniente empezar dando una definición del fenómeno que nos ocupa, la sustracción internacional de menores.

Para ello vamos a utilizar la definición dada por la Circular 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, procediendo a sonsacar las principales características que han de estar presentes para poder determinar que nos encontramos ante este fenómeno, y poder considerar el traslado o la retención del menor de edad ilícito.

La Circular anteriormente enunciada, entiende que nos encontramos ante sustracción internacional de menores cuando *“un menor es trasladado ilícitamente por uno de los progenitores a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, y en aquellos casos en que uno de los progenitores se traslada con el menor para residir en el otro país, tomando tal decisión de forma unilateral y vulnerando el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor”*.

Siguiendo la definición, la primera característica de este fenómeno es que, un menor de edad es trasladado, es decir, el sujeto pasivo de la sustracción es un menor de edad, característica que no tiene el mismo tratamiento en la legislación nacional que en la legislación internacional.

Conforme a la legislación española, según el artículo 12 de la Constitución *“los españoles son mayores de edad a los 18 años”*, por lo que, debemos entender que una persona menor de edad, es aquella que aún no ha cumplido los 18 años.

Sin embargo, uno de los instrumentos internacionales más alegados para la restitución del menor sustraído es el Convenio de la Haya, de 25 de octubre 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores, en su artículo 4, dispone que *“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”*. Siendo indiferente que este menor sea mayor o menor de edad según su ley nacional⁸.

⁸ Asunto tratado en el Auto de la Audiencia Provincial sección nº 1 de Cuenca, nº 29/2004, de 10 junio de 2004. Roj: AAP CU 82/2004 ECLI: ES:APCU:2004:82A

El informe explicativo del Convenio N° XVIII del la Conferencia de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980, establece que “*no se podrá llevar a cabo o aprobar ninguna acción o resolución respecto a un menor tras su decimosexto cumpleaños*”.

Por su parte, el Reglamento Bruselas II bis 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, no establece cual es la edad máxima que debe tener el sujeto pasivo de dicha acción, no existiendo en este punto una doctrina unánime.

Hay autores como I. Ravetllat Ballesté⁹ que establece que en lo “*relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, no define una edad máxima para los menores, dejando esta cuestión para las leyes nacionales*”¹⁰.

Por otro lado, algunos autores establecen que el Reglamento de Bruselas II bis se remite al Convenio de la Haya, tal y como lo establece la circular 6/2015 “*Aunque el reglamento no establece una edad tope..., parece lo más razonable partir de que exista una remisión tácita al CH80, por lo que no deberá aplicarse más allá de los 16*”.

La segunda característica que ha de estar presente es que, el traslado del menor, por uno de sus progenitores, ha de ser ilícito, ilegal.

El artículo 3 del Convenio de la Haya, establece cuando el traslado o la retención del menor se considerarán ilícitos, haciendo referencia en el primero de sus puntos a la infracción del derecho de custodia, ya haya sido atribuido a una persona o a una institución o a cualquier otro organismo, de acuerdo con el derecho vigente en el Estado¹¹ en el que el menor tenía

⁹ Este autor, apoya su tesis en lo establecido en el año 2005, durante la celebración del Seminario sobre cooperación Judicial en materia de derecho de familia y relaciones parentales de la Unión Europea, donde “*se recomendó que fueran los órganos jurisdiccionales los que resolvieran en cada caso concreto, en atención al Reglamento la edad del menor conforme a la legislación nacional; ello hasta que existiera jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”. RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. “La sustracción internacional de menores a la luz de su interés superior: algunos datos a considerar”. *La ley Derecho de familia*, nº10, 2016. Pp. 1-10

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cuestión que ha sido tratada en la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante el 12 de junio de 2015, frente a la cual se interpuso posteriormente recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante el Tribunal Supremo, sala de lo civil, Sentencia nº 29/2017, de 18 de enero del 2017 Roj: STS 166/2017 – ECLI: ES:TS:2017:166 . La Audiencia provincial al motivar su decisión, plantea dos cuestiones, siendo la primera de ellas si la madre pudo decidir el traslado, sin el consentimiento del otro progenitor el cual vio alterado el régimen de visitas, a pesar de que esta consideración no era la ratio decendi, la Audiencia establece que en el momento en el que la madre decidió trasladar su

su residencia habitual¹² inmediatamente antes de su traslado o retención, o dicho de otra manera, este traslado o retención se lleva a cabo infringiendo disposiciones legales.

En su segundo punto, este artículo hace referencia al ejercicio efectivo del derecho de custodia¹³, bien sea separada o conjuntamente en el momento del traslado o retención, o que se habría ejercido, de no haberse producido dicho traslado o retención. Al explicar el contenido de esta característica estamos haciendo referencia a otra de las características de la sustracción internacional de menores que es la violación del derecho de custodia, que será tratado a continuación.

El Reglamento Bruselas II bis, también indica que debe entenderse por traslado o retención ilícita del menor en su artículo 2.11 coincidiendo con la definición dada por el artículo 3 del Convenio de la Haya anteriormente mencionado, estableciendo que el menor debía tener la residencia habitual¹⁴ en un Estado Miembro inmediatamente antes de su traslado o retención.

residencia a España, era aplicable la legislación Suiza, la cual le atribuía tanto la custodia del menor como la patria potestad exclusiva, siendo conforme a la legislación aplicable el traslado de residencia totalmente legal. La audiencia apoya esta decisión en el artículo 3.5 del Convenio de la Haya y también se apoya en que en este caso el demandante solicita en su demanda la custodia del menor, por ser más beneficioso para el mismo el continuar residiendo en Suiza y no en dejar sin efecto el traslado por ser este ilícito.

¹² La residencia habitual, deberá de ser determinada por el órgano jurisdiccional en cada uno de los casos que se le planteen. La resolución del comité de Ministros del Consejo de Europa para la unificación de domicilio y de residencia, de 18 de enero de 1972, establece una serie de pautas, al establecer que *“la residencia se determina en base a criterios de hecho y no en función de una autorización de residencia y que para determinar su habitualidad habrá de tenerse en cuenta su duración, su continuidad y cualquier otro hecho que revele lazos estables entre una persona y un lugar”*. Resolución (72) 1, Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de enero de 1972, durante la 206 reunión de los Delegados de los Ministros.

El Tribunal de justicia, en diversas ocasiones lo ha definido como *“el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hechos constitutivos”*. Definición elaborada en la STJCE del 1 de septiembre de 1994, C-452/93, asunto Pedro Magdalena Fernández.

¹³ Criterio que ha sido tratado en sucesivas ocasiones por la jurisprudencia, como por ejemplo en la Sentencia de la Audiencia provincial sección nº decimotercera de Barcelona, nº 573/2013, de 1 octubre del 2013, Roj: SAP B 11168/2013 - ECLI: ES:APB:2013:11168, o en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 28 Septiembre del 2012, nº 186/2012, Roj: SAP NA 1284/2012 - ECLI: ES:APNA:2012:1284.

¹⁴ Conforme al Reglamento 2201/2003, la residencia se determina en función del lugar donde el menor está integrado tanto familiar como socialmente. En la STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU, B. Mercredi y R. Chaffe establece que *“importa ante todo la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro*

En este sentido, se ha de decir que conforme a la STJUE de 9 de octubre de 2014, si el menor ha sido trasladado, conforme a una sentencia provisional que posteriormente es revocada por otra resolución judicial que fija la residencia en el domicilio del progenitor del Estado Miembro de origen, la no restitución a dicho Estado Miembro tras esta segunda resolución se considerará ilícita.

Dentro de la anterior característica, se puede analizar de una manera algo más profunda, qué es el derecho de custodia que se vulnera mediante este acto.

El convenio de la Haya, en su artículo 5, establece el contenido mínimo de este derecho, incidiendo en el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.

Son diversos los supuestos en los que se puede vulnerar este derecho de custodia, pudiendo incurrir también en un supuesto de sustracción internacional de menores, el progenitor que ostenta la guarda y custodia de dicho menor, en el caso de que corresponda a ambos progenitores la facultad de decidir cuál va a ser la residencia del menor¹⁵, vulnerándose en este caso, el derecho de visitas correspondiente al progenitor no custodio.

Pero también puede ser vulnerado este derecho por el progenitor no custodio que ostenta el derecho de visitas, el cual aprovechando un periodo de visita traslada al menor a otro país.

También se vulnera en el caso en el que ambos progenitores ejercen conjuntamente la custodia, ya sea por mandato imperativo o legal y uno de ellos traslada al menor a otro país, privando al otro progenitor de su derecho de custodia.

permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable?. Determinado en el caso de menores “*por la persona o las personas de referencia con las que vive el menor, que lo guarda efectivamente y cuidan de él*”.

¹⁵ Supuesto previsto en la Circular 6/2015, de 17 noviembre de 2015, al igual que es tratado en numerosas sentencias, pudiendo hacer referencia por ejemplo a la Sentencia 88/2012 de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección decimoctava, de 23 de abril de 2012, Roj: AAP B 3766/2012 - ECLI: ES:AP B:2012:3766A o en la Sentencia de la Audiencia de Barcelona, de 1 de septiembre de 2010, nº 510/2010, Roj: SAP B 6633/2010 - ECLI: ES:APB:2010:6633, etc.

Por último también puede ser vulnerado, cuando la custodia que se atribuye a uno de los progenitores, está limitada judicialmente, no pudiendo el menor ser trasladado sin el consentimiento del otro progenitor o de una autorización judicial¹⁶.

Se puede afirmar, que conforme a lo establecido en la Circular 6/2015, el concepto de derecho de custodia utilizado por el convenio “*es un concepto autónomo. El informe explicativo declara que para determinarlo debe de estarse al Derecho de la residencia habitual del menor*”.

Dicho Informe en su punto 81 dice que es indiferente quien sea el sujeto activo de dicha acción, dado que alcanza no solo a los progenitores, sino también a otros miembros de la familia, ateniéndose a un concepto amplio de familia.

El reglamento Bruselas II bis, también indica en el artículo 2.9 que debe entenderse por derecho de custodia, copiando de manera prácticamente literal lo establecido por el Convenio, pero como acabamos de decir, al ser este un concepto autónomo, en este caso para determinarlo se deberá estar al derecho de la Unión Europea¹⁷ y no al derecho del Estado de la residencia habitual del menor, como consecuencia del principio de igualdad entre los estados miembros y de la aplicación uniforme del derecho de la Unión Europea.

Antes de finalizar este punto, se ha de decir que la sustracción internacional de menores, es un fenómeno que no se debe a una única causa, ni como dicen algunos autores, es reconducible a un único tipo sociológico-jurídico. A pesar de que intervengan en dicha acción múltiples factores, personales, sociales, jurídicos, etc., puede afirmarse que hay una serie de causas que inducen a que esta se lleve a cabo¹⁸.

¹⁶ Supuesto que es tratado en diversas sentencias, como por ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas sección 3ª, de 3 de marzo de 2008, sentencia nº 54/2008, Roj: AAP GC 301/2008 - ECLI: ES:APGC:2008:301A o en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de febrero de 2014, sentencia nº 101/2014, Roj: SAP B 3464/2014 - ECLI: ES:APB:2014:3464.

¹⁷ Tal y como establece la STJUE 5 de octubre de 2010 “*una disposición del Derecho de la UE que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros debe ser interpretada en relación con su sentido y alcance, teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretenda alcanzar*”. Conforme a lo dicho por CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCONA GONZALEZ, Javier, en su obra “Derecho internacional Privado. Tomo II”, Granada, Comares, 2016, 16ªed.

¹⁸ Para el establecimiento de las causas, nos hemos basado en las establecidas por RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. Pp.2-4 Y las establecidas en el libro de CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, CARRASCONA GONZALEZ, Javier, en su obra Derecho Internacional Privado. Tomo II. 16 ed. Granada, Comares. 2016. Pp. 545

La primera de ellas es la ruptura de los matrimonios entre personas de distinta nacionalidad y cultura, este ha aumentado en los últimos años por varios factores como la globalización, la inexistencia de fronteras o la inmigración. Siendo muy frecuente en estos matrimonios el divorcio o la separación de los cónyuges, como consecuencia en gran medida de las diferencias culturales existentes y de la distinta interpretación que realizan ambas partes de instituciones como la familia. Tendiendo cada uno de los progenitores tras esta crisis matrimonial a retornar a su país de origen. Dentro de esta causa se podría incluir otra, como es la facilidad existente a la hora de separarse o divorciarse y la normalización de dicho estado civil.

La segunda es la movilidad inter-estatal, el avance de las tecnologías, nos permite comunicarnos de manera inmediata con cualquier punto del mundo y también que en unas pocas horas nos encontremos en otro país, como consecuencia de los medios de comunicación veloces. A esto sumamos el rápido paso fronterizo, permitiéndonos el atravesar fronteras sin control policial, o cuando este exista mediante, el Documento Nacional de Identidad, sin necesidad de pasaporte o mediante el pasaporte familiar.

La tercera es la presencia de violencia de género, actualmente más del 70% de las sustracciones internacionales, se da por las madres de los menores y cuya custodia les ha sido otorgada. La actuación de estas mujeres se da como consecuencia de la situación de violencia y abusos que sufre por parte del padre del menor, al cual le ha sido otorgado el derecho de visitas del menor.

La cuarta es el nacionalismo judicial, este puede ser visto desde dos puntos de vista. Por un lado los tribunales del país en el que se interpone la demanda de separación o divorcio, suelen atribuir la custodia al progenitor que ostenta la nacionalidad de dicho estado, con la creencia de que el menor estará más cuidado o recibirá una mejor educación en dicho país, provocando resoluciones que no siempre se ajustan al interés superior del menor.

Por otro lado el progenitor al que no se le ha atribuido la guarda y custodia sino un derecho de visita, pretende modificar tal situación mediante la sustracción internacional, intentando legalizar la situación de guarda y custodia en el país al que el menor ha sido trasladado, coincidiendo este con el país de nacionalidad del progenitor sustractor.

Tal y como se establece en la Circular 6/2015, por nacionalismo judicial se entiende *“la tendencia a amparar al sustractor por parte de las autoridades de su misma nacionalidad, por entender que en el país de recepción va a estar mejor”*.

Por último, el transcurso del tiempo, no debemos olvidar una de las causa más importantes y con una gran influencia significativa en la sustracción internacional de menores, como es el transcurso del tiempo. Los procedimientos judiciales se caracterizan por su lentitud y duración, durante ese tiempo, el menor objeto de la sustracción se va integrando en el nuevo país de residencia, lo que hace que en muchas ocasiones la restitución al lugar de residencia habitual inmediatamente anterior a la sustracción, no sea lo más beneficioso para este en ese momento, acorde al interés superior del menor sustraído.

2.2. Concepto de interés superior del menor.

Se ha de partir de la idea de que el principio de interés superior del menor era un concepto jurídico indeterminado. A pesar de ello, el principio ante el que nos encontramos es un principio esencial, principio orientador, principio que informa todas y cada una de las disposiciones que se han adoptado en relación con la protección del menor¹⁹.

En este sentido se ha de decir que es comúnmente aceptado por la doctrina, que como principio informador, *“no puede prescindir de una cierta flexibilidad en su concreción, de manera que deberán ser los jueces quienes, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, delimiten su alcance”*²⁰.

Dada la importancia del mismo, era esencial que este fuese dotado de contenido. Para favorecer la delimitación del principio de interés superior del menor y dotarlo de dicho contenido, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modifica el contenido del artículo 2²¹ de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor.

¹⁹ Vid. BORRÁS, Alegría “El “interés superior del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, RJC, vol.93, nº4, 1994, pp. 915-967.

²⁰ VAQUERO LÓPEZ, Carmen “Nuevas normas de Derecho Internacional Privado Estatal en materia de protección de adultos y menores”. AEDIPr, t. XVI, 2016, pp. 395-414.

²¹ De esta manera, se incorpora la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años y los criterios de la Observación General nº14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de las Naciones Unidas de Derechos del Niño, *“sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”*.

Mediante esta modificación se refuerza y desarrolla el derecho del menor a que su interés sea prioritario, dado que como concepto jurídico indeterminado este ha sido objeto de diversas interpretaciones.

Tal y como se establece en el apartado segundo del preámbulo la Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se la está dotando al concepto de un triple contenido.

En primer lugar, este se configura como un derecho sustantivo, en el sentido de que los intereses del menor deben de ser ponderados y evaluados en cada caso antes de adoptar una decisión que le concierne. Dicha decisión debe de ser motivada con la finalidad de tener un conocimiento de si ha habido una correcta aplicación del principio y los motivos que han llevado a adoptar dicha decisión²².

En segundo lugar, este es un principio general de carácter interpretativo, en el sentido de que si una norma jurídica puede ser interpretada de diversas maneras, ha de optarse por aquella interpretación, que responda mejor al interés superior del menor. A demás y en tercer lugar, es una norma de procedimiento.

Esta triple dimensión, que se le da al interés superior del menor, tiene por finalidad, garantizar el *“respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”*.

Mediante este amplio artículo 2, el legislador establece una serie de criterios que han de ser tenidos en cuenta, de cara a determinar el interés superior del menor, al igual que establece una serie de elementos los cuales requieren de ponderación con la misma finalidad que los anteriores. Por lo que podemos afirmar que atendiendo a las circunstancias, deberán de ser los jueces los que delimiten su alcance²³.

²² La exigencia de una motivación en la decisión adoptada, se encuentra recogida en el apartado II del preámbulo de la Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección de la infancia, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre (comentada posteriormente), ECLI:ES:TC:2008:176 y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2016, de 1 de febrero del 2016, ECLI:ES:TC:2016:16, donde se establece la necesidad de una *“decisión suficientemente motivada que refleje un examen eficaz de las causas alegadas como excepción al retorno del menor”*

²³ PÉREZ VERA, Elisa Vid. “El derecho de protección de los menores”, *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, Pp.1309 denunciando está en su texto que las decisiones deben de ser tomadas en cuenta sin que estas se traduzcan en manifestaciones de las particularidades culturales o sociales de una comunidad nacional determinada.

Como ya se ha dicho anteriormente, este principio inspira todas las disposiciones adoptadas en relación con la protección del menor, por ello y en la tónica habitual seguida en el trabajo, se ha de hacer referencia, por ejemplo, al Convenio de la Haya, el cual asume dicho principio en su preámbulo, al establecer que *“el interés del niño es de una importancia primordial”*, estableciendo que este principio debe ser entendido como el derecho que tiene el menor a no ser desplazado o retenido *“en nombre de reclamaciones más o menos discutibles sobre su persona, con el fin de proteger los derechos de los menores al respeto de su equilibrio vital”*²⁴.

Pero en realidad lo que más nos interesa es que a través del nuevo procedimiento de sustracción internacional de menores, regulado en el nuevo Capítulo IV de la LEC, artículos 778 quáter a 778 sexies, dentro de las mejoras sustanciales que se introducen, la que más nos interesa al hablar del interés superior del menor, es el principio de celeridad en el que se basa el procedimiento, y sobre todo el recurso de apelación con carácter suspensivo y de carácter preferente, que en este nuevo procedimiento se regula, garantizando de esta manera el interés superior del menor, dada la rapidez con la que se debe dictar la resolución en segunda instancia, como así mismo, la permanencia del menor en el lugar al que se le haya trasladado o en el que se encuentre, hasta que definitivamente finalice el procedimiento y se resuelva el recurso²⁵.

Para finalizar con este epígrafe, creo conveniente hacer referencia a la jurisprudencia más reciente, aunque antes de nada se ha de decir que mediante este artículo que recientemente ha sido modificado, tal y como establece C. Vaquero López, se evitará la interpretación contradictoria de dicho principio, evitando a su vez situaciones como las que dieron a lugar la reciente sentencia dictada por el Tribunal Constitucional²⁶.

Dicha sentencia se dicta como consecuencia de la interposición de un recurso de amparo contra el auto pronunciado por la Audiencia Provincial de Madrid, en el marco de un proceso de restitución de un menor trasladado a España por su madre desde Suiza, lugar en el que tenía su residencia habitual²⁷. El juez de instancia no tuvo en consideración, que

²⁴ Conforme a lo establecido por la Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fiscalía General del Estado. Memoria 2016.

²⁵ VAQUERO LÓPEZ, Carmen “Nuevas normas de Derecho Internacional Privado Estatal en materia de protección de adultos y menores”. AEDIPr, t. XVI, 2016, pp. 395-414.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, 16/2016, de 1 de febrero 2016 (BOE número 57, de 7 de marzo de 2016)

²⁷ El Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, se formula por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso con todas las garantías, invocándose la vulneración del principio

como consecuencia de la dilación del proceso, la menor se había integrado en su nuevo entorno, por lo que al ordenar la restitución del menor, se estaba vulnerando el principio del interés superior del mismo.

El Tribunal Constitucional establece que *“la situación de integración de la menor, por exigencia del principio del interés superior de la misma, impondría una valoración omitida en la resolución impugnada, que ponderase el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual”*.

Por último, se realiza el análisis de la jurisprudencia más reciente dictada en el ámbito de la sustracción internacional de menores, procediéndose al análisis de lo establecido en las mismas en relación al interés superior del menor.

Conforme a lo establecido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, 1/2017²⁸, el principio del interés superior del menor, informa todo el ordenamiento jurídico, estableciendo a su vez que *“opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora sobre la guarda y custodia del menor, cediendo el interés de los progenitores al de este”*²⁹.

Indicando a su vez en la sentencia que este principio debe guiar cualquier medida que sea adoptada ante la ruptura de la convivencia entre los progenitores³⁰. La sentencia finaliza

del interés superior del menor. Vid. FLORES RODRÍGUEZ, Jesús “La integración en el nuevo medio como causa de denegación de la restitución en la sustracción internacional de menores. Comentario a la STC 16/2016, de 1 de febrero (recurso de amparo 2937-2015)”. *La ley Derecho de familia* nº10, 2016. Pp. 1-8

²⁸ SAP sección nº 2 de Zaragoza, 1/2017, de 9 de enero de 2017, Roj: SAP Z 53/2017 – ECLI:ES:APZ:2017:53. Sentencia en la que se resuelve el supuesto en el que la menor ha sido trasladada a Zaragoza por la madre, aprovechándose de un viaje con esta a Brasil, oponiéndose dicha menor a su restitución a Argentina. El tribunal indica que su opinión ha de ser tenida en cuenta, respondiendo esta a un criterio razonable y sin influencias, aunque la voluntad del menor no es determinante este es relevante, valorándose junto al resto de factores. Una vez que el tribunal ha tenido en cuenta todos los factores y ha realizado ponderación de todos los criterios, desestima el recurso, confirmando la sentencia recaída en primera instancia, que había sido apelada, la cual establecía que *“no obstante ser ilícito el traslado llevado a cabo por la demandada, Dña. Justa, acuerdo en interés de la menor, Rosa María, no haber lugar a la restitución de la misma”*

²⁹ En este sentido hace referencia a lo declarado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 176/2008 de 22 de diciembre del 2008 ECLI:ES:TC:2008:176 y del 7 de octubre del 2012. *“Esto es lo que dice la Sentencia del TSJA de 21-12-2012, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Convención de los derechos del Niño de 20-11-1999, recomendación de la 14 Carta Europea de los Derechos de la Infancia de 21-09-1992, Artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, Artículo 11.2 LO de Protección del menor de 15-01-1996 y Artículo 3.3ª y c.4,13,21,46.i de la Ley 12/2001 de 2 de julio de la Infancia y la Adolescencia de Aragón y artículos concordantes del CFA.”*

³⁰ Haciendo referencia a lo establecido por la sentencia del Tribunal Supremo del 12 de mayo de 2012.

con la cita del anteriormente enunciado artículo 2 de la Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

Por otro lado, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, 107/2017³¹, para comenzar a realizar una ponderación del interés superior del menor, en un primer momento hace referencia a la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2016, estableciendo que las medidas que se adopten concernientes a los menores, ya sean adoptadas tanto por parte de instituciones privadas como públicas, han de evaluarse en función del principio del interés superior del menor.

La apelante reprocha el déficit de motivación sobre las circunstancias concurrentes, las cuales sirven para valorar la adecuación de la medida adoptada, centrándose en este caso la argumentación a la ilicitud del traslado. El tribunal hace referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre, para justificar la necesidad de esta argumentación, estableciendo *“se echa en falta una adecuada ponderación del principio del prioritario interés de los menores que identifique los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada”*.

Por último otro aspecto destacable de dicha sentencia es la referencia que se realiza a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2016, en la que destaca que el concepto del interés superior del menor ha sido desarrollado, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones, por la Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³², estableciendo que *“se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, se protegerá la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y efectivas, se ponderará el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...y a que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite mas derechos de los que ampara”*.

³¹ SAP Sección nº 4 A Coruña, numero 107/2017, de 24 de marzo de 2017, Roj: SAP C 478/2017 – ECLI: ES:APC:2017:478. Sentencia que resuelve un supuesto de sustracción internacional de dos menores por parte de su madre, trasladándolos a España. Esta tenía atribuida la guarda y custodia, aunque ambos progenitores disponían del ejercicio conjunto de las responsabilidades paternas. Promoviendo el padre ante las autoridades Portuguesas la solicitud de retorno de los niños de manera inmediata, a pesar de ello y como consecuencia de la dilación del procedimiento, se produce la integración de los menores en su nuevo medio, revocando la audiencia la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia, acordando la desestimación la demanda y denegando la solicitud de restitución de los menores.

³² Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 175, de 23 de julio de 2015.

La Audiencia Provincial de la Coruña, se pronuncia en este sentido, porque como consecuencia de las dilaciones sufridas por el procedimiento, los menores se integraron adecuadamente en su medio, por lo que el regreso inmediato a Portugal rompería la estabilidad, que tanto la integración como el marco de relaciones sociales y familiares les ha proporcionado.

Para finalizar, tenemos que hacer referencia a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, 29/2017³³, en esta sentencia, el Tribunal en reiteradas ocasiones establece que se ha de decidir, conforme al interés superior del menor, puesto que el menor ya se había integrado en su nuevo medio, haciendo referencia en un primer momento a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional 16/2016 y el artículo 12 del Convenio de la Haya, estableciéndose que ya ha transcurrido un año desde la sustracción del menor y el inicio del procedimiento, no pudiendo esta demora en la restitución menoscabar el interés superior del menor, e impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio.

También en esta sentencia se establece que *“se ha de tener en cuenta el respeto y protección del interés superior del menor a la hora de decidir sobre su nueva situación”*.

En la misma se hace referencia a otras sentencias dictadas por nuestros tribunales como la sentencia 534/2014, de 20 de octubre, estableciéndose literalmente *“es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de ese interés”*.

Por lo que el tribunal tal y como establece, dicta sentencia, aplicando la doctrina existente en esa sala y realizando una ponderación de los elementos concurrentes con la finalidad de actuar, conforme al interés superior del menor.

³³ Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, sala de lo civil, nº 29/2017, el 18 de enero de 2017, Roj: STS 166/2017 – ECLI:ES:TS:2017:166. Sentencia que resuelve el Tribunal supremo frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, frente a la que se interpone un recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, ante un supuesto en el que la madre se ha trasladado con la menor a España desde Suiza, en este caso el padre lo que hace es interponer una demanda solicitando la custodia de la menor y no como dice la Audiencia la declaración de ilicitud del traslado. El Tribunal supremo no admite el recurso extraordinario por infracción procesal y desestima el recurso de casación interpuesto, fundamentando su decisión en el interés superior del menor, dado que el cambio de custodia no beneficiaría al mismo tal y como se establece en la sentencia *“alteraría sus costumbre y hábitos ya adquiridos, su escolarización e idioma, teniendo en cuenta que lleva más de dos años residiendo en Alicante”*.

2.3. Marco jurídico general e Instrumentos internacionales.

A continuación se realizará un breve análisis de los textos convencionales existentes en la materia de la sustracción internacional de menores. Pero antes de comenzar con el análisis de estos es interesante comenzar diciendo que, todo menor tiene derecho a mantener un contacto directo y relaciones personales con sus progenitores, derecho que es el pilar básico de la estructura normativa establecida en el ámbito de la sustracción internacional de menores³⁴.

Este derecho del menor es reconocido tanto a nivel internacional en la Convención de los Derechos del Niño, en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, como a nivel interno, en la Constitución y en el Código Civil.

2.3.1. Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980³⁵.

Nos encontramos ante el instrumento internacional de mayor importancia en el ámbito de la sustracción internacional de menores, siendo cada vez más estados los que forman parte del mismo. Este convenio que parte del principio de interés superior del menor, y que tal y como establece este es de una *“importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”*.

El procedimiento establecido por el mismo, se regirá no solo por el principio del interés superior del menor, sino también por el principio de celeridad, estableciéndose el plazo de 6 semanas para resolver el procedimiento; prohibición de decisión sobre el fondo (tal y como será explicado a continuación) y principio de especialización, dada la necesidad de

³⁴ Afirmación que podemos realizar, conforme a lo establecido por la Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fiscalía General del Estado. Memoria 2016.

³⁵ Publicado en el BOE nº 202, de 24 de agosto de 1987. A pesar de que con carácter general este convenio entro en vigor el 1 de diciembre de 1983, para España, entro en vigor el 1 de septiembre de 1987.

que se produzca la especialización de los “operadores jurídicos para asegurar la correcta utilización de los mecanismos convencionales”³⁶.

La finalidad perseguida por este la encontramos plasmada en el artículo 1, donde se establece que se pretende garantizar la restitución inmediata del menor objeto de traslado o sustracción internacional, velando a su vez por los derechos de visita que estén vigentes en uno de los estados miembro.

Por lo tanto se puede afirmar, que el presente Convenio no regula cuestiones de a quien le corresponde la custodia o al reconocimiento de decisiones, sino que este se ocupa, de la restitución inmediata.

Tal y como ya se ha establecido con anterioridad, el propio Convenio establece cuando considera ilícito el traslado o la retención³⁷, por lo que ahora debemos proceder al análisis de los aspectos más destacables de dicho Convenio, debiendo comenzar por el ámbito de aplicación del mismo.

Será aplicable a aquellos menores de 16 años, que hayan tenido su residencia habitual en un Estado contratante, inmediatamente antes de la sustracción o retención internacional³⁸.

El Convenio se basa en un sistema de Autoridades Centrales a las cuales se les impone la obligación de colaborar entre si y promover la colaboración ente Autoridades Competentes. Siendo cada uno de los Estados los que designarán dicha Autoridad Central³⁹.

Otro aspecto a destacar es que nos encontramos ante un sistema de plazos, en el sentido de que conforme a lo establecido en el artículo 12, se ordenará la restitución inmediata del menor al lugar de residencia habitual, si no ha transcurrido un periodo de tiempo superior a un año desde que se produjo la sustracción internacional hasta la interposición de la

³⁶ Necesidad indicada en las reuniones de las Comisiones Especiales de Seguimiento de la aplicación del Convenio, conforme a lo establecido en la Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

³⁷ Consideración tratada previamente en el punto anterior denominado “concepto de sustracción internacional de menores y causas”.

³⁸ Estamos haciendo referencia al ámbito de aplicación subjetivo, el cual se encuentra regulado en el artículo 4 del Convenio e la Haya. En el propio artículo se establece que “*el Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años*”.

³⁹ Vid. Artículos 6 y 7 del Convenio de la Haya de 1980.

demanda de restitución. Por el contrario si dicho periodo de tiempo es superior a un año, y el menor se ha integrado en el nuevo entorno⁴⁰, no procederá, dicha restitución.

Aunque con independencia del tiempo que haya transcurrido, podrá denegarse la restitución si se demuestra la existencia de alguno de los motivos alegables de denegación a la restitución previstos en el artículo 13.

Por último, se ha de decir, que el órgano jurisdiccional competente, no se pronunciará sobre la custodia como cuestión de fondo, hasta que se haya determinado que el menor ha de ser restituido o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda de restitución de conformidad a lo establecido en el Convenio.

2.3.2. Reglamento Bruselas II bis 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁴¹.

Este Reglamento es de aplicación directa y prioritaria frente al Convenio de la Haya entre los países miembros de la Unión Europea, pero también es un instrumento de *“carácter general y unificador”*⁴². A pesar de lo que se acaba de decir se aplicará subsidiariamente el Convenio de la Haya.

⁴⁰ Tal y como establece FERNANDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto “Derecho Internacional Privado” Novena Edición. Ed. Aranzadi Cizur Menor, 2016 Pp. 409, el Tribunal Constitucional en su sentencia 16/2016, de 1 de febrero 2016 (BOE número 57, de 7 de marzo de 2016) *“ha elevado el interés del menor y, en concreto, la ausencia de adecuada valoración de la integración del menor a la categoría de un canon constitucional que justifica el amparo en virtud del artículo 24 de la Constitución”*.

⁴¹ Mediante este Reglamento denominado también Reglamento Bruselas II bis, se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. Publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea el 23 de diciembre de 2003, nº 338. Siendo de aplicación en todos los países de la Unión Europea, excepto Dinamarca, a partir del 1 de marzo de 2005. GONZALEZ VICENTE, Pilar “la sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº II, 2007, págs. 67-124.

⁴² Conforme a lo establecido por la Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fiscalía General del Estado. Memoria 2016.

El Reglamento se encuentra informado por el principio de interés superior del menor⁴³, por el principio de celeridad⁴⁴ y por el principio de cooperación entre las autoridades, procurando la creación de un verdadero espacio Europeo.

Mediante el presente Reglamento se pretende conseguir el retorno inmediato del menor y el establecimiento de una confianza en el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de los Estados Miembros de la Unión Europea, mediante la eliminación del exequátur.

Hemos de proceder al análisis del Reglamento, comenzando por el ámbito de aplicación, donde a pesar de que este no regula la edad máxima hasta la que puede ser objeto de sustracción el menor, parece lo más razonable que no se aplique mas allá de los 16 años⁴⁵, teniendo dicho menor, a demás, que residir habitualmente en un Estado miembro de la Unión Europea, con independencia de la nacionalidad que este tenga, siendo aplicable únicamente en el caso de que el menor haya sido sustraído y llevado de un Estado miembro a otro, es decir en palabras de la Circular, únicamente será aplicable a “*secuestros intracomunitarios*”.

También el Reglamento establece, conforme a lo dicho en el punto anterior denominado “concepto de sustracción internacional de menores y causas”, cuándo el traslado o retención del menor es ilícito.

Dentro del Reglamento los órganos jurisdiccionales del lugar de residencia habitual del menor trasladado mantendrán la competencia⁴⁶ hasta que el menor adquiriera una residencia

⁴³ Tal y como ha sido afirmado por la Audiencia Provincial de Madrid, secc.22ª nº 177/2007, de 3 de julio de 2007, Roj: AAP M 8637/2007 - ECLI: ES:APM:2007:8637ª.

⁴⁴ Con referencia a este principio podemos hacer referencia a lo establecido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga secc.6ª, nº 463/2007, de 11 de septiembre, Roj: SAP MA 2052/2007 - ECLI: ES:APMA:2007:2052

⁴⁵ Entendiéndose que existe una remisión tacita al Convenio de la Haya del 80, conforme a lo establecido en la Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fiscalía General del Estado. Memoria 2016.

⁴⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 10 del Reglamento y lo dicho por el Tribunal de la Unión Europea el 1 de julio de 2010 en la sentencia C-211/10, Caso *Povse vs. Alpago*.

habitual en el otro Estado y se cumpla alguno de los requisitos establecidos en el artículo 10 del reglamento⁴⁷.

No decidiendo, los tribunales del lugar donde el menor haya sido trasladado sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia, hasta que se haya determinado que el menor ha de ser trasladado o no, o hasta que haya transcurrido un tiempo razonable⁴⁸.

También cabe destacar que serán de aplicación los motivos alegables de denegación de la restitución recogidos en el Convenio de la Haya, a excepción del recogido en el artículo 13b de dicho Convenio, dado que en caso de grave riesgo, si se demuestra que han sido adoptadas las medidas que garanticen la protección del menor tras su restitución por parte de los órganos jurisdiccionales, no podrá denegarse, la restitución de este por parte de los órganos jurisdiccionales⁴⁹.

Por último se ha de decir que, con carácter general, el procedimiento de restitución sigue el procedimiento establecido en el Convenio de la Haya, con la excepción de alguna modulación del mismo, introducidas por el artículo 11 del Reglamento, como por ejemplo que no se podrá denegar la restitución del menor si no se ha dado audiencia a la persona que solicitó la misma.

⁴⁷ Los requisitos que han de cumplirse conforme al artículo 10 del Reglamento son que “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”.

⁴⁸ Conforme a lo establecido en el artículo 16 del Convenio de la Haya, art 16. Vid AAP Almería, secc.3º, nº 74/2008, de 9 de junio.

⁴⁹ Conforme a lo establecido en el apartado 4 del artículo 11 del Reglamento. Vid. SAP Málaga, secc. 6ª nº 588/2012, de 13 de noviembre de 2012, Roj: SAP MA 2549/2012 - ECLI: ES:APMA:2012:2549, en cambio puede darse que el Estado requirente, de residencia habitual no hada adoptado estas pudiendo en ese caso ser denegada la restitución Vid. SAP Málaga secc.6º, nº 463/2007, de 11 de septiembre2007, Roj: SAP MA 2052/2007 - ECLI: ES:APMA:2007:2052.

2.3.3. Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de la custodia⁵⁰.

Complementario del anteriormente analizado Convenio de la Haya, pudiendo ser invocada la aplicación conjunta de ambos siempre y cuando los países hayan ratificado ambos convenios y se den las circunstancias previstas, aunque las autoridades españolas suelen optar por la aplicación del Convenio de la Haya, como consecuencia de que ha sido ratificado por un mayor número de países⁵¹.

Para comenzar con el análisis del mismo, se ha de decir, que tal y como se puede percibir en su denominación, este se centra en el reconocimiento y la ejecución de las decisiones dictadas en otros estados que forman parte de este⁵², con la mayor rapidez posible, contemplando en supuestos excepcionales la devolución inmediata. Este pretende agilizar al máximo el procedimiento de exequátur⁵³, frente al exequátur normal.

El Convenio será de aplicación en los supuestos de sustracción o traslado ilícito de menores de 16 años, estableciéndose en este, en el artículo 1, cuando un traslado será considerado ilícito, distinguiendo entre distintas formas de sustracción ilícita, con la finalidad de darles un tratamiento diferente.

Al igual que en los anteriores, también se prevén una serie de excepciones que pueden ser interpuestas ante las reclamaciones de restitución del menor, contempladas en el artículo 8 y siguientes, aunque si han transcurrido seis meses desde que el menor fue sustraído, las posibilidades de excepcionar dicha restitución se amplían⁵⁴.

⁵⁰ Convenio Número 105 del Consejo de Europa, hecho en Luxemburgo el 20 de Mayo de 1980. Instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1984, publicado en el BOE número 210, de 1 de septiembre de 1984.

⁵¹ Conforme a lo establecido por la Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

⁵² Estableciéndose en el artículo 7 que *“las resoluciones relativas a la custodia en un Estado contratante se reconocerán cuando sean ejecutorias en el Estado de origen”*

⁵³ En este sentido, el artículo 14, establece *“Todo Estado contratante aplicará un procedimiento simple y rápido para el reconocimiento y la ejecución de una resolución relativa a la custodia Cuidará a tal efecto de que la petición de «exequátur» pueda efectuarse mediante simple instancia”*.

⁵⁴ Conforme a lo establecido en el artículo 10 del Convenio de Luxemburgo de 1980.

Por último, se ha de decir que el Convenio “*se estructura sobre un procedimiento simple, rápido y gratuito, así como sobre el principio de confianza entre los Estados*”, siendo necesaria la previa existencia de una resolución judicial que decida sobre la custodia.

2.3.4. Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derechos de custodia y derecho de visita y devolución de menores⁵⁵.

Único convenio bilateral existente en la actualidad en materia de sustracción internacional de menores.

Aunque Marruecos se adhirió al Convenio de la Haya en el año 2010⁵⁶, este Convenio bilateral seguirá siendo de aplicación en los casos en los que esta norma sea más favorable con la finalidad de lograr el retorno del menor, protegiendo su interés superior

El ámbito de aplicación de este Convenio, lo encontramos recogido en el artículo 2 del mismo, dando este una importancia tanto a la edad como a la nacionalidad, al establecer que será de aplicación a los menores de 16 años que tengan la nacionalidad de uno de los dos estados.

Persigue un triple objetivo, conforme a lo establecido en el artículo 1 del Convenio, estos son, garantizar la “*devolución*” de los menores; reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales que hayan sido dictadas en materia de custodia y derechos de visitas y por último pretende favorecer el ejercicio del derecho de visitas.

Por último, y para la consecución de los objetivos, este Convenio también prevé un sistema de Autoridades Centrales, aunque los particulares podrán actuar por sí mismos al margen de estas.

Este Convenio, al igual que los anteriores, se basa también en el principio del interés superior del menor⁵⁷.

⁵⁵ Convenio hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 y publicado en el BOE número 150, de 24 de junio de 1997, entrando en vigor el 1 de julio de 1999.

⁵⁶ Marruecos se adhirió al Convenio de la Haya el 9 de marzo del año 2010, entrando en vigor el 1 de julio de ese mismo año.

3. EL NUEVO PROCESO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

3.1. Introducción.

Las leyes promulgadas en julio del 2015, han tenido efectos sobre el régimen de protección de menores, particularmente sobre las “medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”.

A través de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria⁵⁸, se introduce un nuevo capítulo en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Capítulo IV bis, denominado “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción Internacional”, entrando en vigor a partir del 23 de julio de 2015.

Este nuevo Capítulo se introduce en el Título I del Libro IV, derogando el procedimiento especial establecido hasta el momento, denominado “Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”, el cual se encontraba ubicado, en la Sección Segunda del Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en los artículos 1901 a 1909 de la LEC.

El procedimiento específico, vigente hasta el 2015, que se introdujo por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor para “*la sustanciación de las reclamaciones por parte de otros países parte de algún convenio internacional*”, se mantuvo en vigor hasta la reciente promulgación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁵⁹.

⁵⁷ En el artículo 9 de dicho Convenio, podemos ver como también se basa en el Principio de Interés Superior del Menor.

⁵⁸ En el preámbulo de la Ley 15/2015, punto XII, se establece, que esta “modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil sirve también para actualizar el procedimiento para el retorno de los menores en los casos de sustracción internacional, al objeto de asegurar una mejor protección del menor y de sus derechos”

⁵⁹ Tal y como se establece en la Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, se hizo caso de lo establecido por la Disposición Derogatoria Única de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se establecía que este “debía mantenerse en vigor hasta el dictado de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria”, mientras que, “la Disposición Final Decimoctava preveía que en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la LEC el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un proyecto sobre la Jurisdicción Voluntaria, previsión que dio a lugar al Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006 de Jurisdicción Voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil, que no llegó a ser aprobado”.

Mediante dicho procedimiento se hizo efectivo el mandato establecido en el artículo 2 del Convenio de la Haya, donde se establece que *“Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan”*.

Esta reforma moderniza el procedimiento, introduciendo mejoras sustanciales en el mismo. Con este se busca dar una celeridad al procedimiento, tanto en primera como en segunda instancia, dándose a lugar, a demás, una concentración en la jurisdicción, porque, como luego veremos se atribuye la competencia al juzgado de primera instancia, en cuya circunscripción se halle el menor, el cual tiene competencia en materia de derecho de familia. También se permite, que las partes se sometan a mediación en cualquier momento del proceso, incluyéndose a su vez, medidas cautelares y la comunicación directa entre las autoridades judiciales.

Mediante esta reforma se está otorgando un carácter contencioso al procedimiento de restitución del menor que ha sido trasladado o retenido ilícitamente, tal y como se establece en el preámbulo de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, *“esta reforma revisa la opción legislativa consistente en mantener esta materia dentro del campo de la jurisdicción voluntaria y fuera del ámbito propio de los procesos contenciosos de familia, pues se trata de procesos que poco tienen que ver con las normas relativas a la jurisdicción voluntaria. Por este motivo se aborda ahora su regulación como un proceso especial y con sustantividad propia”*.

Este nuevo procedimiento se ha convertido en un complemento esencial a lo regulado en los principales instrumentos internacionales de aplicación como son el Convenio de la Haya del 80 y el Reglamento Europeo, explicados anteriormente. Así mismo, gracias a esta reforma se está contribuyendo al cumplimiento de los objetivos perseguidos en dichos instrumentos internacionales, como por ejemplo, el de la rapidez en el procedimiento de restitución de dicho menor al país de residencia habitual, tal y como se establece en el artículo 11.8 del Reglamento 2201/2003 y en los preceptos del Convenio de la Haya de 1980.

Por último, hemos de decir, conforme a lo establecido en la Circular 6/2015, que en los *“procedimientos sobre sustracción ilícita son aplicables las peculiaridades procesales de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, y en concreto las señaladas en el art.752 LEC, sobre la inexistencia de preclusión para la alegación e introducción de hechos, en la investigación de oficio de la verdad material y en la plenitud de efectos del principio de libre valoración de la prueba”*.

3.2. Ámbito de aplicación y normas generales.

Tomando como referencia lo establecido en los artículos 778 quáter, quinquies y sexies de la LEC, se procede al análisis del nuevo proceso de sustracción internacional de menores.

3.2.1. Ámbito de aplicación.

Este procedimiento especial (establecido en la LEC) al que ya hemos hecho referencia en reiteradas ocasiones, será de aplicación cuando sea aplicable un Convenio internacional sobre sustracción internacional de menores, con independencia de cuál sea el Convenio, siempre y cuando haya sido suscrito por España, conforme a lo establecido en el artículo 778 quáter en su punto primero⁶⁰.

Pero, no solo se nos dice cuando será este de aplicación, sino que también nos indica en que supuestos no será aplicable dicho procedimiento, *“No será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional”*.

El legislador, ha disipado las discrepancias doctrinales existentes en cuanto al ámbito de aplicación del procedimiento especial, discrepancias, que se daban a lugar anteriormente con el régimen ahora derogado, donde algunos autores establecían que el procedimiento especial solo era aplicable cuando la demanda se encontraba amparada por el Convenio de la Haya.

Aunque no hemos de quedarnos únicamente con la idea de que al establecer el ámbito de aplicación del procedimiento, solo se han disipado dichas discrepancias, sino que también este hecho reviste importancia, porque de esta manera se ha atendido a la sugerencia realizada por el informe del Consejo Fiscal de 17 de diciembre de 2013 al anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en el que se solicitaba que se resolviera esta “duda”⁶¹.

⁶⁰ Esto que acabamos de decir, se encuentra recogido en el artículo 778 quáter en su primer punto, estableciendo este que “en los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo”.

⁶¹ A través de la circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hemos conocido las discrepancias doctrinales existentes al respecto, discrepancias

Antes de finalizar con el ámbito de aplicación, como hemos visto, en dicho artículo también se establecen los supuestos en los que no será de aplicación dicho procedimiento especial. Debiendo por ello indicar como se ha de actuar si nos encontramos ante uno de esos supuestos.

En ese caso, se deberá acudir al mecanismo general del exequátur y de cooperación judicial internacional, contenido en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación judicial internacional en materia civil y mercantil, siendo este de aplicación a los actos de comunicación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, así como a las comisiones rogatorias cuyo objeto sea la obtención y practica de la prueba.

Dicha ley designa a la Autoridad Central Española, siendo esta el Ministerio de Justicia, cuyas funciones serán desempeñadas por la Subdirección General de Cooperación Jurídica internacional⁶².

3.2.2. Tribunal competente.

Serán competentes los Juzgados de Primera Instancia de la capital de la provincia en cuya circunscripción se halle el menor, la competencia otorgada a dichos juzgados viene regulada en el punto segundo del artículo 778 quáter⁶³. Las dudas existentes en el procedimiento anterior, se disipan en la actualidad con la nueva regulación⁶⁴.

De esta manera se tiende a la especialización y a la concentración de la competencia, algo muy beneficioso, dada la complejidad de los procedimientos. Nuestro legislador ha optado

doctrinales superadas, gracias a la claridad con la que el legislador establece el ámbito de aplicación del procedimiento.

⁶² Funciones desempeñadas por esta, según lo previsto por el Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, conforme a su artículo 6.

⁶³ Los términos en los que se pronuncia el artículo 778 quáter, son: “En estos procesos, será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si lo hubiere y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda. El Tribunal examinará de oficio su competencia”.

⁶⁴ En el procedimiento anterior, a pesar de que el ya derogado artículo 1902, otorgaba, con una aparente claridad, la competencia al Juez de primera instancia en cuya demarcación judicial se hallare el menor que ha sido objeto de traslado o retención ilícita, existían dudas acerca del tribunal o del juez competente como consecuencia de la intervención en la mayoría de los casos del Abogado del Estado.

por seguir la línea establecida por La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya y la Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II, en las que se decía, que era necesario favorecer la especialización y la concentración de la competencia.

Con esta reforma, al concentrarse la competencia en los juzgados de familia, hará imposible el que se otorgue la competencia a un Juzgado de Violencia de Género, para conocer de un caso de sustracción internacional de menores. En el caso de que se otorgase la competencia a un Juzgado de Violencia de Género, se estaría rompiendo con la concentración de la competencia y se estaría actuando en contra de la voluntad del legislador⁶⁵.

Como veremos a continuación, este procedimiento se caracteriza por la urgencia y preferencia, es decir, se busca dar una celeridad al procedimiento, por ello, en el caso de que se inicien las actuaciones en días inhábiles se atribuirá la competencia al Juzgado de Guardia⁶⁶.

Antes de finalizar con este epígrafe se ha de decir, que no implicará automáticamente una modificación de la competencia, el supuesto en el que el menor fuera hallado en otra provincia a la indicada en la demanda. El juez en estos casos decidirá si continúa conociendo del asunto o por el contrario lo remite al tribunal que considere competente, siendo este el juzgado de la capital de la provincia donde el menor se hallare⁶⁷.

⁶⁵ Con la regulación anterior, podemos citar de algún supuesto, en el que se otorgó la competencia a los Juzgados de Violencia de Género, como por ejemplo es el caso el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, de 31 de marzo de 2015, sección 22ª, Roj: AAP M 142/2015 - ECLI: ES:APM:2015:142ª, como consecuencia de la incursión de las partes en un procedimiento penal por Violencia de Género.

⁶⁶ Se atribuye la competencia al Juzgado de Guardia, conforme a lo establecido en el artículo 70 de la LEC en relación con el artículo 42.5 del Acuerdo Reglamentario 1/2005, de 27 de abril del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, siempre que no exista dentro del Partido Judicial el servicio especial dentro de la jurisdicción civil que prevé el artículo 42.6 del Reglamento 1/2005/66.

⁶⁷ Poder realizar dicha afirmación, conforme a lo establecido en el artículo 778 quinquies punto tercero, párrafo segundo *“Si el menor fuera hallado en otra provincia, el Secretario judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas por el plazo de un día, dará cuenta al Juez para que resuelva al día siguiente lo que proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al Tribunal que considere territorialmente competente y emplazando a las partes para que comparezcan ante el mismo dentro del plazo de los tres días siguientes”*.

En estos casos, cuando de las circunstancias concurrentes pueda preverse un comportamiento fraudulento, con la finalidad de frustrar la celeridad del procedimiento, los fiscales promoverán la *perpetuatio iurisdictionis*⁶⁸.

3.2.3. Legitimación, postulación y partes.

Esta nueva normativa parte de una amplia legitimación, dado que conforme a lo establecido en el artículo 778 quáter en su punto tercero⁶⁹, se encuentran legitimados activamente, el titular de la guarda y custodia o del régimen de visitas, bien sea por sí mismo o a través de la Autoridad Central Española, o bien una persona designada por dicha autoridad. La legitimación pasiva la ostenta el autor del traslado.

Tanto la guarda y custodia, como el régimen de visitas, será interpretado conforme a lo dispuesto en el Convenio que sea aplicable⁷⁰.

Para referirnos a la postulación, hemos de acudir a lo establecido en el apartado cuarto del anteriormente citado artículo 778 quáter⁷¹, conforme a este, las partes deberán actuar

⁶⁸ Según lo establecido en la Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Por esta razón, Polonia es condenada en la STEDH de 8 de enero de 2003, dado que no fueron adoptadas sin dilación, todas las medidas, con el fin de ejecutar la orden de retorno de las menores y el derecho de visitas del progenitor demandante, se entiende por ello que se está llevando a cabo una violación del derecho al respeto de su vida familiar de dicho progenitor.

⁶⁹ El artículo 778 quáter, en su punto tercero regula que *“podrán promover el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad.”*

⁷⁰ El convenio de la Haya no define lo que es el derecho de custodia, sino que en su artículo 5, establece un contenido mínimo de dicho derecho, al establecer que este *“comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”* orientando cuales son los fines del convenio, en este caso se estaría violando también el derecho de visitas que le corresponde al progenitor no custodio. Tema sobre el que se ha pronunciado Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de septiembre de 2010, nº 510/2010, Roj: SAP B 6633/2010 - ECLI: ES:APB:2010:6633, también podemos hacer referencia a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de abril de 2012, nº 88/2012, Roj: AAP B 3766/2012 - ECLI: ES:AP B:2012:3766A y por último hacemos referencia Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 1 de octubre de 2014.

⁷¹ El artículo 778 quáter en su punto cuarto, contempla que *“Las partes deberán actuar con asistencia de Abogado y representadas por Procurador. La intervención de la Abogacía del Estado, cuando proceda a*

asistidas de abogado y representadas por un procurador. A diferencia del régimen anterior, es decir, del régimen de la LEC de 1881, donde sobre este punto se guardaba silencio y por interpretación de las normas generales de la jurisdicción voluntaria⁷², se decía que no era necesaria la representación por procurador ni la asistencia de letrado.

El Abogado del Estado, tal y como se nos dice en el artículo anteriormente mencionado 778 quáter en su punto cuarto, únicamente intervendrá a instancia de la Autoridad Central Española, hasta que el demandante comparezca asistido de abogado y procurador⁷³, por lo que este se personará siempre como parte demandante, procurando la restitución inmediata del menor, este representa al Ministerio de Justicia en los trámites procesales y a la Autoridad Central.

Por el contrario, el Fiscal será siempre parte en los procesos de sustracción de menores, conforme al artículo 749 de la LEC, en su apartado primero, donde se dice que *“aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada”*.

Conforme a lo establecido en la Circular 6/2015, el fiscal interviene como parte imparcial, guardián de la legalidad y de los derechos del menor, este a diferencia del Abogado del Estado no pretende conseguir el retorno del menor que ha sido trasladado ilícitamente, sino que se le encomienda asegurar el respeto del interés superior del menor, identificado con el retorno al lugar de procedencia, al lugar en el que tenía la residencia habitual y donde *“se ha quebrantado su status quo”*, debiendo realizar un minucioso examen de las circunstancias

instancia de la Autoridad Central española, cesará desde el momento en que el solicitante de la restitución o del retorno comparezca en el proceso con su propio Abogado y Procurador”.

⁷² Se establecía que no era necesaria la asistencia de letrado ni la representación de procurador, como resultado de la interpretación de los Artículos 10.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en relación con la disposición derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

⁷³ Podemos poner como ejemplo de la intervención del Abogado de Estado como parte demandante, la Sentencia dictada por la audiencia provincial sección nº2 de Zaragoza nº 1/2017, de 9 de enero de 2017, Roj: SAP Z 53/2017 – ECLI:ES:APZ:2017:53, en el que la parte recurrente es el Abogado del estado frente a la sentencia recaída en primera instancia en la que se desestima la solicitud de colaboración jurisdiccional internacional para la restitución de la menor. También podemos hacer referencia a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial sección nº 4 A Coruña, nº 107/2017 de 24 marzo de 2017, Roj: SAP C 478/2017 – ECLI:ES:APC:2017:478, en la cual la demanda es promovida por el Abogado del estado, cuya intervención cesó en el momento de la comparecencia del padre de los menores.

concurrentes, pudiendo esta exigir otra posición procesal. Por esta razón, el Fiscal se encuentra legitimado para interponer el recurso de casación en interés de Ley, pero también lo está para plantear las excepciones al retorno del menor contenidas en los artículos 13 y 20 del Convenio de la Haya del 80, al igual que lo está para apelar la resolución que decida sobre la restitución del menor, o para proponer prueba por el fin de determinar si concurren o no tales excepciones o promover la adopción de medidas cautelares, actuando en cada momento con el fin de proteger el interés superior del menor.

3.2.4. Carácter del procedimiento.

Para hablar del carácter del procedimiento, podemos hacer referencia, a lo establecido sobre el mismo, por los Convenios Internacionales que revisten de mayor aplicabilidad para los casos en los que se pretenda la restitución de un menor y, como ya se dijo con anterioridad, para el caso de que siendo estos aplicables, será de aplicación el procedimiento especial.

El Convenio de la Haya establece en sus artículos 2 y 11 respectivamente que los Estados contratantes deben recurrir a los procedimientos de urgencia, y que las autoridades judiciales actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Así y en la misma dirección, en el artículo 11.3 del Reglamento 2202/2003, se establece que el órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda actuará con urgencia en el marco del proceso, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional.

Únicamente una pronta actuación cumple tanto con los objetivos como con la finalidad de ambos instrumentos internacionales, *“solo una gestión urgente, sumaria y ágil de los procesos de restitución es acorde al interés superior del menor y permite disuadir futuras sustracciones o retenciones ilícitas⁷⁴”*, evitando mediante una rápida actuación la integración del menor en el lugar al que ha sido desplazado, a demás si esta situación está causando un daño al menor, lo mejor será el cese inmediato de la misma.

⁷⁴ FORCADA MIRANDA, Francisco Javier. “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)”. Bitácora Millennium DiPr. Tirant lo Blanch. ISSN 2444-3220 Pp. 27-39

En la reunión Interamericana de la Red de Jueces de la Haya y Autoridades Centrales sobre la sustracción internacional de menores, celebrada los días 23 a 25 de febrero de 2011 en México, se marcó como un desafío futuro el aumento del trabajo tanto a nivel judicial como desde las autoridades centrales, con miras a aumentar la rapidez de los procedimientos de restitución, dado que los procedimientos seguidos en el año 2008, son más lentos que los seguidos en el 2003, debiendo de ser la celeridad de los procesos un claro foco de atención.

La nueva normativa española ha optado por un procedimiento preferente y urgente⁷⁵. Por lo que, desde que se ha solicitado al juez la restitución del menor, hasta que se dicta la resolución, se ha de tramitar el procedimiento en el plazo de seis semanas.

Dicho procedimiento tiene carácter preferente sobre otros procesos sobre guarda y custodia, no pudiendo ser estos resueltos hasta que no se decida sobre la restitución del menor, únicamente en aquellos casos en los que se haya acordado la improcedencia de la restitución cabrá pronunciarse sobre la guarda y custodia.

Pero esta celeridad no solo se debe plasmar en primera instancia, donde se acortan los plazos, sino que también se debe llevar a cabo y se regula una rápida apelación⁷⁶, tal y como veremos en el artículo 778 quáter apartado quinto, fase en la que será fundamental la brevedad de las actuaciones⁷⁷. También esta celeridad, se favorece, mediante la concentración de la competencia y la especialización.

⁷⁵ Procedimiento de carácter preferente y urgente conforme a lo establecido en el artículo 778 quáter apartado quinto *“El procedimiento tendrá carácter urgente y preferente. Deberá realizarse, en ambas instancias, si las hubiere, en el inexcusable plazo total de seis semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución o el retorno del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible.”*

⁷⁶ El recurso de apelación es el único que se podrá interponer frente a la sentencia dictada, estando este regulado en el artículo 778 quinquies en su punto número once, donde se establece que *“contra la resolución que se dicte sólo cabrá recurso de apelación con efectos suspensivos, que tendrá tramitación preferente, debiendo ser resuelto en el improrrogable plazo de veinte días”*, estableciéndose en este mismo artículo las especialidades que se seguirán en la tramitación del recurso de apelación.

⁷⁷ Así, la Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, segunda parte-medidas de aplicación señalaba que: *“el procedimiento expeditivo es esencial en todas las etapas del proceso del Convenio, incluidas las apelaciones. Los estados contratantes deberán utilizar los mejores procedimientos de urgencia disponibles para lograr los objetivos del Convenio. Casi todos los aspectos de aplicación afectarán la rapidez del trámite de las peticiones”*

Por otro lado, también se puede percibir este principio de celeridad en el trámite de admisión de la demanda (tal y como se explicará con mayor profundidad apartados posteriores), puesto que el secretario judicial tiene que resolver sobre la admisión de la demanda en el plazo de 24 horas, si entiende que esta no resulta admisible, dará cuenta al juez, contando este último con el mismo plazo para resolver lo que proceda.

Otra de las cuestiones en las que la celeridad es una cuestión fundamental y en la que se va a justificar la decisión de las Autoridades Españolas en favor o no de la restitución del menor es en la presentación de las pruebas dirigidas a excepcionar el regreso del menor.

También se orientan hacia el principio de celeridad, las previsiones sobre la prejudicialidad penal, establecido en el apartado sexto del artículo 778 quáter⁷⁸, el cual establece que no se suspenderán las actuaciones civiles, como consecuencia de la existencia de prejudicialidad penal, y en la cooperación internacional, necesaria para garantizar la rapidez del procedimiento y para la realización de las actuaciones en un plazo lo más breve posible, estableciendo en el apartado séptimo del artículo 778 quáter *“en este tipo de procesos y con la finalidad de facilitar las comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales de distintos países, si ello fuera posible y el Juez lo considerase necesario, podrá recurrirse al auxilio de las Autoridades Centrales implicadas, de las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y de los Jueces de enlace”*.

Como se ha ido demostrando, la rapidez en el procedimiento se imprime a lo largo del mismo, poniéndose de manifiesto incluso, en el caso de que las partes decidan someterse a mediación, suspendiendo dicho procedimiento, pero tal y como establece el propio artículo 778 quinquies 12º donde se regula, *“sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso”*.

Se le da tanta importancia a esta cuestión porque la clave del éxito del procedimiento está en la rapidez con la que se lleven a cabo todos los trámites. Únicamente cumpliendo los plazos se reduce el riesgo de las manipulaciones en el cómputo de los mismos, evitando la indeseable consecuencia de que el menor no tuviera que regresar al lugar del que fue

⁷⁸ En el artículo 778 quáter apartado sexto, se establece *“en ningún caso se ordenará la suspensión de las actuaciones civiles por la existencia de prejudicialidad penal que venga motivada por el ejercicio de acciones penales en materia de sustracción de menores”*

sustraído, al haberse integrado en su nuevo ambiente, siendo esta una de las causas de excepción al regreso del menor tras su traslado ilícito⁷⁹.

Aunque también ha de decirse, desde el punto de vista negativo, que esta celeridad en el procedimiento pone de manifiesto las dificultades existentes en cuestiones tan relevantes como puede ser la audiencia al menor (regulado en el artículo 778 quinquies punto octavo) como consecuencia de la diversa configuración que tiene el principio de participación del menor en los diversos Estados.

Por lo que mediante este nuevo procedimiento, introducido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se garantizará el objetivo de la inmediatez en el regreso del menor, con independencia de que sea de aplicación el Convenio de la Haya del 80 o las disposiciones de la UE, aunque no en todos los ámbitos se plantean los mismos conflictos⁸⁰.

3.2.5. Medidas cautelares.

Las medidas cautelares podrán ser adoptadas, al tiempo de promover el procedimiento de restitución del menor, conforme a lo establecido en el artículo 778 quáter en su punto

⁷⁹ Como es el supuesto de la Sentencia anteriormente enunciada, dictada por la Audiencia provincial sección nº 4 A Coruña, nº 107/2017, Roj: SAP C 478/2017 – ECLI:ES:APC:2017:478, en la que como consecuencia de la dilación del procedimiento debidas a diversas causas, se deniega la solicitud de restitución de los menores que se habían integrado en su nuevo entorno, evitando menoscabar el interés superior del menor. Podemos poner como ejemplo también la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, sala de lo civil 29/2017, donde como consecuencia de la demora en la restitución el menor ya se había integrado en su nuevo entorno.

⁸⁰ Decimos que no en todos los ámbitos se plantan los mismos conflictos porque el Convenio de la Haya, por ejemplo, da prioridad al regreso del menor, con independencia del reconocimiento de la resolución judicial, mientras que hay autores que establecen que en el Reglamento numero 2201/2003, *“los cauces procesales (...) no se regulan en la medida en que hubieran sido deseable en los nuevos preceptos de la LEC, aunque cabe presuponer que las medidas a las que se alude en ellos se utilizarán en todo caso”*, pues, la eliminación del exequátur, está dando a lugar problemas en este ámbito, al igual que se están planteando conflictos en el Convenio de Luxemburgo de 1980, donde se dice que se centra en el exequátur, subordinando el regreso del menor al reconocimiento y ejecución de la resolución judicial del Estado interesado. Todo ello conforme a lo establecido por ESPINOSA CALABUIG, Rosario *“Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias” Revista Española de Derecho Internacional, Sección foro. Vol.68/2, 2016, Madrid Pp. 347-357.*

octavo⁸¹. Ya sea a petición de la persona que promueva el procedimiento, de oficio o por medio del Ministerio Fiscal, como garante de los derechos del menor y del interés superior de este.

Las medidas cautelares se adoptarán en relación con la custodia del menor, o cualquier otra medida que se estime pertinente, tal y como se establece en dicho artículo anteriormente citado.

Conforme a lo establecido en la circular 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, serán los Fiscales los que evalúen si concurre riesgo de que el demandado traslade al menor a un tercer país, tras conocer la incoación del procedimiento, a efectos de ponderar la conveniencia de adoptar medidas cautelares, opción que alienta la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya, al entender que estas medidas cautelares “*pueden jugar un papel muy importante en el éxito y la rapidez con que avance un caso de retorno*”, también dice que en unos casos será necesario para proteger el bienestar del menor y en otros para evitar la huida de uno de los progenitores con el menor.

Si continuamos leyendo el artículo 778 quáter punto ocho⁸², en su segundo párrafo, vemos cómo se establece que se podrá acordar que se garanticen los derechos de estancia o visita,

⁸¹ El artículo 778 quáter en su punto octavo establece que “*el Juez podrá acordar a lo largo de todo el proceso, de oficio, a petición de quien promueva el procedimiento o del Ministerio Fiscal, las medidas cautelares oportunas y de aseguramiento del menor que estime pertinentes conforme al artículo 773, además de las previstas en el artículo 158 del Código Civil*”. Conforme a lo establecido en el Artículo 158, “*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*”.

relación y comunicación del menor con el demandante, durante la tramitación del proceso. Esto se acordará, siempre que el progenitor demandante se encuentre en España y que sea aconsejable conforme al interés superior del menor.

Pero estos no serán los únicos supuestos en los que estas medidas pueden adoptarse, sino que también serán adoptadas en el caso de que dichas medidas no se hayan adoptado ya con anterioridad conforme al artículo 773, cuando el juez estime pertinentes en relación con el menor y si ante el primer llamamiento el demandado no compareciese o de comparecer no lo hace en forma o no presenta al menor, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 778 quinquies apartado quinto. Dicho comportamiento procesal pone de manifiesto el incremento del *periculum in mora*, haciendo aconsejable la adopción de dichas medidas⁸³.

3.3. Procedimiento.

3.3.1. Iniciación.

El procedimiento se iniciará mediante un escrito, el cual deberá tener forma de demanda, instando la restitución del menor, que sería la entrega del menor a la persona que la ha reclamado o bien solicitando el retorno del menor, que consistirá en el traslado del menor al lugar de residencia, por lo tanto el *petitum* puede ser doble, debiendo dicho documento ser este acompañado de la documentación requerida por el Convenio aplicable⁸⁴.

⁸² El artículo 778 quáter punto octavo segundo párrafo, establece literalmente “*del mismo modo podrá acordar que durante la tramitación del proceso se garanticen los derechos de estancia o visita, relación y comunicación del menor con el demandante, incluso de forma supervisada, si ello fuera conveniente a los intereses del menor*”.

⁸³ Conforme a lo establecido por la Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

⁸⁴ El artículo 778 quinquies en su primer punto, establece que “El procedimiento se iniciará mediante demanda en la que se instará la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia e incluirá toda la información exigida por la normativa internacional aplicable y, en todo caso, la relativa a la identidad del demandante, del menor y de la persona que se considere que ha sustraído o retenido al menor, así como los motivos en que se basa para reclamar su restitución o retorno. Deberá igualmente aportar toda la información que disponga relativa a la localización del menor y a la identidad de la persona con la que se supone se encuentra.

A la demanda deberá acompañarse la documentación requerida, en su caso, por el correspondiente convenio o norma internacional y cualquier otra en la que el solicitante funde su petición.”

Pero el incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos por el Convenio aplicable, no implicará la inadmisión de la solicitud de restitución, si no la concesión de un plazo para la subsanación de los mismos, “conforme al principio *pro active* y teniendo en cuenta los delicados intereses *subyacentes*” conforme a lo establecido en la Circular 6/2015.

Esta práctica puede ser justificada por la propia naturaleza del procedimiento, en el que debe realizarse una interpretación flexible de los requisitos formales, se deben evitar formalismos innecesarios, contrarios a la celeridad, debiendo requerirse la presentación de la documentación imprescindible.

Como ya se ha dicho anteriormente, deberá tramitarse el procedimiento en el plazo de seis semanas desde la fecha en la que se presenta la solicitud, instando la restitución o retorno del menor, clasificándose de preferente el procedimiento.

3.3.2. Admisión de la demanda.

El Secretario Judicial o Letrado de la Administración de Justicia será el encargado de resolver sobre la admisión o no de la demanda en el plazo de 24 horas siguientes a la interposición de la demanda (artículo 778 quinquies apartado segundo⁸⁵). Si éste entendiese que no resulta admisible, dará cuenta al juez para que resuelva lo que proceda dentro de dicho plazo.

En el caso de ser admitida la demanda, en esa misma resolución, se requerirá al demandado para que en el plazo de tres días manifieste si accede a su restitución y comparezca con el menor o se oponga a ello, conforme a alguna de las causas establecidas.

⁸⁵ El artículo 778 quinquies apartado segundo, establece que “El Secretario judicial resolverá sobre la admisión de la demanda en el plazo de las 24 horas siguientes y, si entendiera que ésta no resulta admisible, dará cuenta al Juez para que resuelva lo que proceda dentro de dicho plazo.

En la misma resolución en la que sea admitida la demanda, el Secretario judicial requerirá a la persona a quien se impute la sustracción o retención ilícita del menor para que, en la fecha que se determine, que no podrá exceder de los tres días siguientes, comparezca con el menor y manifieste si accede a su restitución o retorno, o se opone a ello, alegando en tal caso alguna de las causas establecidas en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable.

El requerimiento se practicará con los apercibimientos legales y con entrega al requerido del texto del correspondiente convenio o norma internacional aplicable”.

Conforme a lo establecido por la Circular 6/2015, a fin de evitarle sucesivas comparecencias en el juzgado al menor, al preverse su asistencia en este momento, sería adecuado promover ya la participación del menor, es decir, la audiencia del mismo.

3.3.3. Localización del menor

Como ya hemos visto con anterioridad conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 778 quinquies, en la demanda se deberá aportar toda la información de la que se disponga relativa a la localización del menor.

En el caso de que el menor no fuera hallado en el lugar indicado en la misma, el Secretario judicial procederá a realizar las averiguaciones correspondientes sobre su residencia, procediéndose a archivar provisionalmente el procedimiento en el supuesto de que estas averiguaciones sean infructuosas, hasta que el menor sea encontrado, conforme a lo establecido en el punto tercero del artículo 778 quinquies⁸⁶.

Si el menor fuese hallado en otra provincia, como ya se dijo anteriormente en el apartado de Tribunal competente, el Secretario judicial dará cuenta al juez, para que el día siguiente mediante auto resuelva lo que estime pertinente, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, remitiendo en su caso las actuaciones al tribunal que este considere competente y emplazando a las partes en el plazo de tres días siguientes para que comparezcan ante el mismo.

3.3.4. Comparecencia o incomparecencia del demandado.

Hemos de diferenciar la comparecencia del demandado de la no comparecencia del mismo o comparecencia sin respetar la forma (regulado en el artículo 778 quinquies apartado quinto).

⁸⁶ El artículo 778 quinquies punto tercero, establece: *“Cuando el menor no fuera hallado en el lugar indicado en la demanda, y si, tras la realización de las correspondientes averiguaciones por el Secretario judicial sobre su domicilio o residencia, éstas son infructuosas, se archivará provisionalmente el procedimiento hasta ser encontrado.*

Si el menor fuera hallado en otra provincia, el Secretario judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas por el plazo de un día, dará cuenta al Juez para que resuelva al día siguiente lo que proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al Tribunal que considere territorialmente competente y emplazando a las partes para que comparezcan ante el mismo dentro del plazo de los tres días siguientes”.

Dentro de la comparecencia a su vez se ha de diferenciar la comparecencia accediendo a la restitución del menor, establecido en el artículo 778 quinquies punto cuarto, de la comparecencia formulando oposición a la restitución del menor, regulado en el apartado sexto del artículo 778 quinquies.

Para comenzar se procede a analizar la comparecencia del demandado accediendo a la restitución del menor, que tal y como se establece en el anteriormente citado artículo 778 quinquies apartado cuarto⁸⁷, se dará a lugar una resolución sin oposición por parte del demandado, es decir, el juez dictará un auto ese mismo día donde se acuerda la conclusión del procedimiento y la restitución o retorno del menor, en este auto, el juez también se pronunciará sobre los gastos, incluyendo los gastos de viaje y costas.

Se pondrá fin al procedimiento a través de dicho auto, con independencia de que esto se lleve a cabo el día establecido por el secretario judicial o en cualquier momento antes de la finalización del procedimiento.

Conforme a lo establecido por la Circular 6/2015, en este caso ante el allanamiento por parte del demandado no será necesaria la audiencia al menor.

Por el contrario el artículo 778 quinquies apartado sexto⁸⁸, regula el supuesto de la comparecencia del demandado manifestando oposición a la restitución, esta se deberá realizar por escrito y amparándose en una de las causas establecidas en el correspondiente convenio aplicable, en este caso, el Letrado de la Administración de justicia citará a los interesados y al ministerio fiscal para que en el plazo improrrogable de cinco días se celebre una vista.

⁸⁷ El artículo 778 quinquies apartado cuarto, establece *“llegado el día, si el requerido compareciere y accediere a la restitución del menor o a su retorno al lugar de procedencia, según corresponda, el Secretario judicial levantará acta y el Juez dictará auto el mismo día acordando la conclusión del proceso y la restitución o el retorno del menor, pronunciándose en cuanto a los gastos, incluidos los de viaje, y las costas del proceso.*

El demandado podrá comparecer en cualquier momento, antes de la finalización del procedimiento, y acceder a la entrega del menor, o a su retorno al lugar de procedencia, siendo de aplicación lo dispuesto en este apartado”.

⁸⁸ El anteriormente citado artículo 778 quinquies apartado sexto, establece *“Si en la primera comparecencia el requerido formulase oposición a la restitución o retorno del menor al amparo de las causas establecidas en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable, lo que deberá realizar por escrito, el Secretario judicial en el mismo día dará traslado de la oposición y citará a todos los interesados y al Ministerio Fiscal a una vista que se celebrará dentro del improrrogable plazo de los cinco días siguientes”.*

En el caso de incomparecencia o comparecencia en ausencia de forma o no entrega del menor, se procederá a declararle en rebeldía, continuándose con el procedimiento, y citándose únicamente al ministerio fiscal y al demandante a una vista ante al juez que al igual que en el caso anterior tendrá lugar dentro del plazo de cinco días, notificándose únicamente al demandado la resolución que ponga fin al proceso, tal y como se establece en el artículo 778 quinquies en su punto quinto⁸⁹.

Tal y como ya se estableció anteriormente, en este caso, el juez podrá decretar, en el caso de que no se hayan adoptado con anterioridad, medidas cautelares.

3.3.5. Celebración de la vista.

La incomparecencia del demandado no suspende el procedimiento, basando esta afirmación en lo establecido en el epígrafe anterior y en lo regulado por el Artículo 778 quinquies apartado séptimo, párrafo primero⁹⁰.

Como se acaba de afirmar, la incomparecencia del demandado no suspende el procedimiento, sino que este continúa citándose a la vista ante el juez, al demandante y al Ministerio Fiscal. En el caso de que este se hubiera opuesto, la incomparecencia a la vista hará que esta continúe, teniendo el juez por desistida dicha oposición.

Tampoco suspenderá la vista la incomparecencia del demandante, pero en este caso no se tendrá por desistida su pretensión. Conforme a lo establecido por la Circular 6/2015 al encontramos ante una “*materia de orden público internacional*”, no se puede deducir de actitudes pasivas la existencia de un desistimiento, si no que esta “*solo podrá darse operatividad al desistimiento del demandante mediante una declaración de voluntad documentada*”.

⁸⁹ El artículo 778 quinquies en su punto quinto, establece que “*Si no compareciere o si comparecido no lo hiciera en forma, ni presentara oposición ni procediera, en este caso, a la entrega o retorno del menor, el Secretario judicial en el mismo día le declarará en rebeldía y dispondrá la continuación del procedimiento sin el mismo, citando únicamente al demandante y al Ministerio Fiscal a una vista ante el Juez que tendrá lugar en un plazo no superior a los cinco días siguientes, a celebrar conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de este artículo. Dicha resolución, no obstante, deberá ser notificada al demandado, tras lo cual no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso.*

El Juez podrá decretar las medidas cautelares que estime pertinentes en relación con el menor, caso de no haberse adoptado ya con anterioridad, conforme al artículo 773”.

⁹⁰ Este Artículo 778 quinquies apartado séptimo, párrafo primero, anteriormente enunciado, establece que, “*la celebración de la vista no se suspenderá por incomparecencia del demandante. Si fuera el demandado que se hubiera opuesto quien no compareciere, el Juez le tendrá por desistido de la oposición y continuará la vista*”.

Tampoco debe entenderse la existencia de desistimiento, ante la inasistencia de la representación de la Autoridad Central a la vista, como consecuencia del interés público subyacente en el procedimiento, continuándose con la tramitación o suspendiéndose el procedimiento, al igual que en el caso de la inasistencia del Abogado del Estado, donde dicha suspensión deberá ser promovida por los Fiscales. Siendo por otro lado “*absolutamente prioritario*” la asistencia del fiscal como guardián de la legalidad y de los derechos del menor⁹¹.

Tal y como se establece en la Guía de Buenas Prácticas⁹², no se exige la comparecencia del demandante a la vista. Incluso se puede decir, que en esta se establece, que en numerosas ocasiones, no será necesario que comparezcan personalmente las partes, oyéndolas en el caso de comparecencia de las mismas, para que expongan lo que estimen conveniente. Incluso al demandado en el caso de que esa sea su primera comparecencia⁹³.

En la vista serán practicadas las pruebas “*pertinentes y útiles*” tal y como se establece en el artículo 778 quinquies apartado séptimo, tercer párrafo.

Al ser el objeto del litigio, decidir sobre la licitud o ilicitud del traslado, las pruebas destinadas a tomar dicha decisión, deberán de ser las únicas que se admitan, debiendo de ser rechazadas aquellas sobre las que se decida que progenitor tiene el mejor derecho para

⁹¹ Conforme a lo establecido en la Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

⁹² Conforme a lo establecido en la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (segunda parte-medidas de aplicación), no será exigible la comparecencia del demandante a la vista, justificándolo en el “*carácter internacional del Convenio y a las distancias geográficas que se dan, la exigencia jurídica en algunos países de la comparecencia personal del solicitante en el procedimientos en el Estado requerido puede ocasionar retraso en los procedimientos y añadir unos gastos excesivos para el solicitante. Requerir la presencia personal del demandante en los procedimientos, puede provocar, en algunos casos, la imposibilidad de recurrir al Convenio. Estableciendo esta a su vez que “en numerosos casos, no será necesario que ambas partes comparezcan personalmente ante una audiencia de retorno”.*

⁹³ Lo que acabamos de decir, se encuentra regulado, en el segundo párrafo del artículo 778 quinquies apartado séptimo, el cual establece que “*durante la celebración de la misma se oirá a las partes que comparezcan para que expongan lo que estimen procedente, en concreto, a la persona que solicitó la restitución o retorno, al Ministerio Fiscal y a la parte demandada, incluso si compareciere en este trámite por vez primera*”.

ostentar la custodia del menor⁹⁴, de tal manera que se cumplan con el principio de celeridad, si se respetan los plazos señalados en los que ha de sustanciar el procedimiento.

Las pruebas que serán practicadas, serán aquellas que acuerde el juez de oficio, a propuesta de las partes o del Ministerio Fiscal, pudiendo el juez recabar bien sea de oficio o a instancia de las partes o del Ministerio Fiscal los informes que estime pertinentes.

La prueba del derecho extranjero, se convierte en una prueba fundamental, dado que para determinar si dicho traslado ha sido ilícito o no, se deberá tener en cuenta el derecho extranjero de la residencia habitual del menor, dado que este es el que regula el derecho de custodia que ha sido vulnerado⁹⁵.

Pero este principio de celeridad, al que tantas veces ya se ha hecho alusión, también ha de plasmarse sobre la posibilidad que tiene el juez de recabar los informes que estime pertinentes y no solo sobre esta, sino también sobre el plazo improrrogable de seis días que puede fijarse para la práctica de la prueba, en el caso de que no se haya podido practicar en su totalidad durante la vista, y se considere esencial.

⁹⁴ Conforme a lo establecido en la ya enunciada Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Así mismo en esta se establece que se tiene que tener en cuenta el limitado objeto del proceso

⁹⁵ Conforme a lo establecido en el Convenio de la Haya de 1980. Asunto que ya ha sido tratado con anterioridad en el epígrafe denominado concepto de sustracción internacional de menores y en el que hizo referencia a la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante el 12 de junio de 2015, frente a la cual se interpuso posteriormente recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante el Tribunal Supremo Sentencia nº 29/2017, Roj: STS 166/2017 – ECLI:ES:TS:2017:166.

En este sentido se pronuncia el informe explicativo de Dña. Pérez Vera, en el cual se hace referencia en el punto 101 a la prueba del contenido del derecho extranjero, estableciéndose que *“esta se puede establecer bien con una certificación, bien con una declaración responsable, es decir mediante documentos que incluyan declaraciones solemnes que comprometan la responsabilidad de sus autores”*, pudiendo por ejemplo conforme al punto 94 *“la Autoridad Central del Estado de residencia habitual de este menor expedir una certificación sobre el contenido del derecho de dicho Estado”*, pero a su vez en el punto 119 hace referencia a la flexibilización de la prueba del derecho extranjero, al establecer que *“las autoridades competentes podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas oficialmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.”*

3.3.6. Audiencia al menor.

La audiencia al menor no tiene porque llevarse a cabo obligatoriamente durante la vista si no que se podrá realizar en cualquier momento, conforme a lo establecido en el párrafo primero del artículo 778 quinquies punto octavo. Esto corrobora lo ya dicho anteriormente, al establecerse que al tener que comparecer el demandado con el menor en el plazo de tres días tras la admisión de la demanda, sería conveniente que la audiencia al mismo se realizase ya en ese momento a fin de evitarle sucesivas comparecencias al juzgado.

Pero esta audiencia al menor se llevará a cabo siempre que se considere conveniente, pudiendo ser omitida, en el caso de que este no tenga el suficiente juicio, o cuando se considere que tiene la suficiente madurez⁹⁶ como para que este voluntariamente no comparezca⁹⁷.

Si continuamos leyendo el artículo 778 quinquies punto octavo párrafo segundo⁹⁸, vemos como reitera la necesidad de que esta audiencia al menor se llevará a cabo separadamente, se establece que esta ha de llevarse a cabo, sin la presencia de las otras partes que interfirir en dicha audiencia o contradecir al menor.

⁹⁶ El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que “*Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño*”, este continua estableciendo que se “*dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño (...)*”. El comité de los derechos del niño, establece que el término madurez, “*hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño*”. “*La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente*”. A pesar de que algunas leyes como la Ley de Protección Jurídica del menor, la ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, considera que cuando tenga los doce años cumplidos tiene la madurez suficiente, deberá de realizarse un análisis de cada caso, teniéndose en cuenta que la edad no coincide con el grado de madurez, pudiendo variar en cada menor.

⁹⁷ Conforme a lo establecido en la Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

⁹⁸ El artículo 778 quinquies punto octavo párrafo segundo, establece “*En la exploración del menor se garantizará que el mismo pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Esta actuación podrá realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar*”.

Conforme a lo establecido en la Circular 6/2015 la intermediación es fundamental con el fin de calibrar las circunstancias del menor y valorar adecuadamente lo que el menor exponga. También será recomendable la asistencia del fiscal⁹⁹ a la misma como guardián de la legalidad, de los derechos del menor y del respeto del interés superior del menor, pudiendo así, de esta manera adquirir un conocimiento de las circunstancias.

Los fiscales, conforme a lo establecido en la anteriormente enunciada Circular 6/2015 deberán, con la finalidad de que la audiencia del menor pueda ser valorada si fuese necesario, en su caso, en una segunda instancia, evitando una nueva comparecencia del menor, promover *“la grabación del acto de la audiencia al menor, o en su defecto, su transcripción lo más extensa y exacta posible”*.

Podemos hacer referencia a la ya mencionada anteriormente Sentencia de la Audiencia provincial de Zaragoza, n° 1/2017, en este supuesto la menor que ha sido objeto de sustracción internacional, de 10 años de edad, durante la audiencia a la misma, manifiesta su deseo de no volver a Argentina, lugar en el que tenía su residencia habitual.

La sentencia se fundamenta en la excepción que prevé el artículo 13 del Convenio de la Haya¹⁰⁰, la negativa a la restitución de la misma, aunque en esta también se establece que

⁹⁹ El tribunal constitucional en la Sentencia n° 17/2006, de 30 de enero, ECLI:ES:TC:2006:17, se pronunció sobre este tema, en relación con una causa civil, a la que no se le permitió la asistencia al fiscal a la audiencia del menor, basando la negativa a la asistencia del mismo en los artículos 138.2 y 754 LEC los cuales hacen referencia a la publicidad o a la exclusión de esta en las actuaciones orales, estableciendo *“tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso de forma imparcial como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a los menores, para conocer si éstos expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias”*

¹⁰⁰ El artículo 13 del Convenio de la Haya establece *“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 físico o psíquico o 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 su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

“no se trata, ..., que la voluntad del menor decida el litigio, pero sí que es claro que se trata de un factor que resulta relevante, valorándose junto con los demás factores concurrentes”.

En la segunda instancia la menor ratifica su deseo de no volver a Argentina, deseando permanecer en Zaragoza, lugar donde llevaba residiendo más de un año y donde disponía de un entorno social adecuado, dado que previamente ya había vivido en Zaragoza y se encontraba con su madre, con la que había vivido la mayor parte de su vida.

El tribunal en este sentido establece que *“su grado de madurez es adecuado a su edad, responde a un criterio razonable y propio sin influencias extrañas”*, procediendo a continuación a analizar el principio del interés superior del menor y hacer referencia entre otras cosas al anteriormente enunciado artículo 2 de la LO 8/2015, indicando conforme a este artículo, cuales son los factores que deberán ser tenidos en cuenta y los criterios que deberán ser ponderados, procediendo finalmente a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia apelada.

3.3.7. Resolución/Sentencia.

Se establece en el artículo 778 quinquies apartado noveno, que una vez celebrada la vista y practicadas las pruebas el juez dictará sentencia.

Con la nueva regulación, se establece de forma clara, que la resolución ha de adoptar forma de sentencia, solventándose el problema de la práctica dispersa que se daba a lugar con la anterior legislación puesto que el artículo 1908 de la LEC de 1881, preveía la posibilidad de que la decisión de dicho procedimiento no tuviera forma de sentencia si no de auto¹⁰¹. Dicha sentencia ha de ser dictada dentro de los tres días siguientes a la finalización del proceso. Esta únicamente se pronunciará sobre si el traslado o retención han sido ilícitos o no, acordándose en su caso la restitución del menor a la persona o ente que tuviese atribuida su guarda y custodia o el retorno con la finalidad de permitir al demandante el

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor”.

¹⁰¹ Conforme a lo establecido en la Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fiscalía General del Estado. Memoria 2016

ejercicio de estancia, relación o comunicación con el menor. En todo momento, se ha de tener en cuenta el interés superior del menor y los términos del correspondiente Convenio.

La resolución también establecerá el plazo y la forma de ejecución, pudiendo adoptarse en este momento las medidas que sean necesarias para evitar que el demandado tras la notificación de la resolución vuelva a trasladar o retener ilícitamente al menor, conforme a lo establecido en el ya citado, el artículo 778 quinquies apartado noveno.

Dentro del contenido de la sentencia se incluye un pronunciamiento sobre las costas, regulado esto en el artículo 778 quinquies apartado decimo¹⁰², donde se establece que en el caso de acordarse la restitución del menor, la persona responsable del traslado ilícito deberá abonar las costas procesales, incluyendo dentro de estas los gastos sufridos por el solicitante, los gastos de viaje y cuales quiera que fueran ocasionados como consecuencia de la restitución del menor a su lugar de residencia habitual.

3.3.8. Recurso.

Como ya se ha dicho con anterioridad, y conforme a lo establecido en el artículo 778 quinquies en punto decimo primero, ante la sentencia que ponga fin a procedimiento cabe recurso de apelación, cuya tramitación se basa en el principio de celeridad, perceptible este, tanto al establecer el plazo de tiempo “*improrrogable*” en el que dicho recurso debe ser resuelto, siendo este de 20 días¹⁰³, como al establecer que dicho procedimiento tiene una tramitación preferente, con efectos devolutivos y suspensivos.

La interposición del recurso tiene efectos suspensivos del procedimiento¹⁰⁴, esto tiene gran importancia, dado que mediante los cuales no cabe una ejecución provisional, al contrario

¹⁰² Tal y como se establece literalmente en el artículo 778 quinquies apartado decimo “*Si se acordare la restitución o retorno del menor, en la resolución se establecerá que la persona que hubiere trasladado o retenido al menor abone las costas procesales, incluidas aquellas en que haya incurrido el solicitante, los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor al Estado donde estuviera su residencia habitual con anterioridad a la sustracción.*

En los demás casos se declararán de oficio las costas del proceso”.

¹⁰³ Conforme al informe del Consejo Fiscal, se considera que “*el reconocimiento de la apelación en ambos efectos debiera traer consigo un riguroso cumplimiento del plazo de veinte días para su resolución. En otro caso, los efectos pueden ser demoletores para el procedimiento”.*

¹⁰⁴ El artículo 525 de la LEC, vuelve a reconocer estos efectos suspensivos al recurso de apelación en los procedimientos de restitución de menores, en el citado artículo, se enumeran las sentencias que no son

que en el procedimiento anterior, donde se permitía la ejecución de la resolución, generando importantes problemas¹⁰⁵.

El anteriormente citado artículo 778 quinquies apartado decimo primero, establece las especialidades que se seguirán en la tramitación del recurso de apelación¹⁰⁶, en este se establece que el recurso deberá ser interpuesto en el plazo de tres días desde la notificación de la resolución, contando el órgano jurisdiccional con un plazo de 24 horas para decidir sobre su admisión o no.

Vemos como el plazo para la admisión del recurso es el mismo que el establecido para la admisión de la demanda, al igual que el plazo para la presentación del escrito de oposición, siendo en el caso anterior, el plazo establecido para la comparecencia por parte de la persona demandada para que este manifieste si accede o se opone a la restitución del menor, donde este será también de tres días.

Una vez que el apelante hubiese dispuesto lo que tuviera conveniente, el secretario judicial en el mismo día remitirá los autos al tribunal competente para que resuelva la apelación, debiendo las partes comparecer ante el mismo en el plazo de 24 horas.

provisionalmente ejecutables estableciendo en el primer punto del párrafo primero que *“no serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional, las sentencias dictadas en los procesos sobre las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional y derechos honoríficos”*

¹⁰⁵ En el procedimiento regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en el Libro III del Título IV de la Sección segunda, a pesar de que también se procuraba respetar el plazo máximo de seis semanas y en el que se evitaban que se diesen a lugar dilaciones indebidas, se permitía la ejecución de la resolución, es decir, se permitía que se diese a lugar la restitución del menor antes de que la apelación se resolviera, generando importantes problemas. A demás mediante este procedimiento, se producían importantes dilaciones, incumpléndose así, de esta manera aquellos compromisos asumidos a nivel internacional por España. Conforme a lo establecido en la Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

¹⁰⁶ El artículo 778 quinquies apartado decimo primero, establece *“a) Se interpondrá en el plazo de tres días contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución, debiendo el órgano judicial acordar su admisión o no dentro de las 24 horas siguientes a la presentación. b) Admitido el recurso, las demás partes tendrán tres días para presentar escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación. En este último supuesto, igualmente el apelante principal dispondrá del plazo de tres días para manifestar lo que tenga por conveniente. c) Tras ello, el Secretario judicial ordenará la remisión de los autos en el mismo día al Tribunal competente para resolver la apelación, ante el cual deberán comparecer las partes en el plazo de 24 horas. d) Recibidos los autos, el Tribunal acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de 24 horas. Si hubiere de practicarse prueba o si se acordase la celebración de vista, el Secretario judicial señalará día para dentro de los tres días siguientes. e) La resolución deberá ser dictada dentro de los tres días siguientes a la terminación de la vista o, en defecto de ésta, a contar desde el día siguiente a aquel en que se hubieran recibido los autos en el Tribunal competente para la apelación”*.

Se da un plazo de 24 horas para que el tribunal, una vez recibidos los autos decida sobre la admisión o no de la misma, siendo el secretario judicial el encargado de establecer el día, en el plazo de tres días siguientes, para la celebración de la vista o de la práctica de la prueba, en el caso de que esta tuviera que celebrarse.

Coincide, en ambos casos, es decir, tanto en primera como en segunda instancia, el plazo de tiempo establecido para que el tribunal dicte sentencia, siendo este de tres días desde la finalización de la vista o en este último caso y en defecto de esta, desde que fueron recibidos los autos por el tribunal competente.

Para finalizar con este punto, puede hacerse referencia a lo dicho por la Circular 6/2015, donde establece que *“la recta aplicación de la LEC no debiera generar dilaciones incompatibles con el espíritu del convenio”*, debiendo ser respetados *“los plazos procesales, cuando afectan a causas en las que el interés del menor resulta directamente afectado”*, así como establece a su vez que en estos procedimientos *“los requisitos formales del recurso de apelación deben verse atemperados”*¹⁰⁷.

3.3.9. Mediación.

En este procedimiento se reconoce a las partes la posibilidad de solicitar la suspensión del mismo, en cualquier momento, para someterse a mediación, pudiendo llegar a un acuerdo extrajudicial, posibilidad que se encuentra recogida en el artículo 778 quinquies punto decimosegundo¹⁰⁸.

¹⁰⁷ La Circular al hablar de que los requisitos formales del recurso de apelación pueden verse atemperados, hace referencia a la sentencia citada por la Audiencia Provincial de Asturias Sección séptima, nº 8/2008, de 15 de enero, Roj: SAP O 1449/2008 - ECLI: ES:APO:2008:1449, en la que sin que se haya alegado antes en el procedimiento, se alega la existencia de *“excepción de grave riesgo para el menor”*, a lo que responde la sala que *“dicha alegación no se ve afectada por el principio de inmutabilidad de los términos del debate que resultaría de la aplicación del principio pendente appellatione nihil innovetur y lo dispuesto en el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) por serle de aplicación la excepción que, en procedimientos como el que nos ocupa, en que se ven involucrados intereses de personas menores de edad o incapacitadas, establece el artículo 752.1 del citado Texto Legal”* decidiéndose el proceso, según lo establecido por este último artículo, conforme a los hechos que sean objeto del debate y resulten probados con independencia del momento en que hubieran sido alegados.

¹⁰⁸ El artículo 778 quinquies punto decimosegundo establece que *“En cualquier momento del proceso, ambas partes podrán solicitar la suspensión del mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación. También el Juez podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer una solución de mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso”*.

Al igual que se ha realizado en anteriores ocasiones, hemos de fijarnos en lo establecido por el Convenio de la Haya, en su artículo 7¹⁰⁹, aunque no habla directamente de mediación, establece que se deberán adoptar las medidas apropiadas que permitan “*garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable*”¹¹⁰.

El artículo 778 quinquies punto decimosegundo también reconoce al juez la capacidad de proponer una solución de mediación, ya sea de oficio o a petición de cualquiera de ellas, si estima la posibilidad de que estas lleguen a un acuerdo.

Estableciéndose a su vez, en dicho artículo que las partes se someterán a la misma siempre y cuando no suponga esta un “*retraso injustificado del proceso*”, reiterando esta idea en el segundo párrafo de dicho artículo 778 quinquies, al establecerse que esta será lo más breve posible, celebrándose el mínimo número de sesiones.

El procedimiento únicamente se reanudará cuando las partes así lo soliciten o de no llegar estas a un acuerdo.

En el caso de que las partes decidan someterse al procedimiento de mediación, también deberá de estarse a lo establecido por la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

injustificado del proceso. En tales casos, el Secretario judicial acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. La Entidad Pública que tenga las funciones de protección del menor puede intervenir como mediadora si así se solicitase de oficio, por las partes o por el Ministerio Fiscal.

La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, sin que en ningún caso pueda la suspensión del proceso para mediación exceder del plazo legalmente previsto en este Capítulo.

El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o, en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez teniendo en cuenta la normativa vigente y el interés superior del niño”.

¹⁰⁹ Este artículo 7 ha sido comentado por el Informe explicativo de Dña. PÉREZ VERA, Elisa “Conclusiones de los trabajos de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado” en su punto 92, al establecer que las Autoridades Centrales tienen el deber de tratar de encontrar una solución extrajudicial, pues un alto número de casos se podrían resolver sin tener que acudir necesariamente a los tribunales, pero en estos casos a estas también les corresponde decidir en qué momento han fracasado los intentos para tratar de acordar esa “restitución voluntaria”.

¹¹⁰ La Guía de Buenas Prácticas, en la Parte IV, denominada Ejecución, establece que un acuerdo amigable obtendría beneficios para el niño, “*la Autoridad Central y el tribunal deberán, desde el comienzo y a lo largo de todo el proceso, incluida la instancia de apelación, trabajar apropiadamente con las partes o sus asesores jurídicos y considerar la posibilidad de una mediación u otra forma de acuerdo voluntario, sin perjuicio de la obligación primordial de evitar demoras indebidas en el litigio*”.

3.3.10. Ejecución.

La ejecución de la sentencia, se encuentra regulada en el Artículo 778 quinquies apartado decimo tercero.

Este artículo dispone, que en el caso de acordarse la restitución del menor o el retorno del mismo, las Autoridades Centrales, se encuentran en la obligación de adoptar las medidas administrativas precisas, con el fin de garantizar la ejecución de la sentencia que acuerde el retorno del menor, prestando la necesaria asistencia al Juzgado.

Si continuamos con la lectura del citado artículo, vemos como se establece que ante una actitud rebelde de la persona encargada de la sustracción, es decir, si esta se opone, obstaculizara o impidiera el cumplimiento de la sentencia, “*el Juez deberá adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de forma inmediata*”. A demás de las ya enunciadas medidas pertinentes, se podrá este ayudar de la asistencia de los servicios sociales y podrá acordar una actuación coactiva por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹¹¹.

Este artículo anteriormente enunciado, enumera los recursos susceptibles de ser utilizados para que se lleve a cabo la ejecución, solventando la imposibilidad de regular todas y cada una de las situaciones que pueden producirse, dado que la diversidad de situaciones que pueden darse¹¹², hace imposible que se lleve a cabo una regulación tan minuciosa.

¹¹¹ Se prevé que se recurra a la asistencia de dichos organismos, al igual que lo previsto por la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de la Haya, segunda parte, medidas de aplicación, en su punto 4.2.2.8, denominado “asegurar la ejecución de la decisión”, donde se establece que “*los servicios sociales y de policía pueden ser requeridos para que aporten toda la asistencia necesaria a la Autoridad central para asegurar la ejecución de la orden de retorno o impedir el desplazamiento del menor fuera del país antes del retorno*”. Como ejemplo en este caso podemos hacer referencia a la Sentencia Dictada por la Audiencia Provincial Sección nº 4 de A Coruña, sentencia 107/2017, Roj: SAP C 478/2017 – ECLI:ES:APC:2017:478, donde en la sentencia dictada por el juzgado frente a la que se interpone el recurso de apelación, el juez acuerda el retorno de los menores al lugar de procedencia en el plazo máximo de 15 días desde la firmeza de la sentencia “*con el apercibimiento expreso de que si no se realiza voluntariamente, se procederá a librar de oficio a las fuerzas y cuerpos de seguridad para la localización de los menores y posterior entrega al padre...*”.

¹¹² Dado que conforme a lo establecido en la Circular 6/2015, no en todas las ocasiones, ante una decisión de retorno se tendrá que llevar a cabo la entrega de dicho menor al progenitor demandante, puesto que cabe que la resolución establezca únicamente que ha de garantizarse el retorno del menor al lugar de residencia habitual junto al progenitor sustractor, el cual ostenta la guarda y custodia del mismo. Por el contrario en otras ocasiones, dicha sentencia siendo estimatoria, podrá ordenar la restitución o retorno del menor “*a la persona, institución u organismo que tenga atribuida la custodia*”, cumpliéndose el mandato judicial con la entrega del menor a

Como ya se ha dicho con anterioridad y en reiteradas ocasiones, el procedimiento se encuentra caracterizado por una rápida actuación, el principio de celeridad se plasma a lo largo del procedimiento, sin exceptuarse la ejecución.

Para poder corroborar lo que se acaba de decir, podemos hacer referencia a lo destacado por la Comisión en su cuarta reunión. Donde se destacó la necesidad de que las decisiones de retorno se ejecutasen de manera rápida. La delegación española insistió que tras la adopción de la resolución se estableciesen las oportunas medidas cautelares con la finalidad de garantizar dicha restitución, evitando que el progenitor sustractor traslade a dicho menor a otro lugar, impidiendo así su ocultamiento.

Este artículo, incorpora todas las recomendaciones dadas al Convenio de la Haya del 80, el cual presentaba lagunas en la regulación de la restitución, siendo estas especificadas, evitando la existencia de posibles conflictos, en una resolución judicial. Por otro lado, la Guía de Buenas Prácticas de la Haya, segunda parte, denominada medidas de aplicación, en su punto 6.7, establece la necesidad de que se establezca con detalle la forma en la que se ha de ejecutar la decisión.

3.4. Declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional.

Otra de las grandes novedades introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil por parte de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, ha sido el procedimiento para obtener la resolución que especifique que el traslado o la retención han sido ilícitos, en aquellos casos en los que un menor con residencia habitual en España ha sido objeto de traslado o retención internacional.

Dicho procedimiento se encuentra recogido en el artículo 778 sexies, denominado de la misma manera que el epígrafe ante el que nos encontramos “*Declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional*”.

En dicho artículo, se establece que estará legitimada para solicitar dicha resolución, cualquier persona interesada, con independencia del proceso que se inicie solicitando su

dicha persona, siendo esta “*la responsable de desplazarlo a su Estado de residencia*”, pero como ya vimos anteriormente estos gastos podrán ser impuestos a la persona responsable de la sustracción del menor.

restitución, es decir, cualquier persona interesada podrá dirigirse a la autoridad judicial española competente, para conocer del fondo del asunto, con la finalidad de obtener dicha resolución.

En el mismo artículo, se establece quiénes serán los órganos jurisdiccionales competentes en España para emitir la certificación, siendo en primer lugar, la última autoridad judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental, en defecto de estos lo será el Juzgado de Primera instancia del último domicilio del menor en España.

También en el primer párrafo de este artículo, se nos dice que en el caso de traslado o retención ilícita *“podrán utilizarse los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del artículo 158”*.

Conforme a la Circular 6/2015, se establece que el Ministerio Fiscal deberá intervenir, determinando si el traslado o retención se consideran ilícitos o no, siendo principalmente competentes los *“Fiscales encargados de los asuntos de familia, salvo que conforme a las potestades auto-organizativas de cada fiscalía se acuerde otra regla de reparto”*.

Tal y como se establece en el anteriormente enunciado artículo 778 sexies, se tendrá que acreditar que dicho traslado o retención ha sido ilícitos, en el sentido del artículo 3 del Convenio de la Haya, el cual a la hora de determinar cuando el traslado se considera ilícito la primera referencia que hace, es que se ha dado a lugar una infracción del derecho de custodia, siendo esta una facultad del ejercicio de la patria potestad.

Para poder determinar si se considera ilícito el traslado o no deberemos de acudir a la resolución que atribuya la patria potestad y la guarda y custodia, a pesar de las múltiples situaciones que se pueden dar, se puede afirmar, de acuerdo a la jurisprudencia existente, que en aquellos casos en los que ambos progenitores ostenten la patria potestad y a pesar de que la guarda y custodia se haya atribuido únicamente a uno de ellos atribuyendo al otro el derecho de visitas¹¹³, si en este caso en la sentencia no se pronuncia sobre quien tiene la

¹¹³ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2ª, nº 54/2010, de 10 de Septiembre de 2010, Roj: SAP CS 1139/2010 - ECLI: ES:APCS:2010:1139, dispone en el fundamento jurídico segundo, que: *“la atribución de la guarda y custodia sobre un menor no conlleva que el titular de aquella tenga la libérrima facultad de decidir, sin limitaciones, el domicilio del menor sometido a dicha guarda y custodia. Nos parece evidente que el derecho fundamental (art.19 del la Constitución) del progenitor custodio a elegir su lugar de residencia, no puede desvincularse de dicho derecho fundamental.”*

facultad de decidir la residencia habitual del menor, se entenderá que corresponde a ambos progenitores y en defecto de común acuerdo de estos, a la decisión judicial que lo autorice, haciendo referencia a aquellos supuestos en los que esta supongan un cambio de gran trascendencia modificando tanto el entorno físico como social del menor¹¹⁴.

Por lo tanto se considerará ilícito aquel traslado que haya sido llevado a cabo de manera unilateral, sin el consentimiento del otro progenitor o de la correspondiente autorización judicial.

¹¹⁴ En este sentido se ha de hacer referencia a la STS, sección 1, de 26 de octubre de 2012, nº 642/2012, Roj: STS 6811/2012 - ECLI: ES:TS:2012:6811 donde en su fundamento jurídico 2º se establece: “la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del código civil, (...) Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura”.

También considero importante hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo, sección 1º, nº 536/2014, de 20 de octubre de 2014, Roj: STS 4072/2014 - ECLI: ES:TS:2014:4072, el cual declara: “el cambio de residencia del extranjero progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él”.

4. CONCLUSIONES.

1. Una vez que se ha realizado el desarrollo y explicación del nuevo proceso de sustracción internacional de menores y se han tratado algunos asuntos que se han entendido como fundamentales para la explicación y la comprensión de dicho procedimiento, podemos concluir diciendo que las recientes modificaciones legislativas tratadas a lo largo del trabajo han sido fundamentales para esta materia.
2. Se puede destacar de entre estas reformas la que ha dotado de contenido el interés superior del menor, puesto que es un concepto fundamental, dentro de la sustracción internacional de menores, dado que las resoluciones judiciales van encaminadas a garantizar este interés, y que anteriormente a la reforma era interpretado de diversas formas, existiendo jurisprudencia contradictoria, e incluso este en determinadas ocasiones no era tenido en cuenta. Ahora se establecen cuales son los factores que deben ser tenidos en cuenta, al igual que los criterios que ha de ser ponderados, a la hora de aplicar el interés superior del menor. Dentro de los factores se destaca la opinión del menor, el menor es escuchado, siempre y cuando se considere que tiene la suficiente madurez para ello, dentro del procedimiento se le da audiencia, aunque no tiene porque ser obligatoriamente durante la vista, flexibilizando esta fase, pensando en su bienestar e interés.
3. También con estas reformas legislativas, podemos afirmar que el nuevo procedimiento ha mejorado sustancialmente algunos aspectos del anterior, tal y como se ha ido desarrollando a lo largo del trabajo. No obstante entendemos que el legislador tiene que seguir trabajando por avanzar en la materia, al verse afectado un sector de la población tan vulnerable como son los menores.
4. Las mejoras se han realizado porque, entre otras cosas, se ha redactado con mayor claridad la norma, aclarando aspectos sobre los que antes existía una división en la doctrina, ante la diversidad de opiniones, también estas mejoras se han producido porque el legislador ha seguido o ha incorporado las recomendaciones realizadas en los diversos instrumentos que han ido desarrollando esta materia.
5. Entre las aclaraciones que el legislador ha realizado podemos destacar que actualmente la norma exige que el demandante acuda asistido de abogado y representado por un procurador, interviniendo el Abogado del Estado hasta que este comparezca asistido por los mismos.

6. También destacamos la obligatoriedad de que la resolución tenga que adoptar forma de sentencia, no siendo válido otro tipo de resolución. Resolución que habrá de ser dictada por el tribunal competente, siendo la designación del mismo otra de las mejoras introducidas por la reforma, tendiéndose mediante esta a la especialización y a la concentración de la competencia.
7. De entre las mejoras en este nuevo procedimiento, podemos destacar como importante y fundamental el efecto suspensivo del recurso de apelación que se podrá interponer frente a la resolución dictada en primera instancia. Realmente entendemos que se está actuando por el interés superior del menor, dado que se está evitando mediante la suspensión de la ejecución de la sentencia, que el menor sea retornado al país de origen y que con posterioridad vuelva al país al que fue trasladado de manera ilícita. Evitando de esta manera que se produzcan perjuicios al menor, mayores de los que por sí mismo conlleva la sustracción internacional.
8. Otro de los aspectos que cabe destacar es el de la celeridad en las actuaciones. Aspecto en el que el nuevo procedimiento incide constantemente por su carácter esencial, dado que con ello se pretende evitar la integración del menor en el nuevo entorno, siendo esta una de las excepciones más utilizadas para evitar el retorno del menor.
9. La declaración de ilicitud de un traslado internacional, es otra de las novedades introducidas mediante estas reformas legislativas, aunque este procedimiento se aplicará en el supuesto de que el menor residente en España haya sido trasladado a otro país.
10. Sin embargo y para finalizar, se ha de decir que, todo este nuevo procedimiento, que ha sido desarrollado, no se podrá aplicar si no hay un Convenio Internacional que sea de aplicación, por ello creo importante volver a destacar esta idea y por esa razón en el trabajo han sido desarrollados los aspectos más destacables de estos.

5. BIBLIOGRAFÍA.

Libros:

- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, CARRASCONA GONZALEZ, Javier. Derecho Internacional Privado. Tomo II, Granada. Comares, 2016.
- FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, SANCHEZ LORENZO, Sixto. Derecho Internacional Privado. Novena Edición. Thomson Reuters. Civitas. 2016.

Artículos de revistas.

- BORRÁS, Alegría, El “interés superior del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado”. RJC, vol.93, nº4, 1994, pp. 915-967.
- ESPINOSA CALABUIG, Rosario. “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez. Especialización y...algunas ausencias”. *Revista española de Derecho Internacional*. Sección foro. Vol.68/2, 2016, pp. 347-357.
- FLORES RODRIGUEZ, Jesús. “La integración en el nuevo medio como causa de denegación de la restitución en la sustracción internacional de menores. Comentario a la STC 16/2016, de 1 de febrero (recurso de amparo 2937-2015)”. *La ley Derecho de familia* nº10, 2016. Pp. 1-8
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decisión apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (parte I)” *Millennium Derecho internacional privado*. nº 3 2016. Pp. 27-39
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decisión apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (parte II)” *Millennium Derecho internacional privado*. nº 3 2016. Pp. 40-52
- PÉREZ VERA. Elisa “el derecho de protección de los menores”, Comentarios a la Constitución socio-económica de España, Granada, Comares, 2002 Pp. 1309
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. “La sustracción internacional de menores a la luz de su interés superior: algunos datos a considerar”. *La ley Derecho de familia* nº10, 2016, Sustracción internacional de menores, nº 10, 2016, Pp. 1-10

- VAQUERO LÓPEZ, Carmen, “Nuevas normas de derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores”. AEDIPr, t. XVI, 2016, pp. 395-414.

Textos y materiales jurídicos.

- La resolución del comité de Ministros del Consejo de Europa para la unificación de domicilio y de residencia, de 18 de enero de 1972.
- Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.
- Convenio de la Haya, de 25 de octubre 1980, sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores.
- Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, denominado, Convenio Europeo Relativo Al Reconocimiento y La Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores, así como al Restablecimiento de la Custodia.
- Informe Explicativo de Dña. PEREZ VERA Elisa sobre Conclusiones de los trabajos de la Conferencia de la Haya de Derechos Internacional Privado. Madrid 1981.
- La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.
- Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derechos de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997.
- Recomendación 65/1999, de 17 de noviembre, del defensor del pueblo, sobre sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores. BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A, Núm. 69, pág. 51.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Segunda parte. Medidas de aplicación, 2003, Hague Conference on Private International Law.
- Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre del 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.
- Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II. (Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la

competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000). Servicios de la Comisión en consulta con la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. Versión actualizada 1 de junio de 2005.

- Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Cuarta parte. Ejecución , 2010, Hague Conference on Private International Law.
- Observación General nº14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de las Naciones Unidas de Derechos del Niño, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.
- Circular 6/2015, Fiscalía General del Estado, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fiscalía General del Estado. Memoria 2016.

Páginas web:

- Conferencia de la Haya en derecho Internacional Privado. Organización mundial transfronteriza: <https://www.hcch.net/es/instruments/specialised-sections/child-abduction>
- Base de datos de sustracción internacional de menores (indacat). Legal Instruments: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=legal.toen&id=3&Ing=3>
- Base de datos Tribunal Constitucional: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/default.aspx>
- Base de datos Centro de documentación judicial, Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ): <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>
- Fiscalía General del Estado: <https://www.fiscal.es/>