Universidad de Valladolid

ESDUVa
Escuela de Doctorado Universidad de Valladolid

Máster en Estudios Avanzados en la Unión Europea

TRABAJO FIN DE MÁSTER

La Sustracción parental Transfronteriza

Presentado por:

Alicia Martínez Arranz

Tutorizado por:

Begoña Vidal Fernández

Valladolid, 27 de septiembre de 2021

RESUMEN

En el siglo XXI, un mundo cada vez más globalizado, la sustracción internacional de menores se ha convertido en un problema bastante común y sigue en aumento. Por ello será necesario comprender la normativa existente para aplicarla de la mejor forma posible, protegiendo en todo momento el interés superior del menor que será el núcleo de esta materia.

El nuevo Reglamento 2019/1111 que entrará en vigor en 2022 será clave, y da respuesta a una necesaria reforma, ya que introducirá novedades respecto al anterior Reglamento, ofreciendo una visión más actualizada que suprime las lagunas existentes.

PALABRAS CLAVE

Menores, sustracción de menores, sustracción internacional de menores, reglamento 2201/2003, reglamento 2019/1111, Convenio de la Haya 1980, caso Juana Rivas, secuestro parental de menores, interés superior del menor.

ABSTRACT

In the 21st century, in an increasingly globalized world, international child abduction has become a fairly common problem and continues to increase. It will therefore be necessary to understand the existing regulations in order to apply them in the best possible way, protecting at all times the best interests of the child which will be at the core of this matter.

The new Regulation 2019/1111 that will enter into force in 2022 will be key, and it responds to a necessary reform, as it will introduce novelties with respect to the previous Regulation, offering a more updated vision that eliminates the existing gaps.

KEY WORDS

Minors, child abduction, international child abduction, regulation 2201/2003, regulation 2019/1111, Hague Convention 1980, Juana Rivas Case, parental child abduction, best interests of the child.

ÍNDICE

0. INTRODUCCIÓN 9

0.1 Regulación en el derecho internacional privado 11

0.2 Derecho de la Unión Europea 11

1. CONCEPTO Y PERSPECTIVA GENERAL DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES 12

1.1 La minoría de edad y la madurez del menor 15

2. CAUSAS QUE MOTIVAN O PUEDEN MOTIVAR O DAR ORIGEN A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES 17

3. LOS DERECHOS DE CUSTODIA Y VISITA 20

3.1 Derechos de custodia y visita 21

3.2 El domicilio del menor o su residencia habitual 27

4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR 29

5. EFECTOS EN LOS MENORES VICTIMAS DE UNA SUSTRACCIÓN PARENTAL 33

5.1 Los efectos en casos de violencia de género o doméstica. 34

6. INSTRUMENTOS LEGALES Y NORMATIVA APLICABLE A LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN DE MENORES Y POSTERIOR RETORNO DEL MENOR. 36

6.1 Convenio de Luxemburgo del Consejo de Europa de 20 de mayo de 1980 37

6.2 Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 40

6.2.1 El tiempo como factor de gran relevancia 42

6.2.2 La cooperación entre Estados por medio de las Autoridades Centrales. 43

6.2.3 El objeto nuclear del Convenio 44

6.3 Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. 45

6.4 Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 -> sustituido por el Reglamento 2019/1111 46

6.4.1 Antecedentes, contexto y evolución 46

7.4.2 Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) 49

7.4.3 Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución 49

7.4 La ley aplicable 55

8 EXCEPCIONES A LA RESTITUCIÓN DEL MENOR 55

8.4 Incidencia del tiempo que transcurra mientras se resuelve el litigio y la integración del menor en su nuevo lugar de residencia. 55

8.5 Actitudes de no oposición del titular del derecho de custodia 56

8.6 Riesgo del peligro grave para el menor 56

8.7 La relevancia de la opinión y oposición del menor 63

8.8 En relación con la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. 66

9 MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES 66

10 MECANISMOS Y MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES 69

11 MECANISMO DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: LA MEDIACIÓN. 71

12 SUPUESTOS DESTACADOS DE ACTUALIDAD Y LA RESPUESTA QUE HAN DADO LOS TRIBUNALES 73

12.1 Especial atención al caso de Juana Rivas 73

12.1.1 Los hechos 74

12.1.2 Análisis jurídico y social de diferentes aspectos del Caso Juana Rivas 75

12.2 Caso María José Carrascosa 82

12.3 Caso Macready contra República Checa 83

12.4 Caso Adriana y Aureliano 83

12.5 Caso McB Y L.E 84

12.6 Caso Purrucker II 85

12.7 Caso Cesareao y Amalia 86

12.8 Caso Arcadio y Erica 87

12.9 Caso Bárbara Mercredi contra Richard Chaffe 88

12.10 Caso OL y PQ 89

13 CONCLUSIONES 90

BIBLIOGRAFÍA 95

Doctrina 95

Normativa Internacional 104

Jurisprudencia 106

- Europea 106
- Nacional 107
- Jurisprudencia Extranjera 109

Información de la web 109

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CH/80	Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.
CH/96	Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EEMM	Estados Miembros
HCCH	Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
RB II Bis- R 2201/2003	Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.
RB II Bis refundido - R 1111/2019	Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida).

SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
VID	Véase

0. INTRODUCCIÓN

Esta problemática, aunque no es nueva, se ha visto cómo el número de casos ha ido incrementando en los últimos años y esto se debe a diversos motivos como son la evolución económica, las nuevas tecnologías, la política, etc. Pero vemos que esos motivos son reconducibles a una única causa: la globalización. La sociedad en su conjunto ha sufrido muchas alteraciones provocadas por la globalización, afectando también al derecho internacional privado[1] y, como vemos, la familia tradicional ha cambiado tanto de forma como de estructura en un escenario internacional, transfronterizo y mundializado.[2] En este nuevo panorama general, es cada vez más habitual que se formen parejas mixtas compuestas por personas de distintos países, y son en estos casos cuando en el devenir de una crisis matrimonial o de pareja son muchos los menores que soportan las consecuencias negativas cuando sus deciden su traslado a sus países de origen en contra o sin conocimiento del otro titular de la custodia.

En el caso de España podemos observar una tendencia desde 2010 donde el número de infracciones gira en torno a 300 sustracciones de menores, en el año 2019 concretamente llegando a la cifra de 369.[3] En 2020 podemos ver que del total de denuncias por desaparición registradas (35), la sustracción de menores es de un 0,38%, sin embargo, denuncias activas por la misma materia son un 1,88% (33), y reincidentes en 2020 también un 0,19% (7).[4]

---

[1] Calvo Caravaca, A. L.., y Carrascosa González, J. (2003). "Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)". *International law: Revista Colombiana de derecho internacional*, núm 2 Poníifica Universidad Javierana, pp. 165-195.

[2] Valverde Martínez, M.J. (2020). "Reflexiones críticas y prácticas en torno al régimen jurídico del cambio nacional y transfronterizo del domicilio del menor de edad." *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº2, pp-795-817. p. 796.

[3] Ministerio del Interior, Centro Nacional de Desaparecidos de España. Informe Anual sobre Personas Desaparecidas en España, 2020. Consultado en http://www.interior.gob.es/documents/10180/11389243/Informe+Personas+Desaparecidas+2020.pdf/19fca169-a401-432e-928c-a88d23708d04 el 20 de julio 2021.

[4] Ministerio del Interior, Centro Nacional de Desaparecidos de España. Informe Anual sobre Personas Desaparecidas en España, 2021. Consultado en http://www.interior.gob.es/documents/642317/13167314/Informe_Personas_desaparecidas_Espa%C3%B1a_2021_126200071.pdf/a937a5be-11cd-4a0f-82fa-f86b3dbecd78 el 20 de julio 2021.

Para resolver estos conflictos se deberá acudir a una serie de normas tanto internacionales, como procedentes de la Unión Europea como nacionales de los Estados involucrados. En este punto podemos comprobar que la globalización también puede ser utilizada de forma positiva, pues facilitará la comunicación y cooperación entre Estados que, principalmente en el territorio de la UE, cada vez ofrecen normas más uniformes que facilitarán el desarrollo y resolución de los litigios.

Como veremos, los jueces no lo tendrán fácil a la hora de pronunciarse ante estos litigios, pues en cada ocasión se deberán de tener en cuenta diversos factores, y establecer criterios homogéneos no será tarea sencilla. A este respecto resulta pertinente mencionar la expresión anglosajona "hard cases make bad law", que literalmente significa que los casos difíciles o extremos crean mal derecho, en el sentido de que las sentencias resultado de un caso complicado no pueden servir de ejemplo o sentar jurisprudencia para futuros litigios.[5] Se puede entender así desde la perspectiva en la que cada juez interpretará y aplicará la ley de forma discrecional en gran medida, lo que significa que sentencias anteriores en materias similares no servirán de mucho pues cada caso particular es único con necesidades y exigencias particulares. Y aún con menos razón si se considera que las decisiones han sido poco meditadas o dejando elementos importantes fuera del análisis.

A pesar de que en La Unión Europea no rige el sistema del precedente, es inevitable echar un vistazo a sentencias similares a la hora de ver las respuestas que ha dado el juez a un caso concreto, y de nuevo, aunque estos no tengan ninguna obligación de tomar como base sentencias anteriores, es posible que se tome como referencia de forma opcional. A nivel popular, sin embargo, comprobar que distintos jueces fallan de maneras muy diferentes en casos con muchas similitudes con frecuencia resultará llamativo, y, es en esta materia de sustracción de menores que esa situación se observará habitualmente.

[5] Encontramos esta expresión con bastante frecuencia desde al menos 1837, donde fue utilizado en el caso Northern Securities Co. V. United States (1904), 193 U.S. 197 (1904). Una explicación más detallada la podemos encontrar en Chipman Gray, J. (1909) "The nature and sources of the law", *Columbia University Press*, p. 263 y en Schauer, F. (2006) !Do cases make bad law?", *The University of Chicago Law Review*. En Valverde Martínez, M.J. op.cit.

0.1 Regulación en el derecho internacional privado

Es el Derecho Internacional privado la principal fuente que recoge la regulación concerniente a la sustracción internacional de menores, donde se incluyen evidentemente los casos de sustracción transfronteriza[6] a los que prestaremos especial atención. Sin embargo, es importante esta rama del derecho pues nos marcará las bases y el camino a seguir. Para que un caso caiga bajo el amparo de estas normas, debe contar con dos elementos[7], en primer lugar, que se trate de una relación privada, ya sea a partir de un matrimonio, pareja de hecho o similar; en segundo lugar, dicha relación debe tener carácter internacional, es decir, que existan dos o más normas nacionales diferentes que puedan ser igualmente aplicables.

0.2 Derecho de la Unión Europea

Este será el Derecho sobre el que versará el núcleo del trabajo ya que nos centraremos en los litigios que afecten a Estados miembros fundamentalmente (aunque podremos mencionar alguna sentencia de terceros Estados que marquen un precedente que de alguna forma será muy relevante a nivel general).

No obstante, como venimos anticipando, contamos con alguna norma internacional que ocupa una posición privilegiada a la hora de regular determinados aspectos de la sustracción.

Pondremos también el foco de atención en el nuevo Reglamento 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores, pasándose a llamar comúnmente Reglamento Bruselas II bis refundido. Este reglamento fue publicado el 2 de julio de 2019 y resultará de aplicación plena a partir del 1 de agosto de 2022.

---

[6] Con sustracción transfronteriza nos referiremos a lo largo del trabajo a aquellos casos donde el litigio suceda entre Estados miembros de la Unión Europea.

[7] Garcimartín Alférez, F. J. (2012). *Derecho internacional privado.* Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, pp. 32.

Entre sus novedades[8], la más significativa y que afecta de forma directa a nuestro trabajo es que en su título incorpora la sustracción internacional de menores entre las materias a que regula, y aunque en el todavía vigente reglamento también se trata esta materia, este nuevo enunciado significa que se ha querido profundizar en mayor medida con la nueva versión refundida. Otra importante novedad de este Reglamento es en relación con algunos títulos en los que ha habido un cambio de sistema, pasando de exequatur obligatorio para poder ejecutar el título, a una ejecución "directa" donde no se precisa una declaración previa de ejecutabilidad de la resolución.[9]

1. CONCEPTO Y PERSPECTIVA GENERAL DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES

Para conocer el concepto de sustracción internacional de menores podemos acudir al Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores[10] (en adelante CH/80) ya que esta norma es central en esta materia gracias a ella podemos dar respuesta a la gran mayoría de litigios provocados por la sustracción internacional de menores.

Encontraremos cuatro elementos o requisitos que debe cumplir cada caso para poder hablar de la sustracción internacional de menores. En primer lugar, deberá existir una sustracción, que puede ser entendida como secuestro o un traslado ilícito llevado a cabo por uno de los progenitores y que se desarrolle como retención ilícita.

---

[8] Urrea Salazar, M.J. (27 de mayo 2020) El Reglamento europeo 2019/1111 de 25 de junio de 2019: refundición o innovación. Legal Today. (Consultado el 15 de julio de 2021) https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/derecho-union-europea/el-reglamento-europeo-20191111-de-25-de-junio-de-2019-refundicion-o-innovacion-2020-05-27/

[9] Pardo Iranzo, V. (2020), "Responsabilidad parental y sustracción internacional de menores: la ejecución en el nuevo Reglamento 2019/1111". *Diario La Ley* núm. 9629, Sección Tribuna, 11 de mayo de 2020, Wolters Kluwer. P. 2.

[10] Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980, Boletín Oficial del Estado, núm 202, de 24 de agosto de 1987, pp.26099-26105.

A continuación, el requisito de minoría de edad, que, aunque pueda resultar un aspecto controvertido, en el convenio se determina que deba ser menor de 16 años, en tercer lugar, la sustracción debe tener carácter internacional, donde se traslade al menor a un Estado diferente al de su residencia habitual, teniendo en cuenta la necesidad de que los Estados formen parte del Convenio para que éste sea de aplicación.

En nuestro trabajo, pondremos el foco en los casos donde ambos Estados sean miembros de la UE. Y la sustracción será transfronteriza, cuando ocurra en un Estado diferente del foro, es decir, en un Estado distinto de donde se desarrolla el proceso, que normalmente será el de la residencia habitual del menor.

Finalmente, aunque pueda parecer evidente partiendo del primer requisito, la sustracción debe ser ilícita, contraria a los derechos de custodia o visita que tengan atribuidos los progenitores.

Con todo lo dicho, podríamos construir la definición siguiente: la sustracción internacional de menores consiste en el traslado ilícito de un menor de 16 llevado a cabo por uno de sus progenitores a un país distinto del que reside habitualmente, y normalmente bajo el contexto de una crisis matrimonial[11].

De igual manera, acudiendo a la Circular 6/2015 de la Fiscalía del Estado[12] podemos encontrar una definición similar, que dice lo siguiente: "la sustracción internacional de menores tiene lugar cuando un menor es trasladado ilícitamente por uno de los progenitores a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, y en aquellos casos en que uno de los progenitores se traslada con el menor para residir en otro país, tomando tal decisión de forma unilateral y vulnerando el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor".

Finalmente, podemos hacer referencia a la definición que da el Ministerio de Justicia que también parte de la analizada del CH/80, como "aquella situación en la cual, uno de los progenitores (el progenitor sustractor) de manera unilateral, es decir, sin el consentimiento el otro progenitor (el progenitor privado del menor) sin autorización judicial, traslada o

[11] González, S. Á. (2002). "Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva". *Derecho privado y Constitución*, (16), pp. 41-64.

[12] Fiscalía General del Estado, Circular 6/2015 de 17 de noviembre. "Sobre Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", Revista Aranzadi, núm. 6/2015, pp.1.

retiene a un hijo menor de 16 años desde el Estado donde éste reside habitualmente, a otro Estado diferente de manera ilícita, esto es, sin estar autorizado para hacerlo".[13]

Podemos observar que en todas las definiciones anteriores se hace referencia en exclusiva a los progenitores, pero debemos aclarar que en el CH 80, en su art. 3[14], se limita a hacer referencia a una infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo. En definitiva, lo que se busca evitar es el traslado o retención transfronteriza de un menor y la violación de un derecho de custodia, dando a entender que puede producirse este ilícito por cualquier persona, institución u organismo, etc. Contra quien tenga atribuida la custodia, por lo que no será necesariamente su progenitor o progenitores los sujetos activos y/o pasivos de la vulneración que en algunos países como en España puede ser constitutiva de delito.

[13] Ministerio de Justicia, "¿Qué es la sustracción internacional de menores?", Obtenido en: https://www.mjusticia.gob.es/es/area-internacional/tramites-internacionales/sustracci%C3%B3n-de-menores/resuelve-tus-dudas/que-es consultado el 1.08.21.

[14] El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) Cuando este derecho se ejercía deforma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

1.1 La minoría de edad y la madurez del menor

En el CH/80, se establece que se aplicará a los menores de 16 años. Podemos encontrar una explicación a este requisito en el Informe Explicativo del Convenio[15]: *"*El motivo resulta de los propios objetivos convencionales; en efecto, una persona de más de dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que resultará difícil de ignorar, ya sea por uno u otro de sus progenitores, ya sea por una autoridad judicial o administrativa.*"*

Sin embargo, no encontrábamos ningún criterio homogéneo a nivel internacional que determinara cual era la minoría de edad, ya que en la normativa europea encontramos diferentes criterios y el Reglamento 2201/2003 tampoco recogía un concepto claro. Afortunadamente, con el nuevo Reglamento 2019/1111, en su artículo 2.2.6, encontramos lo siguiente: "toda persona que tenga menos de 18 años", por tanto ahora sabemos, o al menos podemos concluir, que cuando el menor tenga menos de 16, deberemos acudir a lo relativo al CH 80 complementándolo con el Reglamento y si tiene entre 16 y 18 años, acudiremos exclusivamente al reglamento desde el momento que entre en vigor, siempre que se trate de una sustracción transfronteriza entre Estados miembros de la UE. En el resto de los casos, cuando al menos uno no es miembro de la UE o con Dinamarca se aplicará el CH/80.

Existen ciertos casos que han producido algunas dificultades, y es en el caso de mujeres embarazadas que se desplazan a otro país. Pues en las normas mencionadas se establece que se produce un traslado ilícito cuando se trata de un menor. Por lo tanto, un concebido y no nacido no tendría cabida en el concepto de menor, al menos hasta su efectivo nacimiento.

Esta conclusión extraída de la norma también ha sido declarada en una sentencia del TJUE de 2017: relativa a una pareja formada por un italiano y una griega, acuerdan que el niño nazca en Grecia, pero después deciden trasladarse a Italia. La mujer, que no está de acuerdo con esa decisión de trasladarse a Italia, vuelve a Grecia con el bebé.

[15] Pérez Vera, E, (1992) Informe Explicativo del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Párrafo 77. Obtenido en https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf

Los tribunales griegos determinan que el niño tras nacer se ha desarrollado exclusivamente en Grecia, no hay ningún vínculo con Italia como residencia, y que entonces no se puede considerar un caso de sustracción internacional de menores.[16]

Dentro de la minoría de edad, hay que prestar importancia a los años y a la madurez del niño en cuestión. Estos dos aspectos tendrán una mayor relevancia en apartados posteriores del presente trabajo, y es que, la edad y madurez del menor serán muy relevantes en determinadas ocasiones, cuando para resolver un caso de sustracción se busque su opinión. Concretamente si acudimos al CH/80 en su artículo 13.2 leemos lo siguiente: "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." Incluso si el juez considera que el menor no cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente como para escuchar su opinión, deberá justificarlo con una resolución motivada.

Sin embargo, a lo largo de este estudio seremos testigos de que muchos de los conceptos, interpretaciones y decisiones que se tomarán en esta materia de sustracción de menores serán muy ambiguos, indeterminadas y que darán lugar diferentes interpretaciones por parte de los jueces, aun utilizando las mismas leyes como base. Esto será así porque es muy complicado (y peligroso) fijar criterios iguales para todos los casos. No podemos establecer un parámetro fijo sobre a partir de qué edad se tomará en cuenta la opinión del menor.

Se deberán tener en cuenta múltiples aspectos, para poder determinar de la forma más acertada posible la madurez del menor, analizando su capacidad de comprender lo que está ocurriendo, de ser consciente de la realidad y de las posibles consecuencias de lo que diga y poder tomar decisiones meditadas y razonables. En cualquier caso, y aunque se pueda determinar que un menor pasa "el test" y cuenta con la madurez suficiente, se debería tener presente en todo momento que su decisión ha podido estar condicionada directa o indirectamente.[17]

---

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

[17] Paz Lamela, R.S. (2013), "Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (análisis a través de la jurisprudencia reciente." *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2013, 17: 675-685. ISSN: 1138-039X. Pp. 675-685.

Si bien es cierto que la madurez en algunas edades será más fácil de determinar, en otras habrá más dudas, pero lo que supondrá más problemas será verificar la madurez de los menores más pequeños, ya que "cuando los menores tienen suficiente edad, la exploración de los mismos puede disipar las dudas ya que el artículo 13 del Convenio permite al juez denegar la restitución si comprueba que el propio menor se pone a la restitución. El problema se plantea con los menores de corta edad."[18]

Como anticipábamos, dedicaremos un apartado a las excepciones de no restitución que será donde la opinión del menor tenga una importancia primordial.

2. CAUSAS QUE MOTIVAN O PUEDEN MOTIVAR O DAR ORIGEN A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES

A lo largo de las próximas páginas de este trabajo nos centraremos en esencia en los mecanismos de actuación una vez se ha llevado a cabo la sustracción ilícita, viendo las diferentes opciones existentes para encontrar una solución.

Sin embargo, no debe tener menos importancia conocer detenidamente los escenarios y hechos que de manera general inducen a que se produzcan dichas sustracciones, es decir, será igual de importante establecer las medidas a ejecutar una vez ocurrida la sustracción como las medidas que puedan prevenir dicha acción. Y precisamente para poder determinar qué medidas se pueden llevar a cabo se deberá conocer qué causas motivan a los padres o afines a cometer la sustracción.[19]

En primer lugar, encontramos la circunstancia de crisis en la relación entre una pareja mixta, donde cada uno tiene una nacionalidad diferente y uno de los dos quiere llevarse al menor al Estado de donde es nacional. Este tipo de parejas se han llegado a denominar

[18] García Revuelta, C. "Aplicación del Convenio de la Haya y El Reglamento 2201/2003. El papel de la autoridad central." Encontrado en: http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_6_ES.pdf

[19] Lorente Martínez, I. (2019): "Sustracción internacional de menores, estudio jurisprudencial, práctico y crítico", Dykinson, Madrid, pp. 13-14.

"parejas de alto riesgo"[20]. Es significativo pues es precisamente en estos matrimonios mixtos donde se observa un mayor repunte en divorcios en comparación con divorcios no mixtos.[21]

Según datos estadísticos estos actos ilícitos son llevados a cabo en mayor medida por las madres. Ante estas circunstancias se plantea la posibilidad de aplicar medidas preventivas como la retención del pasaporte o la exigencia del consentimiento del otro progenitor para la salida del territorio nacional.[22]

Según un informe sobre el CH/80 de 2018, con los últimos análisis que se disponían hasta 2015, el 73% de los sustractores eran las madres, en el Informe de 2008 esta cifra era de un 69%, y la cifra de los padres por otro lado ascendía a un 24% (siendo el resto del porcentaje otros familiares o terceros). Y, además, que en el 91% de los casos en los que la sustractora es la madre, es también la cuidadora principal, frente a un 61% de los casos el padre.[23]

Estos datos resultan bastante ejemplificativos del elevado número de casos que se producen y como veremos más adelante en próximos apartados, muchos de gran relevancia tanto a nivel jurisprudencial y doctrinal como mediáticos.

Otra causa que sería resultado de la anterior en su origen, se produce con motivo del ejercicio del derecho de visita, cuando el progenitor que ostenta tal derecho traslada al menor del lugar donde reside habitualmente. Incluso el derecho de custodia se puede utilizar para

---

[20] Carrascosa González, J y Seatzu, F. (2009) "Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento "Roma III". *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, *45*(3), Pp. 567-588.

[21] Pozo, M. 27 de mayo 2021. Alarmante aumento de los secuestros parentales: Crecen las retenciones ilegales de menores. El cierre digital. https://elcierredigital.com/salud-y-bienestar/882936568/alarmante-aumento-secuestros-parentales-crecen-retenciones-ilegales-menores.html Consultado el 20 de julio de 2021

[22] Ídem.

[23] Santos I Arnau, L. (2019), "Impacto de la Sustracción Internacional de Menores sobre las familias." *Asociación Salud y Familia. Maternidades Vulnerables*. pp.10. En base a Nigel Lowe and Victoria Stephens. Part I. Statistical analysis of Applications made in 2017-2018 under the Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction of 25 october 1980. Global Report. Párrafos 10-11.

llevar a cabo el traslado, normalmente para escapar de una relación de abuso o malos tratos por parte del padre a la madre.[24]

Por otro lado, y de nuevo relacionado con las anteriores causas, la existencia de las libertades de circulación hace muy sencilla la movilidad entre Estados dentro del espacio Schengen, ya que se eliminan las fronteras personales interiores, y eso junto con transportes internacionales de gran velocidad o un transporte por carretera sin control policial hace mucho más sencillo la comisión de estas sustracciones de forma rápida.

Finalmente, encontramos una circunstancia que, según se interprete, puede no considerarse una causa en si misma, pero si una situación que hace mucho más sencillo o da alas a los progenitores para llevar a cabo la sustracción. Estamos refiriéndonos al paso del tiempo, que convierte la restitución en una lucha contrarreloj. Esto es debido a que, para los menores, el paso de solo unos meses puede afectar mucho a su vida y a su entorno, y cuanto más tiempo transcurra pondrá más dificultades a su retorno. Se puede ver reflejado en lo que se dice en la siguiente sentencia del Tribunal Supremo: "posiblemente, en esta clase de asuntos el carácter adecuado de una medida depende de la celeridad en su aplicación".[25]

Podemos referirnos ahora a las causas concretas que se extrajeron a raíz de una serie de entrevistas realizadas para la creación del artículo "Parental child abductions: long term effects"[26] donde sitúa como causa principal de la sustracción el ánimo de protección del progenitor sustractor respecto del hijo, de los malos tratos o abusos del otro progenitor. Se vio que, en estos casos, el lugar del progenitor que sustraía (y huía para proteger) al menor lo ocupaba la madre en un porcentaje mayor que la situación inversa.

Algunas de estas causas son las siguientes:

- Evitar que el hijo viva con el otro padre.
- Por motivo de celos hacia la nueva pareja del otro padre.
- En contra o a disgusto de la forma de vida que lleva el otro progenitor con su hijo y por ende, el entorno en el que se está criando.

---

[24] Cañadas Lorenzo, Mª.J. "La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores. Ponencia de la Fiscal Adscrita a la Fiscal de Sala de Violencia sobre la mujer.

[25] STS de 31 de enero de 2013, Fundamento Jurídico 2º.

[26] Freeman, M. (2014) "Parental child abduction: the long-term effects". *International Centre for family Law, Policy, and Practice*. P.21.

- Presiones culturales sobre la separación de los padres.
- Para controlar al otro padre.
- Querer terminar la relación con el otro padre, pero no dejar o abandonar al hijo.
- Enfado, rabia o vergüenza por el hecho de que haya sido el otro miembro de la pareja el que haya iniciado los trámites de la separación.
- Posesión y alienación del hijo en contra de su otro padre.
- "Rectificar" una decisión de custodia o anticiparse al resultado de una custodia desfavorable.

Una vez atendidas a las causas y escenarios en los que se provocan las sustracciones será más fácil poder establecer medidas que puedan prevenir a los sujetos activos de llevarlas a cabo.

Se podría incluso ver una serie de perfiles o personalidades más propensas a ser sustractores[27]. El primer perfil es el del progenitor que ya ha amenazado o ha cometido una sustracción, el segundo, cuando el progenitor sospecha o cree que ha ocurrido un abuso y amigos y familia lo corroboran, en tercer lugar, cuando el progenitor es paranoico delirante, el siguiente, se trata de un progenitor que es sociópata, el quinto es aquel progenitor que tiene lazos ya sea por nacionalidad o familia con otro país y termina en un matrimonio mixto y finalmente, aquel progenitor que considera que las leyes del otro Estado le protegen o favorecen más que las que tiene en el momento.

El atender a estos posibles motivos podría permitir aplicar medidas cautelares o provisionales. si se observaran indicios o riesgos de comisión de la sustracción.

3. LOS DERECHOS DE CUSTODIA Y VISITA

[27] Johnston, Janet R., Sagatun-Edwards, Inger, Blomquist, Martha-Elin, Girdner, Linda K. (2001), *Early Identification of Risk Factors for Parental Abduction*, U.S Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. Juvenile Justice Bulletin. En: Johnston, J.R., Girdner, L.K., and SagatunEdwards, I. 1999. Developing profiles of risk for parental abduction of children from a comparison of families victimized by abduction with families litigating custody. Behavioral Sciences & the Law 17:305–322.

El domicilio del menor será fundamental para poder determinar su residencia habitual. Antes de llegar ahí, será fundamental aclarar el titular del derecho de custodia respecto al menor.

Tanto el derecho de custodia como el de visita serán otros de los elementos principales en la sustracción de menores. Esto es, porque por norma general, el incumplimiento de estos derechos es lo que provoca los casos de sustracción de menores.[28] Importante en este punto será hablar sobre aquellos casos en los que el padre haya perdido los derechos de custodia y de visita, pero conserve aún la patria potestad sobre el menor, lo mencionaremos a continuación.

Será necesario hacer un inciso también para tratar un aspecto que, aunque se pueda obviar, conviene dejar mencionado. Y es lo relativo a que la titularidad de los derechos de custodia y visita podrán ser atribuidos a otros familiares además de los propios padres, y la norma se aplicará de igual manera[29], sin embargo, con mayor frecuencia los litigios de sustracción de menores ocurren entre los propios padres por lo que utilizaremos el término "padres" para facilitar la exposición del trabajo.

3.1 Derechos de custodia y visita

[28] Tal y como dice el artículo 3.1 a) del CH 80 "el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención". En el R/2019/1111, encontramos las definiciones en el artículo 2.2 9): "«derecho de custodia», incluye los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en particular, el derecho de decidir sobre su lugar de residencia", y 2.2 10) "«derecho de visita», los derechos de visita, incluido el derecho de llevar a un menor a otro lugar diferente al de su residencia habitual por un período de tiempo limitado".

[29] Lázaro González, I; Ezquerra Ubero, J.J., (2011) "El derecho de custodia en la jurisprudencia sobre la sustracción internacional de menores." *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Núm. 83-84. Pp. 291-336.

Pasando a los conceptos en concreto, para el Reglamento 2201/2003 (en adelante R/2003), el derecho de visita se define como "el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto del de su residencia habitual por periodo de tiempo limitado".

En el CH/80, ya en su primer artículo leemos que el propio Convenio velará por el respeto y el correcto funcionamiento de los derechos de custodia y de visita para, después, en el artículo 5.a) del CH/80 encontrar un concepto algo genérico al comienzo[30] y más concreto después: "el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona de menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia".[31] En cualquier caso, el Convenio también establece que será el ordenamiento interno del Estado de residencia habitual del menor el que determine la titularidad, el contenido y el ejercicio del derecho en cuestión.[32]

El derecho de visita por otro lado lo encontramos definido en el artículo 10.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de forma más explícita, motivo por el que hacemos referencia a dicha norma. Dice lo siguiente: "el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres".[33] Realmente, aunque el derecho parezca que pertenece al padre a visitar a su hijo, realmente es a la inversa, se trata del derecho del niño a mantener contacto y tener relación con sus dos padres, salvo que existiera alguna excepción que lo impidiera. Este derecho se protege incluso en el caso en que los padres vivan en diferentes Estados de por sí, sin necesidad de que se haya producido un traslado. Lo que se busca es permitir el correcto desarrollo del menor, ya que el mantenimiento del contacto con sus padres entraría dentro de las obligaciones de la responsabilidad parental.

---

[30] Ibid Lázaro González, I; Ezquerra Ubero, J.J. p.294.

[31] Esta definición la podemos encontrar tanto en el R 2201/2003 como en el nuevo R 2019/1111 en los artículos 2.9 y 2.II.9 respectivamente.

[32] Artículo 3.I.a) CH 80; "con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención".

[33] Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

En el CH/80 vemos una concepción algo diferente a la de la Convención de los Derechos del Niño, que, en su artículo 5 b) en relación con este derecho dice lo siguiente sobre el progenitor, y es que este podrá "llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente de aquel en que tiene su residencia habitual". Este concepto varía en el sentido de que ahora es un derecho perteneciente al progenitor que puede hacerlo valer en contraposición con la definición de la Convención sobre Derechos del Niño donde era el propio menor el sujeto activo de dicho derecho, y ahora además no abarca simplemente la posibilidad de visitar al menor a su residencia si no de desplazarlo a un lugar diferente, y si es por un periodo prolongado, el padre dueño de la custodia podría a su vez pedir un derecho de visita a mayores durante ese periodo.[34]

A pesar de encontrar esta mención y definición a los derechos de custodia y de visita en el Convenio y de promover el restablecer los derechos a su Estado previo a la sustracción, su objetivo principal será la restitución del menor, mientras que las cuestiones de fondo las dejará para los tribunales nacionales.[35] Este hecho podría parecer que, si el CH/80 delega lo relativo a la custodia y a las visitas a las regulaciones nacionales de los Estados, entonces, lo relativo a la restitución del menor podría tratarse de una medida provisional[36], ya que en última instancia decidirán los propios Estados sobre la situación de los padres respecto al hijo, es decir, el régimen de custodia y visita, y del hijo, en relación con su interés superior.

En la Guía de Buenas prácticas relativa al contacto transfronterizo[37] también se hace una aclaración respecto al concepto de "contacto". Y es que en dicha Guía utiliza contacto como término amplio para hacer referencia a cualquier circunstancia en la que el progenitor que no tiene la custodia mantiene contacto con el menor, ya sea través de visita periódicas, comunicación a distancia u otros medios. Sin embargo, se destaca que el uso de contacto

---

[34] Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2010) Contacto Transfronterizo relativo a los Niños. Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas. Family Law, una colección de la editorial Jordan Publishing Limited. Pp.48.

[35] Chéliz Inglés, MªC. (2019) *La Sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 24-25.

[36] Jiménez Blanco, P. (2008), "*Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*". Universidad de Oviedo Pp. 10-23.

[37] Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2010) Contacto Transfronterizo relativo a los Niños. Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas.

describe mejor el derecho protegido del menor a mantener los lazos con sus padres, y concuerda mejor con los conceptos de responsabilidad parental o responsabilidades parentales.[38] En contraposición, con el termino visita se mantiene ese foco en el propio derecho de los padres de ver (y en ocasiones trasladar) al menor a placer.[39]

En ocasiones se producirán situaciones complejas donde no será fácil determinar qué ley nacional es de aplicación pues no siempre coincidirán las definiciones de los conceptos de custodia como en los casos Hunter c. Murrow[40] o Abbott v. Abbott[41].

---

[38] Consejo de Europa, Informe Explicativo sobre la Convención sobre los Contactos relativos a la Infancia del Consejo de Europa de 15 de mayo de 2003, apartado 6. Disponible en: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/192.htm Consultado el 10.08.21.

[39] Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2010) Contacto Transfronterizo relativo a los Niños. Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas. Pp. XXVII.

[40] Reino Unido, Hunter v. Murrow [2005] EWCA Civ 976, Ref. INCADAT: HC/E/UKe 809. El menor de 4 años fue trasladado por su madre de Nueva Zelanda, donde había pasado toda su vida, a Londres, con intención de no regresar. El padre presentó una petición de retorno ante la Autoridad Central de Nueva Zelanda. Semanas después se iniciaría un procedimiento de restitución en el Tribunal Superior de Londres, donde se acordó que el padre debería obtener del tribunal neozelandés competente una determinación de sus derechos en relación con el menor y de si el traslado había sido ilícito. El Tribunal de Familia de Nueva Zelanda dictaminó que el padre tenía derechos de custodia y que el traslado había sido ilícito, sin embargo, la High Court inglesa desestimó la solicitud de restitución ya que el concepto de custodia no era igual en Nueva Zelanda que en Reino Unido. Sencillamente, para el Reino Unido la relación intermitente que tenía el padre con el menor no podía considerarse custodia, mientras que en Nueva Zelanda si.

[41] Estados Unidos, Abbott v. Abbott, 542 F.3d 1081 (5th Cir. 2008), Ref. INCADAT: HC/E/US 989. La pareja, separada, y con residencia en Chile, traía numerosos litigios relativos al cuidado del niño. Se decidió que la madre (de nacionalidad estadounidense) fuera la principal cuidadora, otorgando al padre (inglés) el derecho de visita. De igual manera se prohibió la salida de Chile del menor sin el consentimiento de ambos progenitores. Desgraciadamente la madre se llevó unilateralmente al menor a Estados Unidos. El padre inició el procedimiento de restitución. Fue rechazado ya que la Corte de Apelaciones en EE.UU no consideraba que el traslado del niño no violaba el derecho de custodia del padre según el CH/80. Finalmente, el caso se desestimó pues el menor cumplió 16 años y ya no estaba sujeto al retorno inmediato bajo el CH/80.

La vulneración de los derechos podrá ocurrir en dos formas principalmente, al menos como tradicionalmente había venido ocurriendo. En primer lugar, se daba el caso en el que uno de los padres tenía la custodia y el otro el derecho de visita. El segundo, a la hora de ejercer su derecho de visita, se lleve al menor y no lo restituya, ya sea entonces por traslado o retención ilícitas--ya que podría ser el caso de que estuviera permitido que dentro de las visitas pudiera trasladarle durante un periodo concreto a otro país--.

Por otro lado, también puede ser el padre, que cuenta con la custodia, el que le sustraiga o retenga, movido por múltiples motivos, pero fundamentalmente para evitar que el otro progenitor pueda tener contacto con el menor, y por ende impedir que pueda pasar tiempo con él.

Puede resultar conveniente acudir a la regulación que hace la legislación española sobre los derechos de custodia y visita, nos servirá para tomarlo como referencia y así poder tener una visión más cercana del tema que estamos tratando.

En primer lugar, debemos empezar por una diferenciación entre los conceptos de patria potestad, guardia y custodia. Para el primero de ellos, podemos acudir a los artículos 154 y siguientes del Código Civil español:

"Artículo 154

Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.
La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.
Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2.º Representarlos y administrar sus bienes.
3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial."

Entonces como podemos ver, de este derecho son titulares ambos progenitores (de forma general) independientemente del estado civil de ambos, es decir, es un derecho distinto del derecho de guarda y custodia, que si podrá ser atribuido a uno o ambos progenitores. Por ello y conforme lo establecido por la Circular 6/2015 de la Fiscalía General: "un traslado con cambio de residencia de un menor por uno de los progenitores a un tercer país sin consentimiento del otro, cuando ambos son cotitulares de la patria potestad, es un traslado ilícito, aun en el caso en que la guarda y custodia esté atribuida al progenitor que lleva a cabo el traslado".[42]

Todo lo anterior nos permite llegar a la conclusión de que para calificar un traslado como lícito, no será suficiente con que el progenitor "sustractor" contara con la guarda y custodia, si no que será necesario averiguar si contaba con el consentimiento del otro progenitor poseedor de la patria potestad[43].

Es necesario mencionar a este respecto, la Circular 6/2015, que como hemos visto antes, establece que, aunque sea solo uno de los progenitores el que cuente con la custodia del menor, la patria potestad, salvo que se demostrara lo contrario, pertenece a los dos, y, por tanto, no se puede utilizar el argumento de contar con la custodia exclusiva para trasladar al menor sin el consentimiento del otro progenitor, y por tanto constituiría un ilícito.

En dicha circular, es especialmente esclarecedora en este punto la SAP Castellón, secc. 2ª nº 54/2010, de 10 de septiembre, que dispone 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…del progenitor custodio a elegir su lugar de residencia, no puede desvincularse de los intereses del menor que tan drásticamente pueden verse afectados por un ejercicio irresponsable de dicho derecho fundamental (…)".[44]

[42] Ob cit Fiscalía General p. 86.

[43] Caamiña Domínguez, C.M., (2016) "El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio". Cuadernos de derecho transnacional. Vol.8, núm.2, p.82.

[44] Fiscalía General del Estado, Circular, p.85.

3.2 El domicilio del menor o su residencia habitual

En el trabajo empleamos indistintamente los conceptos de domicilio y residencia habitual, aunque este segundo es el que veremos en las normas (CH/80 y Reglamentos 2003 y 2019) de forma más habitual.

En el contexto actual de familias mixtas o sencillamente por pertenecer a este mundo globalizado, los cambios de domicilio del núcleo familiar a otros países son cada vez más habituales. Este motivo provoca que cuando las parejas tienen problemas que desencadenan en ruptura, ya sea divorcios o separaciones, el hijo o hijos siempre estarán en medio, siendo víctimas de las consecuencias ya que no es extraño que uno de los progenitores quiera trasladar al menor a su país de origen para iniciar su nueva vida.

En estos casos, la determinación del domicilio del menor es básico, se trata de su núcleo logístico de la vida personal, escolar y emocional del menor, es aquel lugar donde el menor crece, donde encuentra estabilidad, necesaria para el desarrollo adecuado de su personalidad.[45]

A partir del informe explicativo del CH/80 podemos leer respecto a la residencia habitual: que se trata de "un concepto de puro hecho que difiere en particular del concepto de domicilio".[46]

Por otro lado, desde la Fiscalía General del Estado, a través de su Circular 6/2015 en el apartado 4.4.3 con respecto al CH/80 se aclara 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".

Según el magistrado, representante de España en la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de la Haya y magistrado de Enlace para el Convenio de la Haya de sustracción

[45] Valverde Martínez, Mª. J. (2020). "Reflexiones críticas y prácticas en torno al régimen jurídico del cambio nacional y transfronterizo del domicilio del menor de edad". *Cuadernos de derecho transnacional*, *12*(2), 795-817. Pp. 816.

[46] Pérez Vera, E. *Informe explicativo Convenio de la Haya de 1980*, párrafo 66.

de menores, Francisco Javier Forcada Miranda[47], respecto al concepto de residencia habitual dice lo siguiente en relación al CH/80 y CH/96 : "El carácter fáctico, pues, de la noción de la residencia habitual aparece con nitidez en ambos textos internacionales (…) «Un cambio de residencia habitual puede ser instantáneo en el supuesto simple de mudanza de una familia de un país a otro, a la que se une la voluntad de cambio y permanencia, y a la vez parece claro que una simple ausencia temporal del niño en el lugar de su residencia habitual por razón de vacaciones, por ejemplo, es algo que per se no modifica en principio la residencia habitual del hijo.

«(…) Por ejemplo, la residencia habitual puede tener que considerase como consecuencia de una mudanza permanente, o de una mudanza más tentativa, aunque tenga una duración indefinida o potencialmente indefinida, o la mudanza puede ser, de hecho, por un plazo de tiempo definido".

Precisamente, en la UE se ha incorporado el concepto de residencia habitual del CH/80, concretamente podemos ver un ejemplo en la STJUE de 22 de diciembre de 2010, el asunto Mercredi y Chaffe[48], donde decía: "es 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".

Al tratarse de un concepto que afecta directamente al menor, las decisiones relativas a su domicilio deben de contar con ciertos requisitos, en el caso español, se exige que los poseedores de la patria potestad de común acuerdo tomen la decisión de ese cambio de domicilio, y a falta de acuerdo sería el juez competente el encargado de decidir. En cualquier caso, el interés superior del menor será el parámetro principal a tomar en consideración.

Precisamente, en el CH/80 ya se observa la importancia del domicilio del menor ya que su objetivo primordial es restituir al menor a dicho domicilio, esto es, para evitar que el traslado a un lugar ajeno le afecte en su desarrollo y le pueda causar cualquier problema.

---

47 Forcada Miranda, J.F. (2015) "Sustracción internacional de menores y mediación familiar". Sepin. Madrid, pp. 123-125.

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

4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Es ahora el momento de pasar a tratar el interés superior del menor de forma específica y rigurosa, pues será el concepto principal sobre el que versará toda la regulación que afecte al menor.

Tradicionalmente este concepto se venía considerando simplemente como principio inspirador de la norma, sin embargo, podemos decir que ha pasado a tratarse de un principio vinculante, pues se trata de una garantía y manera de proteger los derechos subjetivos de los menores a través de una doble función: imperativa y de resolución de conflictos entre derechos.[49]

Actualmente lo podemos encontrar en una generalidad de normas. Está recogido con especial importancia en la Convención de los Derechos del Niño[50], donde en la observación número 14 del Comité de los Derechos del Niño[51] se recoge el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración fundamental y en el artículo 3.1 de la citada Convención se establece que el interés superior del menor debe ser tenido en cuenta por las instituciones, tanto públicas como privadas, y autoridades administrativas u órganos legislativos. Se realiza una interpretación por parte del Comité de derechos del niño de esta concepción de interés superior del menor como consideración fundamental de la que se extraen tres aspectos. En primer lugar, se trata de un derecho sustantivo propio del menor por tanto necesario que sea una consideración primordial. El segundo aspecto se trata de el "interés superior" como principio jurídico interpretativo, así pues, el juez deberá hacer una interpretación particular al caso que resulte la más beneficiosa para el menor. Finalmente, se

[49] Uruguay, XX c/ ZZ s/ reintegro de hijos, Ref INCADAT: HC/E/UY 1322, Considerando II en De La Torre Álvarez, A., (2020) *Sustracción Internacional y retorno del menor: aspectos clave de su evolución normativa en el marco de la UE*. Facultad de Economía y Empresa. Universidad del País Vasco.

[50] Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. Boletín Oficial del Estado, 31 de diciembre de 1990, núm. 313, p.38897 a 38904.

[51] Comité de los Derechos del Niño. *Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).* Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013). CRC/C/GC/14, de 29 de mayo 2013.

trata de una norma de procedimiento, en cada supuesto de hecho se analizan las posibles repercusiones que puede tener la decisión final para el mejor interés de menor. [52]

Igualmente, a nivel europeo contamos con la Carta Europea de los Derechos del Niño[53] y en esta línea, también debemos mencionar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[54], donde su artículo 24.3 recoge "el derecho del niño a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si es contrario a sus intereses".

Al tratarse de un principio indeterminado, su aplicación y la interpretación que hagan los tribunales partirá de criterios acordes con cada situación. La Audiencia Provincial de Barcelona lo dice muy claro "el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado que requiere de concreción en cada caso concreto".[55]

Sin embargo, aunque pueda parecer una desventaja por poder tratarse de una carencia de seguridad jurídica, el mejor modo de interpretar el interés superior del menor será aquel que sea interpretado de acuerdo con las circunstancias particulares que rodeen al menor y de acuerdo con los criterios que surgen de la aplicación del CH/80.

Como decíamos al comienzo, sobre este principio se articula la normativa relativa a la sustracción del menor. Es fácil de comprobar, además, pues lo encontramos en el propio Preámbulo del CH/80, donde se afirma que el interés superior del menor goza de una importancia primordial para todos los Estados signatarios del Convenio, y que éstos deben mostrarse y se muestran deseosos de proteger al menor.[56]

---

[52] Ídem.

[53] Carta Europea de los Derechos del Niño. Boletín Oficial de la Comunidad Europea C 241, 21 de septiembre de 1992.

[54] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea C 83/389, 20 de marzo de 2010.

[55] AAP de Barcelona, sección 18ª, de 4 de abril de 2006. Restitución de menores a Alemania. ECLI:ES:APB:2006:5294.

[56] "Los Estados signatarios del presente Convenio,

Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia,

Centrándonos ahora en la protección del interés del menor dentro del contexto de una sustracción, será fundamental, como venimos anticipando, la restitución inmediata del menor a su residencia anterior/habitual. El principal motivo se encuentra principalmente en que tradicionalmente y coincidiendo con la redacción del CH/80, la figura del sustractor la ocupaba normalmente el progenitor que contaba exclusivamente con el derecho de visita, que acostumbraba a ser el padre, y por el contrario, el progenitor privado del menor solía ser la madre que contaba con la custodia íntegra en el país de residencia del menor, es por eso que se buscaba la restitución inmediata no únicamente por tratarse de su residencia habitual, sino porque allí es donde se encontraba el progenitor cuidador que ostentaba su custodia.[57]

Por otro lado, este principio puede convertirse en un arma de doble filo. Al tratarse de un principio indefinido, se hace necesario que se estudie particularmente caso por caso, observando las circunstancias concretas "tanto personales como del entorno de cada niño"[58], permitiendo así contar con toda la información pertinente que permita adoptar la decisión adecuada sobre el retorno del menor a su residencia habitual.

A pesar de que el juez pudiera determinar que el interés superior del menor está mejor protegidos sin efectuar la restitución, son tan estrictas las excepciones y es tanta la jurisprudencia que dice lo contrario que se asocia de forma casi automática el interés superior del menor con su restitución, aunque, como iremos viendo, desde hace unos años se ha podido comprobar cómo ha ido cambiando la corriente en este aspecto y ya no será igual de sencillo afirmar que la restitución sea la solución más adecuada. Por otro lado, la casi automática exigencia de la restitución venía justificada en el fin de evitar que proliferaran las sustracciones parentales: si no va a servir para consolidar de hecho una situación provocada ilícitamente porque va a ser obligatoria la restitución, entonces no vale la pena seguir ese

---

Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita,

Han resuelto concluir un Convenio a tal efecto y han acordado las disposiciones siguientes: (…)"

[57] Rodríguez Pineau, E., (2018), "La oposición al retorno del menor secuestrado: movimiento en Bruselas y la Haya". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI). Núm.35, p.5-6.

[58] STC 16/2016, de 1 de febrero de 2016, ECLI:ES:TC:2016:16, FJ 10.

camino sino el adecuado de solicitar la custodia en exclusiva y la autorización judicial para el traslado.

En la jurisprudencia precisamente es donde podemos encontrar más manifestaciones de la gran importancia y protagonismo que tiene el interés superior del menor en esta materia. Veremos que todas las resoluciones seguirán una misma línea, siempre fijando las decisiones en pro del interés superior del menor. Como ejemplo, podemos acudir a un Auto de la Audiencia Provincial de Almería de 2004[59], dictado en apelación que se pronuncia así: "el juez debe resolver el interés del menor y en los términos del convenio (…) ninguna de las razones esgrimidas por la apelante, evidencian que la restitución del menor con su padre entrañe el más mínimo riesgo para su interés y bienestar".

Desde la perspectiva de España incluso podemos encontrar este principio en la norma suprema de la nación. La Constitución de 1978, en su artículo 39.2, tal y como recoge el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 2008[60] que dice así: "para la resolución del presente procedimiento, el principio rector no puede ser otro que la salvaguarda del interés preferente y superior del precitado menor a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se trata de garantizar; principio consagrado tanto en la normativa supranacional, como en nuestra propia legislación[61](..) constituyendo principio básico y orientador de la actualidad judicial, que concuerda con el principio constitucional de protección integral de los hijos".

Finalmente conviene hacer una breve mención de forma separada a lo que denominamos "protección del menor", que, si bien que pudiera parecer sinónimo de interés del menor, no es lo mismo, aunque si van de la mano. El menor siempre va a estar protegido, todas las normas parten del punto de proteger al menor ante cualquier situación que le perjudique, sin embargo, cuando haya sido imposible protegerle y se haya producido algún evento que pueda

[59] AAP de Almería, Sección 3ª, de 30 de abril de 2004. ECLI:ES:APAL:2004:198ªA. Un caso en el que la madre sustrae en Holanda al menor y se lo lleva a España, se dicta la restitución del menor a Ámsterdam, en donde era residente habitual, a lo que la madre se opone alegando la excepción del artículo 13 b) CH/80 sobre el grave riesgo del menor.

[60] AAP de Sevilla de 2008, sección 2ª, de 12 de septiembre de 2008, ECLI:ES:APSE:2008:2698A

[61] Código Civil artículos 92, 93, 95, 103.1, 154, 158 y 170 y Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor y disposiciones que regulan cuestiones matrimoniales, paternofiliales o tutelares.

dañarle su integridad, será necesario acudir al concepto del interés superior para reparar dicha situación.

5. EFECTOS EN LOS MENORES VICTIMAS DE UNA SUSTRACCIÓN PARENTAL

La visión que la sociedad tiene en relación con la sustracción de menores es bastante sesgada, ya que, por norma general, consideran que no tiene mayor importancia ya que el menor "está con su padre/madre".[62] Sin embargo, veremos que esa afirmación está carente de fundamento, al menos si no se contextualiza y se estudia el caso concreto; y es que, la realidad muestra que cada familia, cada menor, cada padre o madre serán sujetos únicos que serán partícipes de situaciones excepcionales.

Veremos, que, tanto desde el Reglamento 1111/2019 como especialmente desde la Convención de la Haya se pondrá el foco en el interés superior del menor desde la perspectiva de que la mejor solución a la sustracción del menor será el inmediato retorno de este a su residencia habitual. Es fácil ver que independientemente de que pueda ser la mejor solución para el menor, también se está buscando un mecanismo que permita solucionar el litigio de la forma más rápida posible pero ya contando con que el menor se encuentre en su residencia con el progenitor "principal" y, por ende, su cuidador.

Concretamente, a través del R/1111/2019, además de garantizar el interés superior del menor, se quiere garantizar que no se produzcan las sustracciones que aprovechan la ausencia de fronteras entre los Estados.

El punto que es importante observar, es el hecho de que el retorno del menor es el objetivo y fin y se deja de lado una parte muy importante, que es el acompañamiento del menor antes y después de ese momento. Un estudio relativo a los efectos a largo plazo de la sustracción[63], se centraba en estudiar y analizar los efectos que se producen tanto en el menor sustraído como en todo su entorno, fundamentalmente en el periodo posterior a la sustracción y retorno (o no) a su residencia habitual, pero también se ofrece una pincelada de la situación previa al evento protagonista.

---

[62] Freeman. Op.cit. p.34.

[63] Freeman. Op.cit. P. 35.

En un número significativo de casos, los efectos principales tanto de la sustracción en sí misma, como del posterior retorno, son negativos, observando sobre todo daños psicológicos que, en función del sujeto, pueden llegar a crear graves traumas y problemas tales como depresión, pérdida de la confianza y sentimiento de culpa.[64]

Y es que, volviendo a lo anterior, es inevitable que en muchos de los casos tengan esos efectos negativos, ya que los menores no tienen la misma capacidad de razonamiento que una persona adulta, y aunque la tuvieran, el pasar de vivir en un sitio conocido a otro desconocido es una situación que puede llegar a ser estresante y complicada, sobre todo si se da bajo una situación como la que nos rodea, donde se traslada a otro Estado de forma ilícita.

El CH/80 protegerá en todo momento el interés superior del menor, en tanto que considera que lo primordial para ello será garantizar su rápida restitución a su residencia habitual. Será a través de los Reglamentos de la UE donde veremos que se protege con medidas más concretas ese interés superior.

Sin embargo, una vez la sustracción ha tenido lugar, muchos de los daños son irreparables, y cuanto más se prolongue en el tiempo, más difícil será restituir la normalidad.

5.1 Los efectos en casos de violencia de género o doméstica.

Conviene hacer una mención separada pero evidentemente relacionada sobre una de las causas que crea la mayoría de los casos de sustracción de menores, y, por ende, la mayoría de las consecuencias negativas.

Nos referimos a los problemas familiares, concretamente de violencia de género. Esta problemática afecta a multitud de esferas de la vida, y de ello ya era consciente la Organización para las Naciones Unidas haciéndose eco a través de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979.[65]

[64] Lorente Martínez, I. op.cit. p. 968.

[65] Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

Veremos que muchas veces la sustracción es impulsada como consecuencia de "presuntos" malos tratos del hombre hacia la mujer que decide huir llevándose a los hijos con ella. Es en este momento cuando debemos hablar de la importancia que tendrá determinar si la violencia, de género o doméstica, puede ser calificada como violencia hacia los hijos o solo hacia la mujer o si, en el segundo caso puede llegar a afectar gravemente a los menores, ya que, aunque el daño físico fuera solo hacia la madre, eso podría repercutir en daño psicológico a los menores.[66]

Será necesario atender al caso concreto, evaluar la situación del menor y decidir su restitución o no restitución en función del resultado de dicha evaluación. Será necesario tener certeza de que la decisión esté fundada, con pruebas suficientes pues cualquier traslado ya resultará perjudicial en si mismo a pesar de que sea escapando de un peligro peor. "Es preciso hallar el equilibrio entre proteger a la víctima y justificar la sustracción como mecanismo para evitarla, puesto que la sustracción en sí misma es perjudicial para el o la menor; también cuando se realiza para huir – fin razonable- de una situación de violencia".[67]

Será necesario decir, que, aunque se ordenara la restitución del menor, este no siempre volverá con el progenitor que ejerciera de forma cierta o presunta los malos tratos[68]. Se puede observar fácilmente, que, cuando veníamos señalando las consecuencias negativas de la sustracción, la separación del otro progenitor no era el único problema. Efectivamente el menor se ve alejado de todo su círculo social y entorno conocido, amigos, familiares, colegio, etc. Es por eso por lo que se atenderá al caso particular para encontrar la solución más adecuada y adaptada al menor.

---

[66] Ruiz Sutil, C. (2018) "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores". *Cuadernos de derecho transnacional*, núm.2, pp. 615-641.

[67] Rodríguez Pineau, E. (2019) "Sustracción internacional de menores en casos de violencia familiar". Quicios Molina, M.ªS., Álvarez Medina, S. (Dirs), (2020) Manual del derecho frente a la violencia dentro de la familia: un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad, *Aranzadi Thomson Reuters* , Madrid, pp. 233.254.

[68] Reig Fabado, I. (2018) "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs violencia familiar o doméstica". *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.10, núm 1, pp. 610-615.

6. INSTRUMENTOS LEGALES Y NORMATIVA APLICABLE A LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN DE MENORES Y POSTERIOR RETORNO DEL MENOR.

Si bien es cierto que, en los casos de sustracción de menores, en términos objetivos se circunscribe el litigio a progenitor versus progenitor, no está de más decir, ni mucho menos, que el menor es el sujeto pasivo de la sustracción, es quien sufre los mayores daños, ya sean físicos, como psíquicos o ambos. El menor además de ser alejado del progenitor con el que debiese estar conviviendo, también es apartado su entorno tanto familiar, como social y escolar.[69]

En el plano transfronterizo, los casos de sustracción de menores demandan una regulación desde la cooperación entre Estados. Dentro de la Unión Europea, la creación del "espacio de Justicia, libertad y seguridad" ha permitido crear una a serie de normas relativas a esta materia.[70] Todas ellas tendrán como fin último garantizar el interés superior del menor, que se alcanzará generalmente con su restitución a su hogar, donde residía justo antes de la sustracción.[71]

Por otro lado, en el plano internacional encontramos el CH/80 (aplicable en tanto que el país forme parte de dicho Convenio), que es, sin lugar a duda, la norma principal entorno a la sustracción de menores en el ámbito internacional. Igualmente, se persigue la resolución de los conflictos a través de la cooperación entre Estados, que deviene imprescindible, para lograr la restitución del menor a su país de residencia habitual anterior. En la UE veremos el R 2201/2003 reformado a través del R 2019/1111 que complementa e incorpora todos los elementos que faltaban en el anterior reglamento además de llevar a cabo una adaptación a las nuevas realidades que se presentan en el mundo cada vez más globalizado con muchas más movilizaciones entre fronteras.[72]

---

[69] Calvo Caravaca, L.; Carrascosa González, J. Derecho internacional Privado, Vol. II. 18.ªedición. Granada, Comares, p. 597-558.

[70] De la Torre Álvarez, op.cit. pp-12-13.

[71] Lázaro González, I; Ezquerra Ubero, J., op.cit. p.292-293.

[72] De la Torre Álvarez, op.cit. p.14.

Sin embargo, la proliferación de normas de derecho Internacional Privado puede llegar a complicar el panorama legal, que a su vez puede conducir a, irónicamente, perjudicar el interés superior del menor.[73]

Es imposible negar que, a pesar de todo, si no fuera por los Convenios existentes, el resultado de cualquier sustracción de menores sería la imposibilidad de restitución del mismo a su residencia habitual. Como ejemplo podemos mencionar el caso relativo al menor Eneko, de España, cuyo padre, en 1998, bajo el ejercicio de su derecho de visita lo sustrajo de España de forma ilícita. El menor se encontraba en Yemen, y al no tratarse de un Estado parte de ningún Convenio relativo a esta materia, el procedimiento para poder llevar a cabo su restitución fue muy complejo, además durante el tiempo transcurrido, el menor se había integrado perfectamente a su nueva residencia. Finalmente, y gracias a asistencia política en Yemen y negociación entre los gobiernos de España y la República árabe de Yemen se pudo retornar al menor a España dos años después, en el año 2000.

6.1 Convenio de Luxemburgo del Consejo de Europa de 20 de mayo de 1980[74]

El objetivo de este Convenio será resolver aquellos problemas suscitados por la sustracción internacional de menores, como dice en su artículo 14, mediante la vía del exequátur de las decisiones relativas a la custodia de menores a través de un procedimiento simple y rápido.[75]

Los Estados parte, que habían ratificado el Convenio en el momento de su creación fueron los siguientes: España, Luxemburgo, Portugal y Suiza, por otro lado, Francia lo había aprobado.

---

[73] Herranz Ballesteros, M (2004) *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado*. Valladolid. Vol. 3, Lex Nova. Pp. 57.59.

[74] Instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1984 del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. BOE» núm. 210, de 1 de septiembre de 1984, páginas 25291 a 25295.

[75] Artículo 14: "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.

El progenitor que solicita la restitución de su hijo para restablecer su derecho de custodia tiene a su disposición un procedimiento rápido para lograr que en el país donde se encuentra el menor el exequátur de la decisión judicial, así se podrá ordenar su retorno.[76]

Vemos así que en este Convenio encontramos un sistema más rápido y flexible para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en materia de custodia del menor y visitas[77], que la tramitación necesaria en ausencia de convenio, como demostró el caso de Eneko explicado supra.

Sin embargo, este Convenio de Luxemburgo no es aplicable en las relaciones entre Estados Miembros de la Unión Europea desde la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003, lo que ha reducido significativamente su campo de acción[78], pero simplificando mucho todo el procedimiento.

En los artículos 9 y 10 del Convenio de Luxemburgo encontramos una serie de causas tasadas de denegación del exequátur de la decisión extranjera que permite identificar distintas situaciones. En concreto, vemos los siguientes casos:

- En primer lugar, la Restitución inmediata del menor: el anti-exequátur, se trata de una restitución de plano, sin necesidad de exequátur de ninguna decisión extranjera. Se da a su vez en tres casos según el articulo 8 del Convenio de Luxemburgo.
    - Por un lado, ante lo que se ha denominado "internacionalización ficticia de un supuesto interno" ya que es en el caso de que tanto los padres como el hijo menor tienen la nacionalidad del Estado originario de la decisión, el menor tenía su residencia habitual antes del ilícito en dicho Estado y además el retorno se solicita antes de que pasen los primeros seis meses posteriores a la sustracción. Se procederá a la restitución inmediata del menor.
    - Por otro lado, en segundo lugar, se defenderá el respeto a los acuerdos previos homologados siempre que fueran aplicables.
    - Siguiendo con el siguiente motivo, será para proteger los derechos de visita, mediante el respeto a las decisiones de las autoridades competentes. Suele ser

[76] Calvo Caravaca, A. L.., y Carrascosa González, J. (2003). "Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)". *International law: Revista Colombiana de derecho internacional*, núm 2 Pontifica Universidad Javierana. Pp. 168.

[77] Artículos del 13 al 16 y del 7 al 10 del Convenio de Luxemburgo.

[78] Calvo, A.L y Carrascosa, J. Derecho Internacional Privado. op.cit. pp. 546-547.

el caso más común en el que el progenitor con el exclusivo derecho de visita aprovecha para sustraer al menor a un Estado diferente. Se procederá a la restitución inmediata cuando la solicitud de retorno se haya presentado dentro de los seis meses siguientes al secuestro.

- En segundo lugar, encontramos el Exequátur simplificado, del artículo 9.1 del Convenio. Cuando la solicitud de regreso del menor haya sido presentada dentro de los seis meses siguientes al secuestro se aplica el exequátur simplificado. Y así, la ejecución de la resolución solo se podría denegar en las siguientes ocasiones.
    - En el apartado a) se dice que solamente podrá ser rechazado cuando exista una infracción de los derechos de defensa por no haberse notificado el documento que incoa el procedimiento.
    - En el apartado b), ocurrirá cuando se determine que la autoridad que dictó la resolución, en los casos que el demandado estuviera ausente en el proceso de origen o hubiera operado sin representante legal, no tuviera la competencia para hacerlo.
    - Finalmente, en el apartado c), será imposible eliminar el exequátur cuando en el Estado receptor exista una decisión judicial que verse sobre la custodia del menor que sea incompatible con la decisión extranjera, siempre que fuese ejecutiva en el Estado requerido antes del traslado del menor.

- Por último, llegamos al Exequátur reforzado, lo encontramos en el artículo 10.1, que será de aplicación cuando la solicitud de reconocimiento y exequátur ha sido presentada pasados los seis meses desde el traslado del menor. Podrá verse denegado en las siguientes circunstancias.
    - Primero, en el apartado a) dice que se denegarán por las mencionadas del artículo 9.
    - En el apartado b) dice que cuando la resolución extrajera no sea compatible con los principios generales del derecho del Estado requerido. Se denomina también orden público internacional.
    - En el apartado c) se trata sobre el caso de que haya habido modificación de las circunstancias y por tanto los efectos de la resolución de origen no respeten el interés superior del menor.
    - En el apartado d) se anulará cuando el menor tuviera la nacionalidad del Estado requerido o este fuera el de su residencia habitual y hubiera perdido

esos lazos con su anterior Estado o que tuviera ambas nacionalidades, pero su residencia se encontrara en el Estado requerido.

Parte de la doctrina[79] considera que las causas de denegación del exequátur son excesivas y que no existe un progreso en relación con las normas que regulan el exequátur en el Derecho Internacional de los diferentes Estados. El procedimiento de exequátur puede llegar a alargarse bastante en el tiempo, y precisamente en materia de sustracción de menores, donde el tiempo es crucial, la necesidad de seguir recurriendo al exequatur hace que se complique la resolución y pudiendo poner en peligro a los menores.

6.2 Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980

Este Convenio fue adoptado en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Esta conferencia es una organización intergubernamental, cuyo propósito es "trabajar para la progresiva unificación de las reglas de Derecho internacional privado" (artículo 1 del Estatuto de la Conferencia de la Haya). El principal método utilizado para alcanzar este objetivo consiste en la negociación y elaboración de tratados multilaterales, que se llaman "Convenios de La Haya".[80]

Son un total de 101 los Estados parte de este convenio.[81]

---

[79] Lorente, I. Op cit. "La integración europea en el Derecho de Familia. Sustracción internacional de menores: el caso Juana Rivas". Pp.165.

[80] Definición extraída de la página web oficial de La Organización mundial para la cooperación transfronteriza en materia civil y comercial. En: https://www.hcch.net/es/faq. Consultado el 1.08.21.

[81] La organización mundial para la cooperación transfronteriza en materia civil y comercial. 28: Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Última actualización el 19 de julio de 2019. Número de partes contratantes: 101. El término "Parte contratante" comprende los casos en los que el Convenio ha entrado en vigor, y los casos en los que aún no ha entrado en vigor. Obtenido de: https://www.hcch.net/es/instrumentsconventions/status-table/?cid=24 Consultado el 3.08.21.

De acuerdo con el artículo 4, este Convenio solo será de aplicación en aquellos casos en los que, tanto el país donde se ha trasladado ilícitamente al menor como el país desde donde se ha trasladado sean parte del Convenio.

A pesar de ser la norma central en la materia de sustracción internacional de menores y a su inmediata restitución, deja sin regular lo relativo a la responsabilidad parental[82]. Aunque podrían circunscribirse en uno solo, son dos diferentes los objetivos que persigue este Convenio, en primer lugar busca la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual, en segundo lugar busca que los derechos de guarda, custodia y visita establecidos en un Estado sean respetados por los demás; sin embargo el primer objetivo gozará de mayor atención en detrimento del segundo, fundamentalmente para evitar que la permanencia del menor se dilate en el tiempo pudiendo eso provocar mayores dificultades para su resolución.[83]

Este primer objetivo se basa en el principio conocido como "solve et repete", significa que en primer lugar se debe devolver al menor a su residencia habitual, y una vez resuelto ese asunto, se pasa a tratar el resto de los aspectos que pueden considerarse accesorios según el Convenio, y consisten en determinar a quién corresponden los derechos de guarda y visita, el derecho a decidir sobre la residencia del menor, etc.

Esta explicación del término "solve et repete" la encontramos en lo que nos dice Santiago Álvarez, "primero se retorna al menor y luego, en su caso, se discute sobre quién ostenta legítimamente los derechos de guarda y visita y dónde y cómo pueden ejercerse tales derechos"[84]. O "primero se retorna al menor y luego, en su caso, se discute sobre a quién corresponden los derechos de guarda y visita y el derecho a decidir sobre la residencia del menor.[85] En esencia, y relacionándolo con el objetivo principal del CH/80 y tal y como dice Pérez Vera, también relativo al principio "solve et repete": "dado que un factor característico de las situaciones consideradas, reside en el hecho de que el sustractor pretende que su acción

[82] Pérez Vera, E. op.cit. Párrafo 39.

[83] Calvo Caravaca, L; Carrascosa González, J, Derecho Internacional Privado. op.cit. p.610.

[84] Álvarez González, S, (2002) "Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16. Pp.45.

[85] Liébana Ortiz, J.R. (2015) "El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores". *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, REDUR, (13), Pp. 83-110. P. 91.

sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, un medio eficaz de disuadirle, consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. Para alcanzar este objetivo, el Convenio consagra en primer lugar entre sus objetivos el restablecimiento del statu quo mediante la "restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante".[86]

El pasar a resolver la controversia que subyace en esos asuntos en segundo lugar no pretende restarles importancia, al contrario, se busca resolver en primer lugar la restitución para de esa forma pasar a los siguientes asuntos externos con mayor confianza y seguridad.[87]

La acción de restitución directa del menor será la solución que se dará ante esos dos casos mayoritarios. En primer lugar, aquel en el que un progenitor tiene otorgada la custodia y el otro, que cuenta con el derecho de visita vulnera su derecho sustrayendo al menor para llevárselo a otro Estado, y, en segundo lugar, cuando ambos cuenten con la custodia, compartida, y uno de los padres sin consentimiento del otro traslada al menor a otro país,[88]

6.2.1 El tiempo como factor de gran relevancia

El principal motivo de esa urgencia para retornar al menor se encuentra en el tiempo, "el factor tiempo es esencial en estas situaciones. Se persigue, ante todo, minimizar los efectos negativos sobre el menor y evitar su integración en un nuevo medio, pero también impedir que el sustractor obtenga ventaja del paso del tiempo desde un punto de vista jurídico como consecuencia de lo anterior".[89]

---

[86] Pérez Vera, E. Informe explicativo del Convenio núm. XVIII de la Conferencia de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores. P. 4.

[87] Ídem.

[88] Lorente Martínez, I. sustracción internacional de menores, estudio jurisprudencial, práctico y critico. Op.cit. Pp. 78.

[89] Azcárraga Monzonis, C y Quinzá Redondo, P. (2018) "Sustracción internacional de menores y Convenio de la Haya de 1980. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 3ª) núm. 377/2017 de 29 de junio*, Cuadernos de derecho transnacional*, núm.2, pp. 794-802.

Y, de igual manera: "solo una gestión urgente, sumaria y ágil de los procesos de restitución es acorde al interés superior del menor y permite disuadir futuras sustracciones o retenciones ilícitas, algo que es un objetivo del Convenio de 25 de octubre de 1980"[90].

Además, el transcurso del tiempo es importante por motivos objetivos. Si acudimos al artículo 12 del CH/80 podemos ver que la restitución del menor puede verse denegada si se dan determinadas circunstancias[91]. Si desde el traslado ha pasado menos de un año no debería suscitar demasiados problemas, la restitución se autoriza sin complicaciones. Sin embargo, si ha pasado más de un año, se podrán alegar determinadas causas de denegación, siendo la más común o utilizada la integración suficiente del menor en el nuevo entorno, es decir, en el lugar donde se le retuvo o trasladó de forma ilícita. Evidentemente dicha integración deberá ser adecuadamente acreditada, ya que supone una excepción al objetivo principal de restitución a su residencia habitual.

6.2.2 La cooperación entre Estados por medio de las Autoridades Centrales.

Por medio del artículo 7 del CH 80 se establece un sistema de cooperación entre los Estados parte y sus Autoridades Centrales que tendrán por objetivo buscar y adoptar las medidas necesarias que permitan la restitución del menor lo antes posible. Sin embargo, "el Convenio no especifica en absoluto cuáles deben ser la estructura y la capacidad de acción de las Autoridades Centrales, dos aspectos que serán necesariamente regidos por la ley interna de cada Estado contratante"[92], eso tiene su motivo en razones bastante evidentes, y es en realidad algo ventajoso, y es que cada Estado miembro y su Autoridad Central tienen unos modos de actuación y sistemas muy diferentes, lo que hace muy complicado el establecimiento de parámetros idénticos para todos.

Del mismo artículo extraemos que el Convenio reconoce que las tareas y obligaciones que derivan del mismo pueden y deben ser llevadas a cabo directamente por las Autoridades Centrales, así dejando margen de actuación a cada Estado para que adopte las medidas más adecuadas basadas en su normativa interna. En determinados casos la Autoridad Central no

---

[90] Forcada Miranda, F.J. (2016) *El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: la decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015* (parte 1), Revista Bitácora Millenium, núm.3.

[91] Lorente Martínez, I. op.cit. p.95.

[92] Pérez Vera, Op. Cit. párrafo 45.

será la destinataria de la obligación, o no la más adecuada para cumplirla, pero en todos los casos será la responsable de determinar el destinatario de la obligación en su "condición de organizador".[93]

6.2.3 El objeto nuclear del Convenio

En apartados anteriores veíamos en lo que consistía el interés superior del menor, y lo cierto es que el mérito o la culpa de su actual concepción la tiene en gran parte el CH 80. El Convenio ha recibido muchas críticas porque priorizaba la restitución del menor a un análisis más exhaustivo del interés superior del menor, porque, aunque en la gran mayoría de casos se protejan (o protegían[94]) así sus intereses, no es la totalidad, y no se debería restar importancia a ese sector.[95]

Precisamente desde la redacción del Convenio ha habido muchos cambios, la sociedad ha evolucionado en algunos aspectos que seguramente los negociadores ni se imaginaban. La familia tradicional ya no existe, o al menos, no es la única, actualmente son más los casos donde la custodia es compartida por ambos padres por lo que no siempre el retorno al lugar de residencia será la opción más clara o lógica, también será cada vez más habitual que el sustractor que tradicionalmente venía siendo el padre, pase a ser ahora la mujer, como escapatoria de situaciones de violencia doméstica. Esto es señal de que, aunque el retorno pueda ser eficaz para poder continuar con todo el proceso con las mayores garantías, se deberá llevar a cabo un análisis caso por caso, en atención a las circunstancias particulares, manteniendo el interés superior del menor siempre en el punto de mira.[96]

---

[93] Ibidem.

[94] Así lo tratábamos anteriormente, ya que, en el momento de elaboración del Convenio, todos o la mayoría de los casos de sustracción eran producidos por el padre que contaba únicamente con el derecho de visita y, por tanto, la misión del CH era devolver al menor con su progenitor cuidador, la madre, en su lugar de residencia habitual.

[95] Rodríguez Pineau, E., Op. Cit. "La oposición al retorno del menor.", p.2.

[96] Ídem, pp.5-6.

6.3 Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

Igual que el CH/80, este Convenio también se elaboró en el marco de la Conferencia de la Haya de derecho Internacional Privado.

Sus objetivos principales versarán sobre lo relativo a la Responsabilidad parental y protección del niño, concretamente se perseguirá evitar conflictos entre diferentes ordenamientos y sistemas jurídicos. Ya en su artículo primero, encontramos diferentes puntos que ayudarán a la consecución de dicho objetivo.

En primer lugar, se determinará la competencia judicial internacional a través de normas encaminadas a señalar la jurisdicción estatal competente para conocer de un litigio en concreto, es decir, determinar el Estado del foro competente. En segundo lugar, y después de haber resuelto lo relativo a la competencia internacional, haciendo de las normas sobre la ley aplicable se determinará la ley aplicable, que por tanto será la indicada para resolver el litigio. Finalmente, serán de aplicación las normas de reconocimiento y ejecución para definir la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales, asegurando y garantizando así que las medidas de protección son reconocidas y ejecutadas en todos los Estados parte del Convenio.

Este Convenio es pues clave ya que reúne los tres elementos cruciales regulados por el Derecho Internacional Privado adaptándolo a las materias de responsabilidad parental y protección del menor, como hará de forma más precisa, a nivel europeo, el Reglamento 2201/2003, al que sustituirá el nuevo Reglamento 2019/1111.

El Convenio de 1996, en su artículo 3 junto con el 2 y 4, establece los mecanismos que empleará para cumplir los objetivos ya mencionados. En primer lugar, y a diferencia del Convenio de 1980, en lo relativo al ámbito de aplicación (objetiva) encontramos que en este caso se aplicará a niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años (en el Convenio de 1980 son 16). Por otro lado, entre las exclusiones del ámbito objetivo que por tanto no caerán en el campo de aplicación Convenio, vemos las siguientes:

"a) el establecimiento y la impugnación de la filiación; b) la decisión sobre la adopción y las medidas que la preparan, así como la anulación y la revocación de la adopción; c) el nombre y apellidos del niño ; d) la emancipación; e) las obligaciones alimenticias; f) los trusts y

sucesiones; g) la seguridad social; h) las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud; i) las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud; i) las medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños; j) las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración".

Vemos que este Convenio seguirá la línea del CH/80, complementándose recíprocamente, buscando la colaboración entre Estados y jurisdicciones, con el objetivo de garantizar la mejor protección posible al menor.

6.4 Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 -> sustituido por el Reglamento 2019/1111

6.4.1 Antecedentes, contexto y evolución

El Reglamento de 2003 sigue estando en vigor hasta agosto de 2022 cuando comenzará a aplicarse el Reglamento de 2019, pero para llegar a este punto, se ha tenido que pasar por reglamentos y propuestas sucesivas que detallaremos a continuación.

En primer lugar, debemos mencionar el Reglamento 1347/2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes.[97]

Llamado Bruselas II porque regulaba las mismas cuestiones que el Reglamento Bruselas I pero en otra materia (competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil). Este Reglamento supuso la transformación de un Convenio que se estaba acordando entre los Estados miembros de la UE cuando esta materia pasó a estar comunitarizada por efecto de la entrada en vigor del Tratado de Niza[98] de modificación de los Tratados fundacionales, lo que supuso el cambio de instrumento jurídico pasando de uno propio del Derecho internacional (Convenio) al típico del Derecho comunitario: el

[97] DOUE-L-2000-81112, de 30 de junio de 2000.

[98] Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001. «BOE» núm. 267, de 7 de noviembre de 2001. Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Niza el día 26 de febrero de 2001.

Reglamento. Pero no llegó a entrar en vigor porque antes se vio sustituido por un nuevo Reglamento más completo, que contemplaba tanto los supuestos de hijos comunes como no comunes: el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.[99]

El Reglamento 2201/2003 es el actual Reglamento, como ya sabemos, y trata de regular todo lo concerniente al traslado del menor de un Estado Miembro a otro, siempre que ambos Estados sean firmantes del mismo. Al aprobarse en sustitución del reglamento Bruselas II pasó a denominarse Reglamento Bruselas II Bis desde su entrada en vigor.

Luego podemos encontrar un intento de reforma que no prosperó, se trata de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial.[100] Se pretendió la introducción de cambios en lo relativo a las normas de competencia judicial internacional en materia matrimonial, además de normas de conflicto uniformes en relación con la separación judicial y el divorcio. Además, el requisito de la unanimidad en el sector del derecho de familia impidió que pudiera aplicarse esta reforma, por lo que finalmente se optó por la creación de un Reglamento independiente, que se limitó a regular materias relativas a la ley aplicable por el juez para resolver el litigio, que fue aprobado mediante el sistema de cooperación reforzada[101], es el Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial)[102].

Unos años después encontramos el segundo proceso de reforma, en 2016, con la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre

[99] DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

[100] Bruselas, 17.7.2006, COM (2006) 399 final.

[101] Campuzano, B. "El nuevo Reglamento (UE) 2019/111: Análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental." Ob cit. pp. 98.

[102] DOUE L 343, de 29 de diciembre de 2010.

sustracción internacional de menores (refundición).[103]Esta propuesta, de gran calado, será la que derivará en el Reglamento de 2019, por lo que la consideramos el anteproyecto del nuevo Reglamento 2019/1111.

En esta propuesta encontramos determinadas cuestiones que el próximo Reglamento debería incluir y son las siguientes:

1. Una regulación de la sustracción internacional de menores, especialmente el procedimiento de restitución de los menores. De gran utilidad pues el anterior Reglamento de 2003 no se encontraba desarrollado, lo que hacía necesario acudir al CH/80 en todos aspectos que no contemplara.
2. El acogimiento transfronterizo de un menor, esto es, las situaciones en las que un órgano jurisdiccional o una Autoridad prevea el acogimiento de un menor en una familia o una institución del otro EM.
3. La supresión del procedimiento de exequatur para todo tipo de resoluciones adoptadas en virtud de la normativa comunitaria.
4. La ejecución efectiva de las resoluciones, mediante la introducción de medidas concretas que tienen la finalidad de mejorar la eficacia de la ejecución propiamente dicha.
5. La inclusión de la obligación de que el menor tenga la oportunidad de expresar sus propias opiniones en todo tipo de procedimientos sobre responsabilidad parental.
6. El refuerzo en la Cooperación de Autoridades Centrales.

A continuación, trataremos lo relativo al nuevo Reglamento y veremos la regulación que efectivamente ha adoptado, y si sigue las líneas pautadas por el proyecto.

[103] Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), Propuesta de Reglamento del Consejo Relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Bruselas, 30.6.2016, COM (2016) 411 final. P.14.18.

7.4.2 Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)[104].

Debemos pues centrar nuestra atención a este último reglamento, a pesar de que no sea aún de aplicación, es tan cercana su entrada en vigor que no podemos ignorarlo y será la nueva norma que tendremos que utilizar por lo que será necesario ir familiarizándonos con ella.

Dicho reglamento surgió por la necesidad de corregir algunas deficiencias y untos débiles del anterior Reglamento. Con sus novedades y reformas se ha pretendido lograr una mejor adaptación de la regulación a las necesidades actuales mejorando la efectividad en la aplicación de las normas que producirán unas soluciones mucho más eficaces tanto en los supuestos de sustracción internacional de menores como en los relativos a responsabilidad parental con elemento internacional o transfronterizo que fueran planteados ante las autoridades judiciales de los Estados Miembros.

Una de las principales novedades será la introducción de un nuevo capitulo dedicado exclusivamente a la sustracción internacional de menores, el Capítulo III, permitiendo así solucionar alguno de los problemas que suscitaba el anterior Reglamento respecto a la restitución del menor y mejorando la ejecución de las decisiones de retorno, poniendo el acento en el interés superior del menor.

7.4.3 Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución

Principalmente, veremos que en el artículo 7 del R 2019/1111 se determina la competencia general que dice lo siguiente: "los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional". Desde el primer momento nos encontramos con el concepto de residencia

[104] DOUE L 178, de 2 de julio de 2019.

habitual, y como fundamental que es, será necesario que los órganos jurisdiccionales analicen y decidan si concurren los requisitos de permanencia estable y habitualidad.[105]

Y, de igual manera, en el artículo 9 sobre competencia en caso de traslado o retención ilícitos de un menor "… en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y …".[106]

---

[105] Del Ser López, A. y Carrizo Aguado, D. (2019) Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de "residencia habitual del menor" y estudio de la competencia residual, Revista Aranzadi Unión Europea, núm. 10.

[106]Continúa: "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 fijado en el inciso i),

iii) que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya denegado una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia por motivos distintos de los contemplados en el artículo 13, apartado 1, letra b), o el artículo 13, apartado 2, del Convenio de La Haya de 1980 y que la resolución ya no sea susceptible de recurso ordinario;

iv) que no se haya acudido a ningún órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el artículo 29, apartados 3 y 5, en el Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos;

v) 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 los derechos de custodia que no implique la restitución del menor."

Es fácil concluir pues, que se buscará que los tribunales de la residencia habitual del menor mantengan la competencia, entre otros motivos, como método preventivo para desincentivar a aquellos progenitores que buscan el amparo y beneficio de los tribunales del país al que se trasladan con el menor o menores.

Para los casos que supongan problemas para determinar la residencia habitual, encontramos en el Considerando 25 del R/2019 lo siguiente:

"En el supuesto caso de que no se pudiera determinar la residencia habitual del menor y tampoco pudiera determinarse sobre la base de un acuerdo de elección del foro, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor. (…) No obstante, a la luz del presente Reglamento en relación con el artículo 52, apartado 2, del Convenio de la haya de 1996, esta norma sobre la competencia solo debe aplicarse a los menores que tuvieran su residencia habitual en un Estado miembro antes del desplazamiento. Si la residencia habitual del menor antes del desplazamiento estaba en un tercer Estado, debe aplicarse la norma sobre la competencia relativa a los menores refugiados e internacionalmente desplazados que figura en el Convenio de la Haya de 1996."

En relación con el exequátur y el reconocimiento de sentencias, es primordial atender a lo que nos referimos con dicho concepto: se trata de un "Procedimiento especial para homologar actos y resoluciones pronunciados por autoridades extranjeras y declararlos ejecutivos en el foro."[107] O, dicho de otra forma, "El exequatur es el procedimiento del derecho internacional, por el cual los tribunales españoles se encargan de la homologación de una sentencia o laudo extranjero a fin de que tenga plena eficacia. Para que pueda producirse este reconocimiento, se deben cumplir ciertos requisitos. Está regulado por varias leyes y se aplica a distintos tipos de medidas o resoluciones judiciales extranjeras."[108]

Una vez homologada una resolución, podrá ejecutarse como si se tratara de una decisión judicial del propio Estado. En la práctica, el procedimiento del exequatur también se utiliza para denegar dicha posibilidad en casos preestablecidos. Por lo tanto, si

---

[107] Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020. Obtenido en : https://dpej.rae.es/lema/exequatur consultado el 11.08.21.

[108] Exequátur, Conceptos Jurídicos. 2021. Obtenido en https://www.conceptosjuridicos.com/exequatur/, consultado el 11.08.21.

explícitamente se dice que no va a ser necesario aplicar el procedimiento de exequátur, quiere decir que la sentencia extranjera tendrá aplicabilidad directa.

En el R 2201/2003 en su artículo 11.8 encontramos lo siguiente: "aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor". En otras palabras, si tras una resolución de no restitución, un juez dicta otra ordenando la restitución y es el juez competente para resolver el fondo del asunto, esa resolución se ejecuta sin necesidad de exequátur.

En el R 2019/1111, el artículo 34 que dice: "las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre cuestiones de responsabilidad parental que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro serán ejecutivas en otro Estado miembro sin que sea necesaria una declaración de fuerza ejecutiva". Y, por otro lado, en el art. 43.1 encontramos lo siguiente: "las resoluciones contempladas en el artículo 42, apartado 1, dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial y sin que sea posible oponerse a su reconocimiento, a menos y en la medida en que la resolución sea declarada irreconciliable con una resolución posterior a que se refiere el artículo 50."

Es decir, no será necesario el exequátur pues las resoluciones se ejecutarán directamente. Precisamente esto es así para para que las autoridades competentes actúen con urgencia encaminada a cumplir el objetivo prioritario que es la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual.

En el Reglamento (2201/2003) en su artículo 42.2 encontramos lo siguiente: "El juez de origen que dictó la resolución mencionada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40 emitirá el certificado previsto en el apartado 1 únicamente: a) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto o se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; b) si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y c) si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980."

Por otro lado, en el R 2019, en el considerando 39, sobre la audiencia del menor leemos: "…aunque la audición del menor es un derecho de este, no debe constituir una obligación absoluta, sino que debe evaluarse teniendo en cuenta su interés superior, por ejemplo, en los casos que lleven aparejados acuerdos entre las partes".

Se reconoce en términos generales el derecho del menor a expresar sus propias opiniones en todo tipo de procedimientos, siempre teniendo en cuenta su edad y madurez, para establecer si estos tienen capacidad suficiente para formarse sus propios juicios, tal y como encontramos en el artículo 21. Aunque este precepto sea de aplicación en cualquier procedimiento que tenga relación con la responsabilidad parental, se observa un especial protagonismo a los asuntos relativos a la sustracción de menores y su restitución.

Si previamente con el Reglamento de 2003 en su artículo 11.2 el menor solo tenía posibilidad de audiencia en las circunstancias excepcionales de los artículos 12 y 13 del CH 80, con el nuevo Reglamento, en su artículo 26 se dice que ahora el menor tendrá dicha posibilidad en cualquier procedimiento de retorno. Este cambio es una muestra más de la importancia que escuchar al menor será clave en muchas ocasiones para proteger correctamente el interés superior del menor.[109]

El anterior reglamento también suscitaba muchos problemas pues los plazos que establecía para las fases del procedimiento no quedaban demasiado claros. Se trataba de un plazo de 6 semanas, en ese periodo era muy complicado completar todas las fases del procedimiento de la restitución del menor y, además, carecía de concreción respecto a si esas 6 semanas correspondían a cada instancia o si se debería incluir en ese periodo los recursos y la ejecución de la correspondiente orden de restitución.[110]

Con la reforma se ha atajado este inconveniente, pues ahora se especifica en el artículo 24 del R 2009 que el periodo de 6 semanas será para cada instancia judicial desde la interposición de la demanda o recursos, 6 semanas para dictar una resolución sobre la

[109] Rodríguez Pineau, E., "La Refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional Privado Europeo", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.69/1, enero-junio 2017, (139-165) pp. 155-156.

[110] Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), Propuesta de Reglamento, p.3.

restitución (24.2) que sumaría 12 semanas para el caso en el que se recurriera la decisión, pues serían otras seis semanas para la resolución del recurso (24.3).

Además, para la ejecución se contemplan seis semanas más, haciendo un total de dieciocho semanas para llevar a cabo el procedimiento al completo. Observamos un gran cambio, pasando de la incertidumbre de las seis semanas del anterior R a las dieciocho del nuevo que ofrecerán un sistema más garantista y unificado para los Estados Miembros.

Podemos hacer mención específica a la obligatoriedad de audiencia del menor y su regulación en los diferentes reglamentos (2003-2019). Lo cierto, o lo que parece, es que, aunque el nuevo precepto no contradiga al anterior, si pudiera parecer que la eliminación de ese requisito para la ejecutabilidad suscita el matiz de que antes, en el R de 2003, se podrá denegar la orden de restitución si se considera que algún derecho fundamental ha sido vulnerado, y el derecho de audiencia del menor es un derecho fundamental. Podemos decir que salvo que se considerara innecesario (por motivos de edad o madurez), el derecho de audiencia debería ser respetado.

Por otro lado, con el R de 2019, parece ser que es a la inversa, de modo que tampoco se exige, pero se llevará a cabo cuando se den motivos que justifiquen la vulneración.

Una vez tomada una decisión, en el nuevo reglamento encontramos un mayor desarrollo en lo relativo a la expedición del certificado de restitución, dedicándole la Subsección 3 de la Sección II del Capítulo IV. En su artículo 47 se establece que son necesarios tres requisitos del artículo 47.3 para que el juez pueda expedir el certificado, en primer lugar, el juez deberá comprobar si se ha dado la oportunidad a las partes afectadas a ser oídas, en segundo lugar, si el menor ha tenido la oportunidad de expresar su opinión conforme a lo dispuesto en el artículo 21 o, en caso de haberse dictado la resolución en rebeldía, que se haya producido una notificación adecuada o, si este no es el caso, que conste de forma inequívoca que el notificado ha aceptado la resolución.

Y, de igual manera, cuando el certificado ordene la restitución del menor a su país de residencia habitual, donde residía anteriormente, solo podrá expedirse en caso de que el órgano jurisdiccional haya tenido en cuenta las razones y los hechos contemplados en la resolución dictada por el Estado miembro que denegaba la restitución invocando la existencia de las circunstancias del artículo 13 b) o del artículo 13.2 del CH 80. Posteriormente y una vez obtenido el certificado correspondiente, el procedimiento de

ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro se guiará por lo establecido en el Estado miembro de ejecución siguiendo lo indicado en el artículo 51 del R 2019/1111.

7.4 La ley aplicable

Podemos ver que será el CH/80 por el que se determine la Ley aplicable entre los Estados Parte de dicho Convenio y del Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores. Pero no se impide que se aplique otras normativas "del Estado requerido para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o esté retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita".[111] En el R/2019 encontramos en su artículo 95, relativo a las relaciones con determinados convenios multilaterales, que dicho Reglamento primará frente a los Convenios siguientes cuando se refieran a materias reguladas por el presente Reglamento, sin embargo en relación con la Ley Aplicable no encontramos un apartado que lo regule por tanto deberemos acudir a lo mencionado en el CH/80.

8 EXCEPCIONES A LA RESTITUCIÓN DEL MENOR

El objetivo principal del CH/80 será la restitución del menor a su lugar de residencia habitual, sin embargo, habrá ocasiones en las que esto no opere de manera automática ya que se darán determinadas circunstancias que exceptuarán el retorno del menor. Dichas excepciones las encontramos también en el CH/80, y corresponde al tribunal competente según el Convenio comprobar si dichas excepciones, alegadas por las partes, son de aplicación o no. La interpretación que se haga de las siguientes excepciones deberá ser restrictiva, ya que, como la propia palabra indica, son situaciones de carácter excepcional, y se tendrá que atender caso por caso, prestando especial atención al interés superior del menor.

8.4 Incidencia del tiempo que transcurra mientras se resuelve el litigio y la integración del menor en su nuevo lugar de residencia.

[111] Artículo 34 del Convenio de la Haya de 1980.

En primer lugar, encontramos la causa temporal y de integración en un nuevo lugar, concretamente podemos leer en el artículo 12 del CH/80 lo siguiente: "… después de la expiración del plazo de un año…se ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente", será necesario por tanto acreditar esa integración efectiva, o de lo contrario se procederá a la restitución. Para ello el juez atenderá al nuevo entorno, tanto familiar, como social y cultural, y deberá confirmar si dicho entorno podrá garantizar el correcto desarrollo del menor, y que además dicho desarrollo sea mejor y más beneficioso, física y mentalmente, que el que tendría en caso de retorno.

8.5 Actitudes de no oposición del titular del derecho de custodia

Por otro lado, en el artículo siguiente, el 13.I a), encontramos más excepciones. En primer lugar, no se tiene que llevar a cabo la restitución si "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."

8.6 Riesgo del peligro grave para el menor

A continuación, en el siguiente apartado: 13.I b) se da el caso de que se determine que existe un "riesgo grave de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable." Es evidente que el interés superior del menor no estaría protegido si se procediera a la restitución a sabiendas de esas circunstancias que podrían perjudicarle.[112]

En la Séptima reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio y su Guía de buenas prácticas en la aplicación del artículo 13 b)[113], se informó de que el

[112] Lorente Martínez, I. (2019) "La integración europea en el Derecho de Familia. Sustracción internacional de Menores: el caso Juana Rivas" *Ars Iuris Salamanticensis*, Vol. 7, pp.159.206.

[113] Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños

motivo principal de la creación de la Guía era que este precepto (el artículo 12 b)) suscita muchas controversias y por eso ha querido facilitar su entendimiento, promoviendo la coherencia en la aplicación e interpretación del mismo por parte de los diferentes tribunales y administraciones de los países firmantes del Convenio.

A través de esta Guía de Buenas prácticas se instará a los tribunales a evaluar si el Estado requirente cuenta con las medidas suficientes y si se encuentra capacitado para tomar todas aquellas medidas necesarias para revenir y/o evitar el grave riesgo al que se enfrentaría el menor. Si después de dicho estudio se determina que el Estado no es capaz de garantizar la suficiente protección y seguridad al menor, no se procedería a la restitución.[114]

En el nuevo Reglamento 2019/1111, en su artículo 27.3 se establece la imposibilidad de denegar la restitución en el caso de que el órgano jurisdiccional considerase la posibilidad de no retornar al menor únicamente sobre la base de la excepción contenida en el artículo 13.1. b) del CH/80. En relación con el anterior R, se ha sustituido el término "medidas" por "disposiciones" quedando redactado de forma que el juez del Estado donde el menor se encuentra no podrá denegar la restitución del menor "si la parte que solicita la restitución del menor demuestra al órgano jurisdiccional, o si consta de otro modo al órgano jurisdiccional, que se ha dispuesto lo necesario para garantizar la protección del menor tras su restitución".

En el Considerando 45 del R 2019 se incluye algún ejemplo de esas disposiciones como puede ser una orden de un órgano jurisdiccional del Estado miembro del país de residencia habitual por la que se prohíba al demandante acercarse al menor. O una medida provisional o cautelar por parte del mismo Estado por la que se legitime al menor a permanecer con el progenitor sustractor, asumiendo este el cuidado efectivo del mismo hasta que recaiga la resolución pertinente sobre el fondo de los derechos de custodia tras la restitución o los servicios médicos oportunos.

Mencionamos en último lugar, que la Guía también pondrá el foco en prestar especial atención al contexto, entorno y ambiente al que hará frente el menor tiempo después de su restitución para poner en marcha cualquier medida que fuera necesaria para proteger sus

(octubre de 2017). Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Doc. Prel. Nº 3 de junio de 2017.

[114] Idem. párrafo 142.

intereses y bienestar.[115] Una situación de este tipo ha sido resuelta por Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares en 2003[116], donde la madre sustrae a sus hijas por sufrir malos tratos por parte del padre, que llegó incluso a abandonar a las menores con anterioridad. El tribunal decidió que, a pesar del ilícito de la madre, esta podía mantener la custodia de las hijas y denegar la restitución evitando el grave riesgo que supondría lo contrario. No debemos olvidar que tanto en esta excepción como en las demás, es primordial que la autoridad judicial o administrativa analice y pondere todas las circunstancias en torno al asunto.[117]

Aunque hayamos estado haciendo referencia en particular a casos donde el grave riesgo provenía de los progenitores o miembros de la familia, éste también puede originarse en un ámbito extrafamiliar. Se dará en aquellos casos donde los motivos del riesgo se originan por factores externos a la familia, como puede ser situaciones de guerra, de hambruna o de enfermedad.[118]En cualquiera de los casos, se exige que dicho riesgo sea muy alto, objetivo, muy probable[119] y serio, debe cualificar como un peligro real y no como simples obstáculos o inconvenientes que pudieran hacer la restitución más complicada, como un trayecto muy largo o alguna dificultad del menor de trasladarse.[120]

El problema o la dificultad de esto, radicará en que, al no existir parámetros fijos, no podemos tener clara la interpretación y solución que dará el juez al caso, en el sentido de que las circunstancias y el caso concreto que rodea la situación del menor dificultarán la tarea de determinar ese grave riesgo. La única garantía es que el juez, como venimos diciendo, deberá hacer un análisis y una lectura del caso observando que el alegado riesgo sea verdaderamente elevado y serio.[121] Además el grave riesgo debe ser evidente y creíble, son los intereses del

---

115 Ibíd. párrafos 53-55.

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

117 Castelló Pastor, J.J. (2018) "Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 10 núm.1, pp.561-567.

118 Friedrich v. Friedrich, 78 F.3d 1060 (6th Circ. 1996), Ref. INCADAT: HC/E/USf 82, p.6.

119 Ermini v. Vittori, 2014 WL 3056360 (C.A.2) (2d Cir.2014), Ref. INCADAT: HC/E/US 1273, p.34 y Souratgar v. Fair, 720 F.3d 96 (2nd Cir. 2013), Ref. INCADAT: HC/E/US 1240, p.720.

120 Norden-Powers and Beveridge, 125 F. Supp.2d 634 (E.D.N.Y.2000), Ref. INCADAT:HC/E/USf 464, p.5.

121 Calvo, L y Carrascosa, J. Op.cit. P.617.

menor los que están en juego, así que se deberá tener certeza de que el riesgo que le espera al menor en su residencia habitual es real.[122]

Son situaciones que entrañarían un riesgo grave[123], por ejemplo, la separación del menor de sus hermanos ya que la relación entre ellos es fundamental y debe protegerse. Sin embargo, la misma situación respecto del progenitor sustractor no llega a cualificarse como grave riesgo.[124]

Por otro lado, el retorno del menor a un hogar con dificultades económicas no entraría dentro del concepto de situación intolerable, mientras que (y, de forma más evidente), el riesgo de que el menor pueda ser víctima de abuso sexuales en el hogar de retorno sí que se consideraría situación intolerable.[125]

Respecto a la excepcionalidad de la situación, a pesar de que esta sea la excepción a la que más se ha acudido, su aceptación nunca ha sido fácil, más bien al contrario, al juez se le exige que atienda a las excepciones estrictamente, ya que, de lo contrario, el objetivo primordial del CH/80 que es la restitución del menor, se vería vacío de sentido[126], y correría el riesgo de convertirse en papel mojado.[127]

En todas las excepciones, la carga de la prueba recae sobre aquel que se opone a la restitución del menor, es decir, el progenitor sustractor. Podrá suspenderse la restitución del menor por parte de la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido si "la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra la existencia de ese

---

122 Pollastro v. Pollastro [1999] 45 R.F.L. (4th) 404 (Ont. C.A.), Ref. INCADAT: HC/E/CA 373, p.6.

123 Ermini v. Vittori, 2014 WL 3056360 (C.A.2) (2d Cir.2014), Ref. INCADAT: HC/E/US 1273 p.35.

124 STEDH (Sección 3ª), Maumosseau y Washington v. Francia, 6 de diciembre 2007, Ref. INCADAT:HC/E/FR 942, párrafo 63.

125 Blondin v. Dubois, 238 F.3d 153 (2d Cir. 2001), Ref. INCADAT: HC/E/USf 585. p.162.

126 STEDH Sección 3ª, Maumosseau y Washington v. Francia, 6 de diciembre 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1206JUD003938805, párrafo 73.

127 Pérez, E, Op.cit. párrafo 34.

grave peligro"[128]. De igual manera, el progenitor que exige la restitución podría presentar pruebas que dejara sin efecto la excepción alegada.[129]

Hemos venido afirmando repetidas veces la primacía del interés superior del menor, y cómo debe ser el núcleo de todos los análisis, estudios y exámenes que puedan llevarse a cabo en esta materia. Por ello es interesante consultar el caso Neulinger & Shuruk v. Suiza, donde a pesar de que es cierto que el interés superior del menor se miraba con especial atención, a la hora de tomar la decisión definitiva también se tuvieron en cuenta muchos otros aspectos relativos al entorno familiar y los intereses de cada persona. A pesar de que no era fácil ver que el centro de la regulación es el menor y su bienestar, el TEDH a través de su sentencia X. v. Letonia[130] matizó que, si se hacía un estudio exhaustivo de la situación del menor y su entorno, no sería necesario hacer lo mismo con el resto de los elementos ya que con tomar en consideración los aspectos que puedan constituir una excepción en virtud de los artículos 12, 13 y 20 del CH 80 será suficiente.

En la Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se incluye una mención expresa al grave riesgo del menor cuando sea causado por motivos de violencia de género. La Guía facilita una definición de lo que podemos considerar por violencia doméstica, que comprendería las distintas formas y grados de abuso físico, psicológico, sexual, emocional, y, en algunos casos económico.

Las denuncias pueden versar sobre un abuso del que el niño es "víctima directa" o indirecta", en cuyo caso está expuesto o es sometido a los efectos de violencia doméstica dirigida contra el otro progenitor (abuso conyugal, violencia conyugal, o violencia en pareja).[131] Y en diferentes estudios se ha podido constatar que el abuso indirecto, que ejerce

---

128 Reig, I, El Traslado ilícito de menores, op cit, p. 615.

129 Ídem.

130 STEDH (Gran Sala), X v Letonia, 26 de diciembre de 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:1126JUD002785309

131 Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños (octubre de 2017). Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Doc. Prel. Nº 3 de junio de 2017. Párrafos 11-12.

uno de los progenitores hacia el otro, puede llegar a tener los mismos efectos que el directo sobre el menor, ya que hablamos de daños tanto físicos como psíquicos.

En todos los casos será necesario hacer un análisis y estudio particularizado, porque en esta materia aplicar las mismas normas y mecanismos puede resultar peligroso, habrá situaciones en las que tras una evaluación se considerará que el interés superior está en su retorno y en otros se aplicará la excepción por grave riesgo.

Partiendo de que la aceptación de esta excepción es un hecho bastante poco habitual, con frecuencia se venía aplicando esta excepción exclusivamente cuando el abuso que pudiera sufrir el menor fuera un abuso directo hacia el mismo, con mayor atención a si el abuso se producía hacia el otro progenitor y el menor se encontraba presente durante dicho abuso.[132] Esto sería otra muestra de que el daño indirecto no gozaba de relevancia, al menos no en el mismo nivel.

A pesar de que no se pueda aplicar la norma de forma igual a cada caso, será fácilmente entendible que un entorno familiar hostil o violento no es el lugar más indicado para que viva y se desarrolle un menor, lo que se calificaría como situación intolerable que en muchas ocasiones puede desembocar en un grave peligro tanto a nivel físico como psicológico.[133]

Esa es la conclusión a la que se llegaba en el importante caso de Pollastro v. Pollastro[134]. Una mujer, víctima de violencia de género se marcha con el menor y el padre pide la restitución del mismo a su residencia habitual, en EE. UU, utilizando como base lo estipulado en el CH/80. Ambos padres tenían con la custodia compartida del menor, la madre alegaba como motivo de su huida el hecho de que sufría violencia por parte del padre y que si el menor volvía podría encontrarse en una situación intolerable y/o de grave riesgo. La madre, sobre quien recae la carga de la prueba para suspender la restitución, presenta multitud de evidencias del carácter violento del padre, que agredía físicamente a la madre de forma recurrente. En suma, pide la aplicación de la excepción del artículo 13 b) CH/80.

Finalmente, los tribunales desestimaron el recurso de apelación formulado por el padre y aceptaron la excepción del artículo mencionado ya que consideraban que los malos

---

132 Ermini v. Vittori, 2014 WL 3056360 (C.A.2) (2d Cir.2014), Ref. INCADAT: HC/E/US 1273, p.9.

133 Pollastro v.Pollastro, [1999] 45 R.F.L. (4th) 404 (Ont. C.A.), Ref. INCADAT: HC/E/CA 373, p.7.

134 Ídem.

tratos que habían tenido lugar sobre la madre podrían afectar al menor en forma de peligro físico y psicológico: "los maltratos verbales y físicos del padre, su violencia, sus problemas con el alcohol y las drogas, la inestabilidad, irracionalidad y hostilidad" del padre determinaron su respuesta.

Sin embargo, al tratarse de un caso concreto y dado que cada caso debe ser analizado individualmente, la respuesta que dieron los tribunales en el asunto Pollastro v. Pollastro no servirá como base para denegar la restitución en todos los casos que aleguen violencia de género o doméstica. Esto es porque el juez valorará discrecionalmente la situación particular, y como decíamos, si el menor no ha sido sujeto directo de la violencia o malos tratos será más difícil que se aplique la excepción, o incluso si se establece que los eventos son esporádicos o se pueden considerar como eventos aislados o cuando los ataques sean sobre personas diferentes a la madre.

Supone un caso de grave riesgo, el hecho de que el padre haya abusado previamente del menor, o que amenace hacerlo o que le inspire miedo, tal y como se estimó en el Caso de Ermini v. Vittori.[135]De nuevo, en este caso los tribunales aceptan la excepción ya que las pruebas presentadas por la madre son eficaces demostrando convincentemente los abusos del padre. Y el menor afirmó sentir temor respecto al padre lo que lo hacía aún más creíble.

Contrariamente con lo mencionado antes respecto de la sentencia X. v. Letonia, en los casos de violencia de género, aun siendo el interés superior del menor el elemento principal a valorar y proteger, la jurisprudencia tiende a abrir sus horizontes, poniendo énfasis en que, prestar atención – de forma secundaria y subordinada – al entorno y situación de los progenitores también es necesario para contar con todos los factores relevantes que permitan tomar la solución más adecuada sobre la restitución o no del menor.

En esta línea, el Tribunal Constitucional dice lo siguiente: "el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable".[136] Dejando así fijado que en estos casos el entorno del menor tiene una importancia significativa preponderante por encima de los intereses de los progenitores, que

[135] Ermini v. Vittori, p. 29.

[136] STC 16/2016, de 1 de febrero, FJ. 6.

si bien gozan de importancia y se debe tener en cuenta, estos no serán superiores a los del menor.

8.7 La relevancia de la opinión y oposición del menor

En el artículo 13.2 del CH/80 veremos cómo la edad y madurez serán de gran importancia cuando el menor sea el que se opone a la restitución, esto no significará que el tribunal tenga obligación de hacerle caso, pero sí de escucharlo, y atendiendo a las circunstancias particulares se podrá tener en cuenta su opinión.[137] En caso de que el juez no considerará la madurez suficiente como para escuchar su opinión, deberá motivarlo justificadamente. También encontramos dicha referencia en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del niño, así como en el artículo 11.2 del Reglamento 2201/2003 y en los artículos 21 y 26 del nuevo Reglamento 2019/1111.

Es preciso distinguir entre opinión y oposición. La opinión *per se* no se considera únicamente como una excepción a la restitución, la opinión puede ser cualquier tipo de juicio o consideración, por lo que no es relativa exclusivamente al artículo 13.2 del CH/80. La opinión está relacionada con el derecho de audiencia, que se debe contemplar en todas las situaciones.

Precisamente podemos decir que del Reglamento se extrae una obligación de dar audiencia al menor para que exprese su opinión (aquellos que tengan capacidad para formarse sus propios juicios), mientras que en el Convenio al encontrarse la opinión junto con la oposición se consideraría como una excepción. Los Estados Miembros tienen que obedecer en primer lugar al Reglamento pues es el que exige conceder dicha audiencia al menor antes de continuar el proceso, y subsidiariamente atenderían al CH/80.

---

[137] AAP Valencia 405/2011, de 5 de diciembre de 2011, ECLI:ES:APV:2011:815A , FJ.2. y también en la resolución del Tribunal de Apelaciones de Escocia, 10 de junio, as N.J.C. v. N.P.C. (2008) CSIH 34, 2008, S.C. 571, donde a pesar de dar audiencia a un menor de 15 años, su opinión no fue tenida en cuenta en la decisión final. O también en el asunto Re R. (A Minor Abduction) [1992] 1 FLR 105, de 24 de abril de 1991, Tribunal de Inglaterra y Gales, donde se escucha a la menor de 14 años y se toma una decisión respetuosa con su opinión, es decir, la no restitución.

Si tras escuchar la opinión del menor, ésta es de oposición a su restitución a su residencia habitual, entrará en juego la aplicación del artículo 13.2 del Convenio, que entonces facultaría a la autoridad judicial o administrativa correspondiente a denegar la restitución si comprueba esa oposición a la restitución manifestada. De acuerdo al R 2201/2003, en su artículo 11, relativo a la restitución del menor, en su apartado 2 dice: "En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez." De manera que igualmente, si para el juez el menor cumple los requisitos de edad y madurez y este se niega a la restitución se pasaría a denegarla judicialmente.

No será sencillo determinar en qué ocasiones la madurez y/o la edad serán las adecuadas o suficientes para tomar en consideración lo que el menor opine. Habrá diferentes casos con respuestas variadas, aun siendo los protagonistas de dichos casos menores de edades cercanas. Y no siempre el criterio (discrecional) de los jueces coincidirá, ya que no todos los menores alcanzarán el mismo nivel de madurez a la misma edad.

Se requerirá un riguroso análisis, evitando a toda costa que las opiniones del menor sean fruto de coacciones por parte de sus padres y al mismo tiempo se podrá contar con la colaboración de psicólogos que puedan ayudar.

La jurisprudencia en esta materia es abundante y es en gran proporción contradictoria como consecuencia del grado de discrecionalidad de los jueces, que llegarán a conclusiones diversas.

La Audiencia Provincial de Castellón[138]finalmente decidió que no se procediera a la restitución de la menor, ya que mientras residía con su padre, en España, decidió voluntariamente que no quería volver con su madre, en Alemania ya que, según aseguraba la menor, ésta la agredía físicamente.

Por otro lado, en otro asunto resuelto mediante Auto de la Audiencia Provincial de Almería, de 2004, los menores afirmaban que su padre les infundía terror, y mostraban un total rechazo a cualquier tipo de contacto continuado con él[139], explicación amparada evidentemente por la excepción del 13.1 b).

---

138 SAP de 13 de octubre de 2000 (ECLI:ES: APCS:2000: 530ªA).

139 AAP de Almería 20/2004, de 6 de febrero de 2004, FJ. 1. ECLI:ES:APAL:2004:48A.

En el asunto resuelto mediante Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 2010[140], la madre traslada la menor, de 7 años, a España, para pasar unas vacaciones, desde Polonia, que es su residencia habitual. Se pretende su restitución, y tras el estudio del caso, se comprueba que la menor no quiere volver, que su deseo es permanecer con su madre, además de que la menor se encuentra perfectamente integrada en su nueva residencia, alegando también que su padre ejercía malos tratos sobre su madre y no le echa de menos. El Juzgado de primera instancia decide la no restitución de la menor, a pesar de la presencia de otros factores como que el padre sigue gozando del derecho de visita y de la cotitularidad de la patria potestad, y de que la permanencia de la menor en España es inferior a un año, y, por tanto, frente la regla general bajo esta premisa que es la restitución inmediata del menor a la que era su residencia habitual antes del traslado. Pero la Audiencia Provincial adopta una dirección diferente a la seguida por el Juzgado de Primera Instancia, tomando en consideración para su decisión además de que no ha pasado el año necesario para plantearse la no restitución, la escasa edad de la menor para emitir una opinión suficientemente madura: "habida cuenta de la escasa edad de la niña, no puede predicarse de ella tal situación de madurez (…) el alcance de esta excepción ha de situarse en estadios de desarrollo más avanzados, normalmente próximos, cuando menos, a la pubertad." Esta Audiencia decide por tanto la restitución de la menor a Polonia con su padre.

Comprobamos que incluso dentro del mismo Estado y en relación con un mismo asunto los tribunales adoptan decisiones opuestas partiendo de los mismos hechos y aplicando los mismos preceptos legales.

En el caso juzgado por el Tribual d'Arrondissement de Diekirch, la madre se traslada con sus menores desde Portugal a Luxemburgo sin el consentimiento del padre, que tenía reconocido el derecho de visita. Ante esta circunstancia, el padre solicitó la restitución de los menores. En este caso, ni si quiera se dio pie a que los menores se pronunciarán o fueran escuchados, a pesar de la petición expresa de la madre y a pesar de contar con 10 y 12 años, ya que el juez consideró que "no tenían el grado suficiente de madurez para poder tomar decisiones independientes y reflexivas sobre el lugar de su residencia y, por lo tanto, no podían ser escuchados sobre la cuestión de su regreso inmediato". Eventualmente, tiempo después se dictó la restitución de los menores a Portugal.

[140] AAP Islas Baleares 160/2010, de 22 de diciembre de 2010, sección 4ª. ECLI:ES:APIB:2010:702ªA

La lectura de la jurisprudencia expuesta muestra que las decisiones de los tribunales no siguen una línea unívoca, en algunos casos se escucha y se toma en consideración la opinión de menores de 3 y 8 años, y en otros, a menores con 10 y 12 años ni siquiera se les consideran maduros para escucharlos.

En cualquier caso, para admitir la excepción de la oposición del menor se necesitarán informes donde, además de certificar la opinión del menor de no querer regresar a su país, se podrán realizar exámenes psicológicos y estudiar la posible integración del mismo a su nueva residencia.

8.8 En relación con la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

En el artículo 20 CH/80 encontramos otro precepto que excepciona la restitución, que podrá denegarse "cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales."

Para distinguir esta excepción de las demás y destacar su importancia y excepcionalidad[141] ha sido ubicada algunos artículos más adelante. Lo que también hace especial a este precepto, es que, a diferencia de las demás excepciones, que deben ser alegadas por las partes y estudiadas por el tribunal, la excepción del artículo 20, puede ser considerada de oficio y alegada por el Fiscal en el procedimiento en cuestión.[142]

9 MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES

Las novedades relativas a las medidas provisionales y cautelares a adoptar en los casos de sustracción internacional de menores introducidas a través del Reglamento 2019/1111 son de gran relevancia, y esto es así porque en el Convenio de la Haya de 1980 apenas se hacen referencias a las medidas cautelares, es en su artículo 7 b) donde establece el deber de

[141] Pérez, E. Op. cit. Párrafo 118.

[142] Fiscalía General del Estado, Circular 6/2015, p.38.

las Autoridades Centrales de adoptar o hacer que se adopten medidas provisionales, para prevenir que el menor pueda sufrir mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas. Además, igualmente en el marco de la Conferencia de la Haya se aprobó en 2005 una Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de Prevención[143] ya que se quiere buscar que los Estados pongan en marcha también medidas para evitar las sustracciones de menores desde su origen.

Sin embargo, aunque el establecimiento de estas buenas prácticas sea un gran avance y resulte muy beneficioso, la realidad nos muestra que eso no evita el incremento de nuevos casos de sustracción, por lo tanto, resulta de gran urgencia el crear unas normas de mínimos relativas a las medidas provisionales y cautelares. Gracias al Reglamento 2019/1111 podemos contar con mayor seguridad en esta materia, fundamentalmente serán de relevancia a este respecto los artículos 27 y 15 de la citada norma.

En primer lugar, en el art. 27.2 se trata sobre un aspecto que había sido obviado con anterioridad, y es lo relativo a permitir y garantizar el contacto entre el menor sustraído y el progenitor o persona que solicita esa restitución, y, en segundo lugar, en el art. 27.5 se trata de, una vez se ha decidido que le menor sea restituido, adoptar las medidas correspondientes "a fin de proteger al menor del riesgo mencionado en el artículo 13[144], párrafo primero, letra b), del Convenio de la Haya de 1980, siempre que el estudio y la adopción de dichas medidas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución".

Ambos apartados hacen referencia al artículo 15 del mismo reglamento, el cual se encuentra en la Sección Segunda del Capítulo II del nuevo reglamento donde se recogen las normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Esta materia es objeto de debate doctrinal,[145] concretamente sobre si el contenido de las medidas

---

143 Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. "Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores-Tercera Parte- Medidas de prevención". Consultado el 10 de julio de 2021 en https://assets.hcch.net/docs/04e14dc3-14a7-4d40-965b-1655124489b0.pdf

144 "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."

145 Calzado Llamas, A.J., (2021) "Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores: Análisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexión con el Ordenamiento Jurídico Español". *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2021), Vol.13, Nº1, pp87-109. P 95.

provisionales y cautelares debería incluirse dentro del ámbito material del Reglamento o no. Calzado Llamas recoge la diversidad de opciones a este respecto, decantándose por la opinión de muchos autores que determinan que, efectivamente, sí se podría considerar el contenido de las medidas provisionales y cautelares un elemento intrínseco del reglamento, no es complicado encontrar opiniones contrarias.[146]

Fundamentalmente, acudiendo al art. 27.4 se buscará la confianza mutua entre los Estados Miembros, de manera que, en un caso en que con urgencia se deban aplicar las medidas cautelares, no haga falta esperar a que el Estado que cuente con la competencia jurisdiccional (el Estado de residencia habitual del menor) tome las decisiones pertinentes relativas a qué medidas son las más eficaces para evitar el riesgo y así de forma provisional, sea el Estado donde se encuentre retenido el menor el que tome aquellas medidas cautelares hasta que el órgano jurisdiccional del Estado de origen las tome en su lugar.[147]

En perspectiva y en comparación con el anterior Reglamento de 2003, en la que el Estado requerido (donde se había trasladado al menor) estaba autorizado exclusivamente a constatar que se habían adoptado las correspondientes medidas en el Estado requirente para llevar a cabo la restitución del menor y nada más.

Permitiendo esta flexibilidad, se pretende también reforzar la cooperación entre autoridades competentes para la adopción de estas medidas, porque no en todos los casos el Estado de origen será el indicado para adoptar las medidas que resulten más indicadas para el menor pues puede que no se encontrara en la mejor posición para ello.[148]

Además de la confianza mutua ente Estados, también se persigue que el estudio y la adopción de dichas medidas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución, como encontramos en los artículos 24 y 28.2 del Reglamento 2019/1111 donde se hace referencia a las seis semanas como plazo máximo para cada instancia y para la ejecución.

Además del grave riesgo que debe poder sufrir el menor, existe otro requisito más para que el Estado "no competente en cuanto al fondo" pueda aplicar las medidas cautelares, y

---

146 Como es el caso del autor Forcada Miranda, F.J. (2020) en *Comentarios Prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial, Responsabilidad Parental y Sustracción de Menores*. Sepin, Madrid, pp.150-151.

147 Calzado Llamas, op.cit. p. 103.

148 Rodríguez Pineau, E., La oposición al retorno del menor. Op.cit. pp.20-21.

este es, de acuerdo con el art.2.1b) del Reglamento 2019/1111, "que el progenitor que solicita la restitución haya sido escuchado, o en su defecto, que haya sido notificado de la medida a adoptar con carácter previo a la ejecución", que, de nuevo, tiene como fin último la protección del interés superior del menor.

10 MECANISMOS Y MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Aunque muchos sean los casos cuya sustracción pueda parecer completamente inesperada, habrá algunos en los que se puedan ver signos o indicios que puedan marcar un patrón que nos sirva para identificar situaciones con riesgo de producirse. Como vimos en un apartado anterior, pueden existir diferentes causas que fomenten o sean el escenario de una sustracción, por ello es importante aprender de ello para tomar medidas que puedan evitar los acontecimientos antes de que se produzcan.

En la Guía de buenas prácticas sobre medidas preventivas podemos encontrar dos tipos de medidas[149], por un lado, las de acción y por otro, de reacción. Las primeras comprenderían la mediación, que se desarrolla en un apartado posterior, y las de reacción, comprenderían limitaciones de tipo administrativo a la movilidad transfronteriza del menor, emisión de documentación como pasaportes o visados (exigiendo el consentimiento de ambos progenitores y una comunicación entre Autoridades).

En este punto se hace importante mencionar el Reglamento (CE) nº.562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)[150], en su anexo VII encontramos un régimen concreto para el paso fronterizo de menores. En el caso de menores acompañados, se hará necesario demostrar o comprobar que el acompañante del mismo cuenta con la patria potestad y además que no está desplazando al menor sin el consentimiento del otro progenitor, si se diera el caso de que el menor no fuera acompañado, debería revisarse que es consentido por los titulares de su patria potestad.

149 Calzado Llamas, Op.cit. p.104.

150 DOUE núm. L 105 de 13 de abril de 2006.

Además de esas dos, también contemplan medidas de tipo disuasorias, donde se encuentra la posibilidad de prestación de fianzas, facilitar el acceso a los tribunales o tipificar penalmente la sustracción. No contamos con un tipo delictivo europeo de sustracción internacional de menores, si bien, el TJUE se pronunció recientemente en el caso C-454/19, ZW donde reconoce el efecto disuasorio que puede tener el delito de sustracción internacional de menores para prevenir y proteger a los menores.[151]

En el caso español podemos encontrar el artículo 225 bis del Código Penal[152] donde se tipifica la sustracción internacional de menores, y a diferencia del caso alemán, no se

[151] STJUE de 10 de noviembre de 2020, asunto C-454/19, ZW (ECLI:EU:C:2020:947). Aquí también se discute que, si bien la tipificación puede tener ese efecto disuasorio, la articulación del Código Penal alemán no es conforme al TFUE ya que aplica una exigencia diferente al caso en función de si es sustracción nacional o internacional en base a una presunción lo cual no es acorde al principio de confianza mutua defendido por el Reglamento 2201/2003.

[152] Artículo 225 bis.

1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1.º El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

aplican exigencias particulares en función de si la sustracción es nacional o internacional, de manera que es acorde a la jurisprudencia del TJUE. La única distinción que existe es respecto a la pena, que en el caso de sustracción internacional es algo más elevada, con la intención indirecta de disuadir de cometer dicho delito.

11 MECANISMO DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: LA MEDIACIÓN.

Se utiliza la expresión Resolución Alternativa de Litigios o RAL para referirse a aquellos procedimientos donde se busca resolver los litigios de forma distinta sin ser necesario acudir al pleito en tribunales. Dentro de las diferentes opciones de RAL que existen, la mediación es una de ellas, y la más común.

La Conferencia de la Haya ha venido defendiendo desde hace tiempo la importancia de acudir a la mediación como medio para solucionar los conflictos familiares. Y de igual manera se puede leer en el Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE.[153]

En el nuevo Reglamento 2019/1111 y en su artículo 25 vemos como se ha incluido la mediación como medio alternativo para la solución de los conflictos sobre sustracción internacional de menores. Se desalienta a su utilización en los casos en los que la sustracción sea motivada por situaciones de violencia de género, según establece el Considerando 43.

En la Directiva de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles se define la mediación en su artículo 3 a como: "… un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas."

153 Comisión de Asuntos Jurídicos (Comisión Europea). Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en Bruselas, 2016 COM (2016) 542 final.

partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por si mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigo con la ayuda de un mediador".

Este mecanismo es una herramienta a la que se acude en muchas ocasiones por sus múltiples ventajas que la diferencian de los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos. Concretamente en el caso de conflictos familiares resulta de gran utilidad pues se destacan los aspectos interpersonales en lugar de centrarse en los jurídicos. A través de la mediación se permite un lugar de encuentro donde los padres puedan expresarse de una forma que no podrían utilizando otro mecanismo, se pueden mostrar los sentimientos y las necesidades más abiertamente.[154]

Encontramos en el párrafo 6 del preámbulo la directiva previamente mencionada lo siguiente: "La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos".

La mediación tal y como la encontramos mencionada en el artículo 25 del Reglamento 2019/1111 se plantea como una medida que no busca o no es útil para prevenir la sustracción en si, sino más bien para prevenir el litigo que pueda surgir eventualmente. Sin embargo, además de evitar llegar a juicio, en ocasiones si podrá evitar la sustracción si se detecta la situación o el riesgo a tiempo:

"La mediación permitiría alcanzar acuerdos que son acatados de forma voluntaria la generalidad de las veces, al satisfacer en gran medida los intereses de todos los implicados.

[154] Comisión Europea. Módulo de formación sobre responsabilidad parental en un contexto transfronterizo, incluida la sustracción de menores. Preparado por la Academia de Derecho Europeo.La responsabilidad parental en un contexto transfronterizo, incluida la sustracción de menores. Capítulo 3 la mediación familiar. (https://www.era-comm.eu/)

De ahí que, empleada en el momento en que la pareja entra en conflicto, la mediación pueda impedir que los menores sean trasladados o retenidos de forma ilícita"[155].

Entre otras cosas, con la mediación se busca encontrar una solución que suponga muchos menos costes económicos temporales y psicológicos tanto para el menor como para ambos padres o familiares, además de permitir ante todo que los vínculos entre el menor con sus padres no se rompan, tal y como podemos extraer del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[156] el derecho a que un padre viva con sus hijos es relativo al Derecho a la vida privada y familiar, tal y como ha establecido el TEDH en repetidas ocasiones[157].

12 SUPUESTOS DESTACADOS DE ACTUALIDAD Y LA RESPUESTA QUE HAN DADO LOS TRIBUNALES

12.1 Especial atención al caso de Juana Rivas

[155] Orejudo Prieto de los Mozos, P. (2010), "Mediación y Sustracción Internacional de Menores", en Aldecoa Luzárraga, F., y Forner Delaygua, J.J (dirs.) y González Bou, E. y González Viada, N. (coords.), *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales.* Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, pp.370-371. También similar en Hernández Rodríguez, A., (2014) "Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e Inconvenientes", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.6, núm. 2, pp 130-146, pp 141-142; y Chéliz Inglés, MªC. (2019) "La Sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución", *Tirant lo Blanch*, Valencia, pp.173.174.

[156] Ratificado por España y en vigor desde 1979. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

[157]STEDH Asunto Haddad c. España», nº 16572/17, de 18 de junio de 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0618JUD001657217

Con diferencia este ha sido uno de los casos de sustracción transfronteriza de menores más mediático de los últimos años, al menos en España.

12.1.1 Los hechos

Encontramos el origen de este caso en el matrimonio entre Juana Rivas, española y Francesco Arcuri, italiano. Ambos tuvieron un hijo en España, sin embargo, poco tiempo después se separaron, con motivo en parte de declaraciones de Juana que afirmaba que sufría malos tratos por parte de Francesco, que lo llevó a ser condenado por maltrato en 2009 que llegó a un acuerdo de conformidad que le condenó a tres meses de prisión.

La pareja retomó su relación, a pesar de que Juana asegura que los malos tratos nunca cesaron, y tuvieron a su segundo hijo, en Italia en este caso.

Tiempo después, en 2016, a pesar de que la relación estaba deteriorándose de nuevo, Juana se va de viaje con sus hijos a España de vacaciones, con el previo consentimiento del padre. Desde España, Juana, cuando llegó la fecha de vuelta, afirmaba encontrarse mal de salud, por lo que pospondría el viaje de regreso, esta situación se repite más veces, haciendo sospechar a Francesco a pesar de que ella le tranquilizaba. Sin embargo, tiempo después él recibe un correo de Juana donde dice tomar la decisión de no volver a Italia, alegando la violencia que sufría de su marido y los daños psicológicos hacia sus hijos por parte del padre, e interpone en consecuencia una denuncia ante el Juzgado de Violencia de Género en Granada el 12 de julio de 2016, en concreto, por amenazas, insultos, vejaciones y agresiones que vendrían ocurriendo desde 2013.

El padre ante estas circunstancias interpone una denuncia por sustracción internacional de menores ante las autoridades judiciales italianas, pidiendo la restitución de los dos menores a Italia ya que ese es su lugar de residencia habitual. Las autoridades italianas remitieron a los juzgados españoles la denuncia y entonces el 14 de diciembre de 2016 la magistrada Dña. María del Carmen Siles, titular del Juzgado nº 3 de Granada ordenaba la inmediata restitución de los menores a Italia. A finales del mismo mes se presenta Juana en la sede de la Abogacía del Estado en Granada depositando 100.000 firmas a favor de no entregar a sus hijos, interponiendo un recurso ante la Abogacía del Estado.

Juana desobedece repetidas veces a la orden de realizar la entrega de sus hijos, el 26 de julio de 2017 ella desparece con los menores. Ante esto, el padre interpuso una denuncia

por la desaparición de sus hijos, que fue resuelta por el Juzgado de Instrucción de Granada ordenando de nuevo a que Juana los entregara.

Finalmente, el 28 de agosto de 2017 Juana acudió con sus hijos a las dependencias de la Guardia Civil de Granada, se reunieron con su padre que se los llevó de vuelta a Italia pocas horas después.

En octubre de ese mismo año se inicia en Italia el juicio relativo a la guarda y custodia de los menores. El año siguiente, en julio de 2018, en España, en el Juzgado de lo Penal nº 1 de Granada se dictó condena contra Juana por los delitos de sustracción de menores[158], imponiéndole como pena dos años y 6 meses por cada menor, privación del ejercicio de la patria potestad durante seis meses y el pago de una indemnización para Francesco de treinta mil euros. A lo que Juana respondió interponiendo un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Granada. Esta se pronunció el 14 de marzo de 2019 confirmando la sentencia en todo salvo en la indemnización, que fue rebajada a doce mil euros.

Por otro lado, en Italia se pronuncia el tribunal competente concediendo al padre, Francesco Arcuri la custodia de los menores con vigilancia de servicios sociales, y a Juana se le concede el régimen de visita.

Una vez vistos los hechos, podemos pasar ahora a examinar diferentes aspectos en el ámbito tanto jurídico como social que rodean al caso.

12.1.2 Análisis jurídico y social de diferentes aspectos del Caso Juana Rivas

---

[158] Artículo 225 bis. (Código Penal español)

1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1.º El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

La repercusión mediática que ha tenido este caso ha hecho que haya sido objeto de instrumentalización sufriendo contaminación por los propios medios que han desvirtuado muchos de los elementos del mismo.[159]El punto crucial y más problemático, es que los medios sensacionalistas que se hicieron eco del caso convirtieron el ilícito en un delito por violencia de género, y nada más lejos de la realidad. Si bien es cierto que es un aspecto que puede influir en mayor o menor medida en el problema que nos ocupa, sin embargo, esa distorsión ha hecho que el foco se aleje del verdadero ilícito, que se trata la sustracción ilícita de menores.

Aunque efectivamente Juana presentó una denuncia por violencia y malos tratos al tiempo que efectuó la retención ilícita de sus hijos, lo cierto es que realmente su defensa a lo largo del proceso se limitó a destacar la denuncia y posterior condena de Francesco que había ocurrido años atrás.

Dicha opción ha servido, o al menos ha influido más en los medios, en los que los defensores de la parte de la madre alegaban el artículo 56.2 del Convenio de Estambul[160] "se deberán poner, en su caso, medidas de protección específicas que tengan en consideración el interés superior del menor que haya sido víctima y testigo de actos de violencia contra la mujer y de violencia doméstica". Este artículo no tiene relevancia en este caso, lo que se ha conseguido en cierta medida es que se alejara el grueso de la atención del verdadero problema, que era y es el relativo a la sustracción internacional de los menores y a la restitución o no de los menores a su residencia habitual en Italia.

En relación con los malos tratos, a pesar de que ni en el Convenio de la Haya de 1980 ni en el R 2201/2003 se hacía referencia expresa a este tema, sí que se puede llegar a interpretar que, de tratarse de un entorno hostil donde el padre era violento con la madre, no sería acorde al interés superior del menor el devolverle con el progenitor agresor.

Además en este punto conviene hacer mención a la tipificación del artículo 225 bis del Código Penal español, cuyo apartado 1 dice "el progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere…*",* es decir, si se alegase y probara que la sustracción fue llevada a cabo con

[159] Lorente, I. Op. Cit. pp 169.

[160] Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

motivo suficientemente fuertes, de un peligro inminente, desaparecería el carácter ilícito, como puede ser el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2005[161], donde se absolvió a la madre del delito de sustracción de menores ya que contaba con una sentencia condenatoria firme contra el padre por maltrato, por lo que dicho peligro se pudo demostrar.

De todas maneras, en el caso de Juana Rivas se determinó que no tenía relevancia la posible justificación ya que, del relato de las partes y del trabajo efectuado por los profesionales que han examinado y valorado a los niños no se pudo probar efectivamente que los episodios de malos tratos o violencia familiar afectaran a los menores directamente aun cuando hubieran presenciado tales eventos ni que el padre los maltratará directamente o actuara como mal padre. En definitiva y tras hacer pasar a los menores por un examen psicológico, se verificó que la restitución a su residencia habitual, Italia, no ponía en riesgo su integridad física o psíquica y que tampoco se trataba entonces de una de la excepción del artículo 13 b) del CH 1980.[162]

Sin embargo, la opinión popular alentada por los medios y por las repetidas declaraciones en las que Juana hablaba siempre de Francesco como un maltratador por la condena que obtuvo en 2009 han hecho que los juicios se hagan en las calles, "haciendo una utilización macabra de ese dato"[163], olvidando el artículo 25.2 de la Constitución Española que dice así: "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social". Es por ello por lo que Francesco no debería sufrir esa carga para siempre y, por ende, no debería ser juzgado por algo ya ocurrido y por lo que ha cumplido la pena correspondiente.

Dejando a un lado lo relativo a la violencia y malrato, deberíamos centrarnos en evaluar el verdadero problema al que se le debería de prestar toda la atención y donde poner el foco,

---

161 AAP de Barcelona, Sección 3ª de 30 de junio de 2005 nº 452/2005, ECLI:ES:APB:2005:7027A. En una línea similar, la SAP de Baleares de 22 de febrero de 2017, Sección 1ª, nº 30/2017, ECLI:ES:APIB:2017:271 donde se destaca la importancia de acreditar correctamente la existencia de los malos tratos, ya que de lo contrario serían considerados meros indicios y no tendrían suficiente peso como para entenderlo como causa justificada.

162 Martínez Calvo, J y Sánchez Cano, M.ª J. (2020) "Estatuto jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Acuri desde la perspectiva del derecho internacional privado y del derecho civil", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12 núm. 1, pp.728-762.

163 Lorente, I, Op. cit. pp. 175.

que es el debate relativo a la restitución o no de los menores sustraídos o retenidos ilícitamente.

Respecto a la norma a aplicar para resolver este litigo, esta era el Reglamento 2201/2003, ya que el traslado ocurre entre dos Estados miembros. Es por eso por lo que se aplicará dicho Reglamento y no los Convenios de la Haya o Luxemburgo. Además, el propio Reglamento ya incluye las respectivas referencias a los mencionados Convenios para cuando sea necesario acudir a ellos, aunque que con alguna alteración. Esa alteración se conoce como la tesis de la alteración del Convenio, produciéndose la "paradoja hermenéutica" de que el TJUE es competente para interpretar las normas del CH 80 ya que sus normas son citadas o incorporadas en el Reglamento.[164] En concreto, todas las remisiones que se hacen son en desde el art.11 del Reglamento[165] y son las que trataremos a continuación.

La primera remisión, del art. 11.2, donde dice que en caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del CH 80 se velará por que se dé al menor la posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.

La segunda modificación, del art. 11.3, dice que el órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor contemplada en el art.11.1 actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda. Salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda.

La tercera remisión, del art.11.4 al CH/80, conlleva que los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b del art. 13 del CH 80 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.[166] En el caso de que el Estado de residencia habitual

---

164 Ibid p 178.

165 Martín Pedreño, C (2015), "Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor". *Anuario de justicia de menores*, 2ª Edición, Editorial Ley 57, pp. 75-78.

166 SAP de Málaga, de 13 de noviembre de 2012 (CH 1980 y Reglamento 2201/2003, el juez o tribunal del Estado requerido ha de aplicar el Convenio de la Haya citado, completado por el Reglamento de la UE). ECLI:ES:APMA:2012:2549.

del menor no haya acordado estas medidas, se procederá a la denegación de la restitución.[167] Debe tratarse de medidas de protección concretas y no de sistemas abstractos de protección de menores. El Reglamento 2201/2003 busca evitar una aplicación del art.13b) del CH/80 marcada por el "detestable nacionalismo judicial, que se emplea para bendecir los secuestros internacionales de menores".

Finalmente, la cuarta modificación deriva del artículo 11.5, que dice que los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que hubiera solicitado su restitución.[168]

Aplicando lo visto al caso que esta siendo analizado, el traslado que efectúa Juana de los menores desde Italia a España se califica como traslado ilícito (podríamos decir retención ya que el traslado era consentido en tanto que eran unas vacaciones), ya que se ve vulnerado el derecho de custodia del padre. Para resolver este caso, como en todos los relativos a sustracción de menores, se deberá tener presente en todo momento el interés superior del menor, por ser el principio base.

El objetivo principal será pues, restituir mediante acción directa a los menores a su residencia habitual. El Tribunal Constitucional español indicó que el juez competente deberá valorar si la restitución del menor o es lo mejor para sus intereses. Por norma general y de las disposiciones del convenio, se extrae la presunción fundamental de que el traslado o retención ilícitos del menor son generalmente perjudiciales para su bienestar[169] y efectivamente, no responden a sus mejores intereses "aun en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona".[170]

En relación con el tribunal competente, como tanto la residencia de los menores como los malos tratos tenían como ubicación Italia, los tribunales españoles carecían de competencia, "los tribunales españoles no disponían conforme al art.8 RBII bis de competencia judicial internacional para conocer de las pretensiones de la Sra. Rivas referentes

---

[167] SAP de Málaga de 11 de septiembre de 2007 (No restitución de la menor a UK) ECLI:ES:APMA:2008:2052.

[168] Calvo Caravaca, L.; Carrascosa González, J. (2018) *Derecho internacional Privado*, Vol. II. 18.ªedición. Granada, Comares, pp. 573-574.

[169] Freeman, M. op.cit. pp. 17-19.

[170] Informe explicativo del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, p. 6.

a la guardia y custodia de sus hijos (…) debe entenderse que la residencia habitual de los hijos menores se encontraba en Italia en el momento de interposición de la reclamación relativa a la guarda y custodia."[171] En el R 2201/2003, en referencia al CH/80, dice que los tribunales del Estado miembro donde se encuentre el menor no pueden decidir sobre la custodia de éste hasta que no se haya determinado si procede o no procede restituir al mismo a otro Estado Miembro.[172]

Al negarse Juana a la restitución de los menores, siendo ésta la obligación principal tanto del convenio como del Reglamento procede analizar las diferentes excepciones que existen para no cumplir con dicha obligación y cuáles podrían ser relevantes en este caso.

En primer lugar, la excepción del 13 a) CH/80 que hace referencia a cuando la custodia no es ejercida de hecho o el traslado es consentido. Aquí vemos como el padre sí que ejercía la custodia de forma adecuada, y respecto al consentimiento, si existía, pero solo para unas vacaciones durante un periodo concreto, evidentemente no alcanza a justificar la posterior retención en España.

A continuación, sobre la opinión del menor, debemos tomar en consideración además de lo que encontramos en el convenio y Reglamento, a nivel nacional, en España la Ley Orgánica de protección jurídica del menor 1/1996 modificada por la Ley Orgánica 8/2015. En su artículo 2.2 b): "A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior."

---

171 Martínez Calvo, J y Sánchez Cano, M.ª J. (2020) "Estatuto jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Acuri desde la perspectiva del derecho internacional privado y del derecho civil", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12 núm. 1, pp.728-762.

172 AAP de Almería de 9 de junio de 2008 (Solicitud de ejecución de la restitución a Reino Unido de menor de once años). ECLI:ES:APAL:2008:287ª.

Esta norma se podrá aplicar siempre que respete y no vulnere lo establecido en las normas internacionales (CH/80) y europeas (Reglamento 2201/2003).

Concretamente, en este caso, respecto a los hijos de Juana y Francesco, únicamente se tuvo en cuenta la opinión del mayor de 11 años, ya que el menor tenía solo 3 en aquel momento. Sin embargo, se verán datos que indican que la madre ejerció una gran influencia en los menores para que formaran su opinión, lo que no casa con la necesidad de que la opinión del menor sea libre.[173]

Lo que debe quedar claro, recordamos, es que la sola oposición del menor a su restitución no supondrá la automática denegación de la misma, aunque si la obligación del tribunal de tener en cuenta dicha oposición tal y como hemos visto anteriormente en el Auto de la AP de Valencia 405/2011, de 5 de diciembre.[174]

La excepción relativa a la vulneración de los derechos fundamentales, del artículo 20, constituye una "cláusula de orden público". Y, por ejemplo, se podrá denegar la restitución del menor cuando ésta infringe la "libertad religiosa del menor" o cuando la atribución de la custodia al progenitor correspondiente se haya hecho al margen del interés superior del menor.[175] Para el caso que nos ocupa de Juana Rivas, esta excepción no tiene cabida.

Finalmente, la excepción que podría tener también posibilidades de ser alegada con éxito, al menos a priori, es el riesgo grave de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. En este caso vamos a ver una matización a esta excepción que cambia bastante la forma de entenderla. Realmente cuando se refiere a un grave riesgo, no nos referimos al riesgo de que vuelvan directamente con el progenitor en cuestión, sino que el mero hecho de volver al país de residencia habitual, Italia en este caso, o el propio traslado hasta allí, debería provocar por si solo ese peligro.

---

173 Lorente, I. Op.cit. p. 191.

174 AAP de Valencia, de 5 de diciembre de 2011, 405/2011, ECLI:ES:APV:2011:815A

175 Calvo Caravaca, A.L y Carrascosa González, J (2018), Derecho internacional privado, vol. II 18.ª edición. Granada: Comares, pp. 561.

A pesar de eso, en este caso tampoco se ha considerado que el retorno con su padre directamente suponga ningún tipo de riesgo, por lo que se considera que el retorno es muy seguro y no supone ningún peligro para los menores.[176]

Por tanto, a pesar de que ese riesgo de peligro era el principal argumento esgrimido por Juana Rivas para justificar la retención ilícita, no puede servir de excepción ya que no hay motivos para fundamentar ese peligro. Le quedará únicamente la opción de litigar para obtener la custodia de los menores, en Italia pues son los tribunales competentes para conocer del fondo del asunto.[177] Solo habría sido España competente para decidir sobre dicha materia si se hubiera acordado la no restitución.[178]

12.2 Caso María José Carrascosa

María José Carrascosa, de nacionalidad española, y el padre, Peter Innes de nacionalidad estadounidense, rompieron su matrimonio en 2004 firmando un acuerdo en el que acordaban que ninguno de los dos podría sacar a la hija menor del país sin el consentimiento del otro. Sin embargo, en 2005 Carrascosa se llevó a la menor a España sin el consentimiento paterno. En 2006 es citada en un juicio sobre esta acción por lo que volvió a EE. UU donde fue detenida e ingresó en prisión donde se la condenó por secuestro y desacato ya que a pesar de que el tribunal español le había concedido la custodia a ella, en EE. UU los tribunales se la habían otorgado al padre. Su condena llegaba a los 14 años y según las autoridades permanecería en prisión hasta que devolviera a la menor que seguía en España, o cumpliera toda su pena.

Ella nunca quiso llegar a un acuerdo con su exmarido, ya que ella le acusaba de agresiones, malos tratos e incluso de haber tratado de asesinarla. Carrascosa también argumentaba que, desde España, las autoridades se habían pronunciado prohibiendo a la

[176] Ibid P. 562.

[177] Lorente, I, Op.cit. p. 193.

[178] Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. (2018) *Derecho internacional privado*, vol. II. 10.ª ed. Granada: Comares, p. 549.

menor salir del territorio español hasta cumplidos los 18 años. En 2015, casi 10 años después obtuvo la libertad condicional y hasta 2017 no pudo regresar a Valencia, su ciudad.

En este caso, a tratarse de un secuestro internacional fuera de la UE había que aplicar los Convenios multilaterales en la materia. El problema surgió sobre todo en la fase de ejecución, ya que España no tenía convenio ni multilateral ni bilateral de cumplimiento de sentencias penales con Estados Unidos.

12.3 Caso Macready contra República Checa[179]

En este caso la madre retenía ilícitamente en República Checa al menor, que había nacido y vivido en Estados Unidos. Previamente en 2006 ya había cometido unos hechos similares, y se determinó que el traslado y respectiva retención era ilícitos y se pidió la restitución del menor a los Estados Unidos. La restitución tuvo que ser retrasada ya que se constató que el menor podría tener autismo, lo que condujo a una serie de exámenes psicológicos para determinar su condición ya que, si se confirmaba la sospecha, el traslado a su residencia habitual podría suponerle problemas y ser negativo para él. Tras realizar los exámenes pertinentes, meses después se anuló la restitución.

El padre como adelantábamos inicia el proceso pidiendo la restitución y finalmente acude al TEDH que falla, pero estimando únicamente una vulneración del respeto a la vida privada y familiar, así como una vulneración de dicho precepto número 8 del CH/ 80, sin estimar la solicitud de restitución. Consideró que la situación del menor, con autismo, era una circunstancia excepcional que justificaba la denegación de la restitución pedida.

12.4 Caso Adriana y Aureliano[180]

[179] STEDH de 22 de abril de 2010, "Caso Macready contra República Checa") ECLI:EU:C:121726:2010.

[180] SAP 1683/2019 de Tarragona de 16 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APT:2019:1683).

Se produce una sustracción del menor de España a Rumanía en 2017, pese a que, con anterioridad, se había impuesto una medida cautelar sobre la madre que la impedía salir del territorio de España con su hijo.

Desde que se realiza la solicitud de restitución hasta que se pasa a resolver sobre la misma, el menor ya ha pasado dos años en Rumanía. Por ello y recalcando la importancia que tiene el paso del tiempo en estos procesos en defensa de los mejores intereses del menor, finalmente, el juez falla a favor de la madre, concediéndola la custodia exclusiva, ya que el menor se ha integrado en su nueva residencia y porque otorgar la custodia al progenitor en España podría suponerle problemas y dificultades al menor después de todo ese tiempo, por lo que se limitan a reconocerle derecho de visita.

12.5 Caso McB Y L.E[181]

En este caso, la madre es de nacionalidad británica y el padre y demandante de nacionalidad irlandesa. Tuvieron tres hijos, uno en Inglaterra y dos en Irlanda del Norte. El padre acudió a los tribunales irlandeses para pedir la custodia de los tres menores a raíz de múltiples disputas en la relación. La madre como respuesta se marchó a Inglaterra con los menores. El padre interpuso una demanda ante la High Court of Justice. En derecho irlandés, el padre biológico de los menores no disfruta de pleno derecho de custodia de modo automático por ser padre biológico. Asimismo, el hecho de que los progenitores no casados hayan cohabitado y que el padre haya estado comprometido activamente en la educación del menor no da, por sí solo, tal derecho al padre. Pero en cuanto se inicia un proceso por la custodia de unos menores, en el derecho inglés los tribunales asumen de modo automático y provisional dicha custodia, con todos los derechos y posibilidades que conlleva. Y el padre necesita una resolución de un órgano judicial confiriéndole tal derecho.

La Supreme Court decidió suspender el procedimiento y plantear la siguiente cuestión prejudicial: «¿Impide el Reglamento nº 2201/2003, tanto si se interpreta con arreglo al artículo 7 de la Carta como de otro modo, a un Estado miembro exigir en su ordenamiento jurídico que el padre de un menor que no está casado con la madre deba obtener una orden de un tribunal competente que le conceda la guarda y custodia de dicho menor con el fin de considerar que tiene el "derecho de custodia" que determina el carácter ilícito del traslado de

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

ese hijo desde su Estado de residencia habitual, a efectos del artículo 2, número 11, de dicho Reglamento?»

Finalmente el TJUE resolvió la cuestión prejudicial declarando lo siguiente: "El Reglamento (CE) nº 2201/2003, (…) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro supedite la adquisición del derecho de custodia por el padre de un menor, no casado con la madre de este, a que el padre obtenga una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente que le confiera tal derecho que puede hacer ilícito, en el sentido del artículo 2, número 11, de dicho Reglamento, el traslado del menor por su madre o la no restitución de este." Por tanto, la orden de restitución tenía que ser denegada porque no había habido ilicitud en el traslado al faltar la resolución del órgano jurisdiccional competente reconociendo el derecho de guardia y custodia a favor del padre antes de que se produjera el traslado.

12.6 Caso Purrucker II[182]

La Sra Purrucker, de nacionalidad alemana se trasladó a España con el Sr. Vallés, nacional español, pero nacido en Alemania. Tuvieron dos hijos, mellizos. Ambos padres cuentan con el derecho de custodia y los hijos tienen doble nacionalidad alemana y española. Tras un deterioro en su relación, ella pide volver a Alemania con los dos menores con la custodia exclusiva. Los padres firman un convenio ante notario que, para hacerlo efectivo, tenía que ser aprobado judicialmente, y con arreglo al cual, la madre debía trasladarse a Alemania con los menores. Sin embargo, en el día de salida, la menor no pudo ir por problemas de salud, por lo que solo se marcharon la madre con el otro menor.

Tiempo después el padre inicia un procedimiento para la obtención de la custodia exclusiva de los menores, pretendiendo adelantar ese resultado a través de la adopción de medidas provisionales que bajo determinadas condiciones podrían conducir a la atribución de la custodia.[183] A continuación, el padre también inicia otro procedimiento en Alemania que tiene por objeto el reconocimiento y ejecución del auto de adopción de medidas provisionales del Juzgado de Primera Instancia de España del procedimiento mencionado

[182] STJUE de 9 de noviembre de 2010, Asunto C-296/10, Purrucker II, (ECLI:EU:C:2010:665).

[183] Opinión del Abogado General. SR. NIILO JÄÄSKINEN, presentada el 4 de octubre de 2010 (1) Asunto C-296/10

primero. La madre, desde Alemania inicia un procedimiento que tiene por objeto obtener la custodia exclusiva sobre los menores.

Respecto al procedimiento de la madre, solicita la custodia exclusiva de los menores, el tribunal alemán se la otorgó y respecto de la ejecución de las medidas provisionales se determinó que éstas tenían efectos en el territorio del Estado del tribunal que las dicta, y que solamente tendrán efectos en otro Estado si son adoptadas por un tribunal competente para conocer del fondo del asunto, es decir de la atribución de la custodia. Como el tribunal alemán se considera competente en cuanto al fondo entiende que no tiene por qué ejecutar el auto del juez español

12.7 Caso Cesareao y Amalia[184]

Un menor es trasladado ilícitamente desde su residencia habitual en Bélgica a España por parte de su madre, que, como plan inicial, iban a pasar simplemente unas vacaciones, sin embargo, sin el consentimiento del padre deciden permanecer allí por circunstancias no acreditadas y de forma unilateral sin el consentimiento paterno, cometiendo una retención ilegal por contravenir el ejercicio de la patria potestad que era compartida.

Desde los tribunales belgas, inmediatamente se declara el hecho como una sustracción ilícita de acuerdo con los requisitos del artículo 3 del CH 80.

En primera instancia se acordó la no restitución por concurrir la excepción del artículo 13 b) del CH/80 por grave riesgo. Se considera así porque la menor, aun lactante, ha pasado prácticamente toda su vida en España bajo el cuidado de su madre además solo ha visto a su padre en dos ocasiones durante escasos minutos en los últimos 11 meses, además se tiene en cuenta el aspecto de que el padre no está acostumbrado al cuidado de un bebé y por su horario de trabajo debería dejar a la menor en una guardería de 7 de la mañana a 5 de la tarde.

Finalmente, el tribunal en apelación, de acuerdo con el interés superior del menor y tomando en cuenta lo que se pudo probar, se considera que no se puede aplicar la excepción porque no se justifica que el menor pueda ser víctima de un peligro, aún transcurridos 13 meses desde la retención ilícita, al no haber sido escolarizada, y teniendo una edad donde el

[184] SAP 1546/2019 de A Coruña de 5 de julio de 2019 (ECLI:ES:APC:2019:1546).

conocimiento de un idioma o la existencia de relaciones sociales no son circunstancias de trascendencia para valorar su integración en su nueva residencia y no se puede determinar que suponga un menoscabo para su interés superior. Además, se considera que se debería garantizar su estabilidad y el poder instaurar una relación con su padre a su temprana edad. En definitiva, se considera que la excepción del peligro grave no es de aplicación pues está en el interés superior de la menor el regresar a Bélgica.

Finalmente, el Tribunal de la AP de Coruña estima el recurso de apelación interpuesto por Cesareo ordena la restitución del modo que interfiera menos drásticamente en la situación de la menor de forma que sea la propia madre la que la traslade en los quince días siguientes.

12.8 Caso Arcadio y Erica[185]

Este caso tiene algunas similitudes con el caso Juana Rivas, pero es relativamente más sencillo. En este caso la menor contaba con su residencia habitual en Francia, y el litigio se origina cuando la menor se encuentra de vacaciones con su madre en España, en donde ésta decide quedarse y no volver a Francia alegando malos tratos y que el retorno podría perjudicar el interés superior de la menor.

En este caso, aun existiendo un proceso penal incoado por violencia de género contra el padre en Francia, no operó la excepción a la restitución por grave riesgo o una situación intolerable porque, por un lado no constaba que los malos tratos afectasen a la hija y por otro, la restitución no impediría la adopción de medidas de protección en el país de la residencia anterior, Francia, y mientras tanto se aplicarían las normas europeas de prevención y lucha contra la violencia doméstica, en referencia al Convenio de Estambul.[186]

Finalmente, sin excepciones admisibles a la restitución, viendo que ambos progenitores contaban con el derecho de custodia y que la menor tenía su residencia habitual en Francia, la AP de Valencia desestima el recurso de apelación interpuesto por la

185 SAP Valencia, Sección 10ª, 180/2017, de 23 de febrero de 2017 (ECLI:ES: APV:2017:718).

186 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, también conocido como Convenio de Estambul o Convención de Estambul de 11 de mayo de 2011, es una convención del Consejo de Europa que tiene por objetivo la lucha contra la violencia contra mujeres y la violencia doméstica.

demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 26 de Valencia y se determina el retorno de la menor.

12.9 Caso Bárbara Mercredi contra Richard Chaffe[187]

Este caso ofrece una definición europea del concepto de residencia habitual:

"El concepto de «residencia habitual» a efectos de los artículos 8 y 10 del Reglamento (CE) núm. 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) núm. 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que esa residencia corresponde al lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar. A tal fin, y cuando se trata de la situación de un lactante que se encuentra con su madre tan sólo desde algunos días antes en un Estado miembro, distinto del Estado de su residencia habitual al que ha sido trasladado, deben considerarse en especial la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso."

Nos encontramos con un matrimonio mixto formado por una madre francesa y padre británico, ambos tienen una hija en común y a los pocos meses deciden separarse. Al poco tiempo la mujer se marcha a Isla Reunión, (territorio de Ultramar de Francia, cuyo órgano jurisdiccional es el Tribunal de Grande Instance de París) con la menor, lactante, sin el consentimiento del padre. Lo que podría diferenciar este caso de otros de sustracción de menores es el hecho de que en el momento de la sustracción, la madre era la única poseedora de la custodia de la menor, y por tanto podría considerarse un traslado lícito de acuerdo con el art 2.9 del Reglamento. Ambos progenitores acuden a los tribunales de sus respectivos

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

países pidiendo la atribución de la responsabilidad parental y reclamando la competencia judicial de sus tribunales.

La High Court inglesa resuelve a favor del padre y ordena la restitución de la menor al Reino Unido. Esta resolución es impugnada por la madre, ya que considera que su hija ya no tenía su residencia habitual en el Reino Unido en el momento en que se inició el procedimiento ante dicho órgano jurisdiccional; y fundamenta su alegación en los artículos 8 y 10 del R 2201/2003. Según el art.8: "Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional".

Por tanto, si se considera que la residencia habitual del menor era ya Francia cuando se inicia el procedimiento, ya no serían los tribunales ingleses los competentes. Finalmente se desestima la demanda de restitución de la menor.

12.10 Caso OL y PQ[188]

Este caso lo hemos visto en páginas anteriores sin embargo conviene dedicarle un apartado específico. La pareja, residente en Italia, decide que su futuro hijo nazca en Grecia, país de donde es nacional la madre, para que así su familia pueda ayudarles con el embarazo y después del parto. Ambos habían establecido que una vez hubiera dado a luz volverían a Italia, a pesar de todo, la madre decidió de forma unilateral no volver a Italia y quedarse con su hija (lactante) en Grecia.

Como el fin principal del procedimiento de restitución es devolver al menor al entorno que les es más familiar y así restaurar la continuidad de sus condiciones de vida y desarrollo[189] se rechaza la solicitud del padre, ya que la negativa de la madre a volver con la menor a Italia no puede considerarse un traslado o retención ilícita, ya que, bajo el R 2201/2003, el acuerdo o la propia opinión de los padres respecto a cuál debe ser la residencia habitual del menor no

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

[189] Como lo visto en el caso Mercredi.

es decisiva por sí sola, y, cuando el menor es recién nacido/lactante, su residencia habitual será fundamentalmente su entorno familiar y las personas que le cuiden.

13 CONCLUSIONES

1. En primer lugar, considero imprescindible que se lleve a cabo una actualización del concepto de interés superior del menor o al menos de su consideración en relación con su restitución inmediata, ya que como hemos visto, ambos conceptos se han venido encontrando unidos en la gran mayoría de situaciones. En atención a los cambios de sujetos y modos de actuar, antes era mayor el número de padres sustractores, que normalmente contaban solo con derecho de visita, y por ende la solución era devolver al menor con su progenitor cuidador, la madre, que contaba con el derecho de custodia. Ahora es más común que ambos progenitores puedan verse atribuido un derecho de visita y por tanto el número de madres sustractoras se ha visto incrementado. Se hace muy necesario un cambio en la interpretación del interés superior del menor, o sin llegar a ese extremo, ampliar el foco a otros muchos factores que rodean al menor para tenerlos en cuenta, de manera que las soluciones a los litigios puedan ser mucho más respetuosas con el menor, sin limitar la solución a su pronta restitución, pues cada vez en más casos esa no será la mejor forma de respetar el interés superior del menor, como se pone de manifiesto con todas aquellas excepciones del artículo 13 b).

2. La residencia habitual del menor debe mantenerse como concepto nuclear en los casos de sustracción internacional de menores. Sobre todo, nos referimos al concepto de hogar y personas con las que habita el menor, aunque como hemos visto, este concepto se extiende a todo su entorno cercano, núcleo social, educativo, etc. El mejor desarrollo y, por tanto, el interés superior del menor se verá mejor protegido si se le garantiza su permanencia en el lugar que se determine su residencia. Debería primar este aspecto por delante de cualquier otro salvo que se aleguen las excepciones correspondientes, aunque tal y como lo veo, la residencia habitual ocuparía un lugar primordial por encima de la propia opinión que pudiera tener el menor, ya que considero que afecta a muchas más esferas de su vida de las que ni siquiera el puede ser consciente y que por tanto no tiene en cuenta a la hora de manifestar su opinión.

3. Hemos visto que las secuelas que deja una sustracción en los menores que la sufren son de gran importancia. Los efectos a medio y largo plazo de traumas, depresión y una larga lista de problemas a nivel mental fundamentalmente son aspectos que se deberían tomar más en consideración tanto por los legisladores como por las propias familias que utilizan a sus hijos sin pensar en las consecuencias. El interés superior del menor como bien supremo se va a ver vulnerado desde el primer momento que es sustraído de su residencia habitual, independientemente de las circunstancias de las que hipotéticamente pudiera estar huyendo por peligrosidad. Es decir, aunque el menor estuviera soportando una situación insostenible, la solución más correcta no será el traslado o sustracción a otro país, ya que eso, si bien pudiera solucionar alguno de los problemas, acarreará otros de muy difícil solución, como son esos traumas y diferentes problemas psicológicos. Con esto quiero decir, que las secuelas producidas por una sustracción son inevitables, por lo tanto, se deberá tener presente esta realidad, evitando que los efectos negativos puedan verse incrementados por una incorrecta aplicación del derecho o por no prestar un trato adecuado a cada caso particular.

4. La distinta aplicación de la norma según el caso concreto puede ser un arma de doble filo. Si bien es cierto que es complicado homogeneizar la ley para aplicarla de igual manera a cada situación, lo cierto es que en muchos casos podría resultar la solución ideal. En repetidas ocasiones podrá suceder que la relativa discrecionalidad que los jueces tienen al interpretar un criterio subjetivo para dar solución al caso concreto dará lugar a resoluciones diversas. Con la discrecionalidad queremos referirnos al criterio subjetivo que utilizará el juez a la hora de aplicar la norma caso por caso. Esto dará lugar a resoluciones en las que, aún tratándose de hechos con muchas semejanzas, las respuestas ofrecidas variarán bastante, desproporcionadamente en algunos casos. Considero que la jurisprudencia previa en este ámbito debería ser tenida en cuenta por los jueces cuando tengan que resolver sobre situaciones semejantes para garantizar mayor seguridad jurídica. Se debería dar una solución mirando más a la jurisprudencia que a la norma porque precisamente las materias y los casos a tratar pueden llegar a ser tan particulares que sería imposible elaborar una que contemplara tanta casuística.

5. Respecto a dar audiencia y la posibilidad de expresar la opinión del menor, a pesar de no ser obligatoria en todos los casos, se debería de escuchar siempre, independientemente de su edad o madurez siempre que este pudiera comunicarse. Los factores en concreto de la edad y madurez son los que luego se analizarían como criterios para determinar en qué grado dicha opinión debería ser tomada en cuenta. Evidentemente escuchar y valorar las opiniones de los menores en ningún caso supondrá la obligación de tomar las decisiones en base a ellos, pero debemos aceptar que garantizar que sus opiniones sean escuchadas entra dentro del interés superior del menor. En los casos en los que sea imposible escuchar la opinión del menor, por no poder comunicarse, ya fuera por edad o madurez insuficiente o por enfermedad, podría contemplarse la posibilidad de pedir opinión a personas ajenas al litigio, como amigos cercanos, profesores, vecinos, etc. Finalmente, también opino que podrían llevarse a cabo unos adecuados exámenes psicológicos para confirmar los pensamientos y opiniones de los menores, especialmente para aquellos casos en los que la comunicación sea deficiente. Procede hacer un último apunte sobre la comunicación, y es el que no se limite esta a la comunicación verbal, habrá muchos menores que no tengan capacidad de comunicarse por palabras pero que puedan mostrar su opinión/oposición de forma no verbal a través de gestos, emociones, dibujos, escritura, etc.

6. En relación con el punto anterior, respecto a la opinión del menor se debería abordar una posibilidad que no parece plantearse en la norma. La opinión del menor puede concretar una de las formas de excepción a la restitución, será relevante cuando el menor rechace la restitución y cuente con la edad y madurez suficientes para ser escuchado. Sin embargo, no se dice nada sobre la opinión del menor cuando ésta es la de querer ser restituido a su residencia habitual cuando el retorno ha sido denegado por concurrencia una excepción diferente. Podría darse un supuesto en el que los tribunales competentes consideran que el menor se encuentra integrado en su nuevo hogar, y por ese (u otros) motivos se deniega su restitución en defensa de su interés superior, sin embargo, no es difícil imaginar el escenario en el que ese menor a pesar de todo, se opone a tal decisión y quiere ser devuelto a su residencia habitual de origen. Para estas situaciones se debería desarrollar algún tipo de marco legal que amparara al menor y no ignorará sus opiniones.

7. Se debe prestar mayor atención hacia las excepciones a la restitución justificadas en un grave peligro originado en una situación de violencia de género. En estos casos se deberán analizar todos los elementos. En mi opinión será muy complicado separar un maltrato de un progenitor a otro de los menores, es decir, en la norma y jurisprudencia se ha venido diciendo que mientras el progenitor maltratador no maltratara a los menores, de forma general no sería relevante para considerarlo como un grave peligro para estos, y, desde mi punto de vista, considero que esa respuesta debe ser revisada. Es probable que el progenitor ejerza el maltrato solo hacia el otro progenitor, ya sea de forma física o psicológica, incluso puede ser que dichos malos tratos se limiten a ocurrir cuando los menores no se encuentren presentes, sin embargo, esa atmosfera difícilmente puede ser ocultada a ojos de los menores y en ningún caso me parecería un entorno seguro en el que convivir y mucho menos en consonancia con el interés superior de los menores. Con todo lo mencionado quiero decir que deberá estar justificado y exhaustivamente analizado al detalle el caso que se plantee y decida la restitución de los menores con el progenitor que se ha demostrado maltratador judicialmente,

8. Se deberá incidir en la prevención de futuros casos de sustracción internacional de menores. Las normas en el territorio de la Unión Europea son cada vez más claras y encaminadas a dar respuesta a los casos de forma muy acelerada evitando al máximo los efectos negativos que pudiera desencadenar en el menor. Sin embargo, vemos que, a pesar de todo, los casos no disminuyen en la proporción que tal vez debieran con la regulación existente. Esto puede deberse a que realmente esta información no esta al alcance, o no es accesible a todo el mundo, y por ello los progenitores pueden aun considerar que el llevar a cabo la sustracción de sus hijos para consolidar su derecho por vía de los hechos pueda ser un medio efectivo de conseguirlo. Es por todo lo anterior que considero que una forma eficiente de prevenir los casos de sustracción de menores pueda ser a través de un tipo de divulgación o concienciación de la inutilidad de llevarla a cabo, mediante la difusión de las estadísticas, intentos previos frustrados, etc. Mostrando las consecuencias fundamentalmente negativas, tanto para el progenitor infractor como para el propio menor, que en definitiva es la víctima del ilícito.

9. Aunque pueda resultar complicado, se debería aspirar a una regulación mucho más internacional, perseguir que la totalidad de Estados sean parte de los Convenios principales a nivel internacional, como son los Convenios de la Haya principalmente. Desde la Unión Europea al menos se debería garantizar la existencia de pactos con la mayor parte de terceros Estados posibles, ya que como vemos, la solución de los casos de sustracciones transfronterizas, dentro del territorio de la Unión Europea tienen una solución mucho más sencilla que si se trata de sustracciones a terceros Estados. Si los terceros Estados son parte de los Convenios de la Haya al menos también se puede contar con determinadas garantías que aseguren el rápido retorno del menor, o si no es esa la solución, la más rápida respuesta en consonancia con el interés superior del menor sustraído. El principal problema surgirá con aquellos terceros Estados que tampoco son parte de ningún Convenio, la solución entonces será potenciar la adhesión de estos a los Convenios preexistentes, y si eso no fuera posible, incentivar la creación de nuevos Convenios bilaterales entre Estados o multilaterales, pudiendo pensar en la UE como un conjunto.

10. Un aspecto que no he visto contemplado ni por la norma, jurisprudencia ni doctrina, será el caso en el que no se hable de menores sino de hijos tutelados. Con esto me refiero a supuestos de sustracción donde los hijos sustraídos no son menores, por tener más de 16 o 18 años (en función de la norma a aplicar) pero que, por motivos fundamentalmente derivados de alguna enfermedad o condición, son tutelados por sus padres y no cuentan con capacidad de obrar. Pienso que es primordial garantizar que estos casos caigan bajo el amparo de la norma relativa a sustracción internacional de menores pues las circunstancias pueden ser perfectamente sustituibles entre si incrementando las posibles desventajas que puede albergar el hecho de que el hijo tenga determinadas condiciones que le hagan aún más traumática la experiencia. Por lo que, no solo deberían gozar de una protección equivalente a la que es ofertada a los menores sustraídos, si no que incluso deberían contar con dicha protección reforzada.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Academia de Derecho Europeo, Comisión Europea. *Módulo de formación sobre responsabilidad parental en un contexto transfronterizo, incluida la sustracción de menores*. Contrato N.º JUST/2010/JCIV/FW/0052/A4–30-CE-0469875/00-40 que aplica el contrato marco JUST/2010/JCIV/PR/0016/A4.

- Aceituno Juliá, J. (2020). *Influencia de la violencia domestica en la sustracción internacional de menores*. Universidad de Jaén. http://tauja.ujaen.es/handle/10953.1/12322.

- Aldecoa Luzárraga, F., y Forner Delaygua, J.J (dirs.) y González Bou, E. y González Viada, N. (coords.) (2010) "La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales." *Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, del Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Madrid.

- Álvarez González, S. (2002). "Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva". *Derecho privado y Constitución*, (16), pp. 41-64.

- Álvarez González, S. Á (2011). "Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE: supresión del execuátur y derechos del niño a ser oído". *Diario La Ley*, (7578).

- Álvarez González, S. (2021). "Desplazamiento ilícito de menores de un Estado miembro a un tercer Estado y Reglamento 2201/2003: Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2021, asunto C-603/20 PPU". *La Ley Unión Europea*, (92).

- Azcárraga Monzonís, C. (2014). "Relaciones familiares internacionales: Nuevos retos en un mundo globalizado". *El Foro*, (15), 99-116.

- Azcárraga Monzonís, C. (2015). "Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente". *Iuris tantum revista boliviana de derecho*, (20), 192-213

- Azcárraga Monzonís, C., & Redondo, P. Q. (2018). "Sustracción internacional de menores y Convenio de la Haya de 1980. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) núm. 377/2017, De 29 de junio= Child abduction and the Hague Convention on 1980. Comment on the judgment of the Spanish Court of Appeal of Las Palmas de Gran Canaria (Section 3) number 377/2017 of 29th June". *Cuadernos de derecho transnacional*, *10*(2), pp. 795-801.

- Azcárraga Monzonís, C. (2019). "Sustracción internacional de menores. Asunto vinculado con Suiza y España. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 52/2018, de 17 de abril= International child abduction. Case related with Switzerland and Spain. Comment on the judgment of the Spanish Court of Appeal of Pontevedra (Section 1) number 52/2018 of 17th April". *Cuadernos de derecho transnacional*, *11*(1), pp. 671-677.

- Azcárraga Monzonís, C. (2019). "La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución". *Spanish yearbook of international law*, (23), 451-453

- Caamiña Domínguez, C.M., (2016) "El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio". *Cuadernos de derecho transnacional.* Vol.8, núm.2, pp.77-91.

- Calvo Caravaca, A. L.., y Carrascosa González, J. (2003). "Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)". *International law: Revista Colombiana de derecho internacional*, núm. 2 Pontifica Universidad Javierana.

- Calvo Caravaca, A.L.; Carrascosa González, J. (2018) *Derecho internacional Privado*, Vol. II. 18.ªedición. Granada, Comares.

- Calzado Llamas, A. J. (2021). "Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores: análisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexión con el ordenamiento jurídico español". *Cuadernos de derecho transnacional*, *13*(1), pp. 87-109.

- Campuzano Díaz, B. (2020). "El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *12*(1), pp. 97-117.

- Cañadas Lorenzo, M.ªJ. "La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores". Ponencia de la Fiscal Adscrita a la Fiscal de Sala de Violencia sobre la mujer. Consejo General del Poder Judicial. https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/FORMACI%C3%93N%20CONTINUA/PLAN%20ESTATAL/MATERIALES%20DOCENTES/FICHERO/EX1829%20Mesa%20V%2001%20Protecci%C3%B3n%20menores.%20%20Incidencia%20de%20la%20VG%20en%20la%20sustraccioon%20internacional%20de%20menores.%20M%C2%AA%20Jes%C3%BAs%20Ca%C3%B1adas.pdf

- Caso Señal, M. (2011). "La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores". *Revista de mediación*, Año 4. Nº 8. 2º semestre 2011. Pp. 20-27.

- Castelló Pastor, J.J. (2018) "Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 10 núm.1, pp.561-567.

- Carrascosa González, J., & Seatzu, F. (2009). "Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento "Roma III"". *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, *45*(3), pp. 567-588.

- Carrilo Lerma, C. (2015). "Mediación familiar internacional y sustracción de menores". *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 19, 185-196.

- Chéliz Inglés, Mª. D. C. (2019). *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*. Monografías. Tirant lo Blanch. Valencia.

- Chipman Gray, J. (1909) "The nature and sources of the law", *Columbia University Press*, p. 263.

- Comisión de Asuntos Jurídicos (Comisión Europea). Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en Bruselas, 2016 COM (2016) 542 final.

- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2010) Contacto Transfronterizo relativo a los Niños. Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas. *Family Law*, editorial Jordan Publishing Limited. Pp.48.

- Consejo de Europa, Informe Explicativo sobre la Convención sobre los Contactos relativos a la Infancia del Consejo de Europa de 15 de mayo de 2003, apartado 6. Disponible en: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/192.htm

- De la Torre, T. O., & Antonio, J. (1999). ·Retención de hijos menores de edad por parte del progenitor extranjero o español que no tiene la guarda y custodia". *Asociación Española de Abogados de Familia, Puntos capitales de derecho de familia en su dimensión internacional.* Madrid, Dykinson.

- De La Torre Álvarez, A., (2020) *Sustracción Internacional y retorno del menor: aspectos clave de su evolución normativa en el marco de la UE*. Facultad de Economía y Empresa. Universidad del País Vasco.

- Domínguez, C. M. C. (2016). "El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio= The best interests of the child: settlement in a new environment." *Cuadernos de derecho transnacional*, *8*(2), pp. 77-91.

- Del Castillo Oramas, A, (2016*) La Sustracción civil internacional de menores extracomunitarios: la violencia de género como causa de denegación de la restitución.* Universidad de la Laguna.

- Del Ser López, A., & Aguado, D. C. (2019). "Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de la "residencia habitual del menor" y estudio de la «competencia residual»". *Unión Europea Aranzadi*, (10).

- De los Mozos, P. O. P., Bou, G., & Viada, N. G. (2010). Mediación y sustracción internacional de menores. *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales, Marcial Pons, Barcelona*, pp. 367-384.

- Fernández Rozas, J. C. (1992). El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 44, No. 2 (JULIO-DICIEMBRE 1992), pp. 770-772

- Fiscalía General del Estado, Circular 6/2015 de 17 de noviembre. "Sobre Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *Revista Aranzadi*, núm. 6/2015, pp.1.

- Forcada Miranda, F. J. (2009). "El derecho a decidir el lugar de residencia del menor: guarda y custodia, patria potestad y sustracción de menores". *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, (86), pp. 15-22.

- Forcada Miranda, J.F. (2015) "Sustracción internacional de menores y mediación familiar". *Sepin*. Madrid, pp. 123-125.

- Forcada Miranda, F. J. (2016). *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, Nº 3 (enero-junio 2016), *Zaragoza*.

- Forcada Miranda, F. J. (2016). "Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción internacional de menores en el Siglo XXI y un nuevo marco legal en España". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, (16), 699-743.

- Forcada Miranda, F. J. (2021). *Comentarios Prácticos al Reglamento (UE) 2019/2011. Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en Materia Matrimonial, Responsabilidad Parental y Sustracción Internacional de Menores*. Sepin.

- Freeman, M. (2014). "Parental Child Abduction: The Long-term Effects." *International Centre for Family Law. Policy and Practice. http://www. childabduction. org. uk/images/longtermeffects*

- García Revuelta, C. "Aplicación del Convenio de la Haya y El Reglamento 2201/2003. El papel de la autoridad central." http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_6_ES.pdf

- Garcimartín Alférez, F. J. (2012*). Derecho internacional privado*. Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters.

- González Marimón, M. (2020). "Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II BIS". *Revista Boliviana de Derecho*, núm 30, julio de 2020. Pp. 470-495.

- Gómez-Urrutia, M. A. V., Miranda, F. J. F., & Ballesteros, M. H. (2018). *Cuestiones prácticas en el ámbito de la sustracción internacional de menores*. Canal UNED.

- Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños (octubre de 2017). Doc. Prel. Nº 3 de junio de 2017.

- Herranz Ballesteros, M. (2004). *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado* (Vol. 3). Lex Nova.

- Hernández Rodríguez, A., (2014) "Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e Inconvenientes", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.6, núm. 2, pp. 130-146

- Jiménez Blanco, P. (2008), *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*. Universidad de Oviedo.

- Jiménez Fortea, F. J. (2015). "La tutela civil en España en los casos de sustracción de menores interparental". *Revista Boliviana de Derecho*, (20), pp. 168-191.

- Johnston, Janet R., Sagatun-Edwards, Inger, Blomquist, Martha-Elin, Girdner, Linda K. (2001), *Early Identification of Risk Factors for Parental Abduction*, U.S Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. Juvenile Justice Bulletin.

- Kvisberg Torunn, E. (2019) "Child Abduction Cases in the European Court of Human Rights – Changing Views on the Child's Best Interests". *Oslo Law Review. Scandinavian University Press*. Volume 6, No. 2. P. 90-106. ISSN online: 2387-3299.

- Lázaro González, I. E. & Ubero, J. J. E. (2011). "El "derecho de custodia" en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores". *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, (83-84), pp. 291-336.

- Liébana Ortiz, J.R. (2015) "El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores". *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja, REDUR*, (13), Pp. 83-110.

- Lowe, N and Stephens, V (2018). *Part I. Statistical analysis of Applications made in 2017-2018 under the Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction of 25 october 1980*. Global Report

- Lorente Martínez, I. (2019). "La integración europea en el Derecho de Familia: sustracción internacional de Menores: el caso Juana Rivas". *Ars Iuris Salmanticensis,* vol. 7, Ediciones Universidad de salamanca. pp. 159-206.

- Lorente Martínez, I. (2019). "Sustracción internacional de menores: estudio jurisprudencial, práctico y crítico". Dykinson, Madrid. Pp. 376-378.

- Lorente Martínez, I. (2019). " judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares= International jurisdiction of the Spanish courts in international child abduction cases. The unequal treatment in similar situations." *Cuadernos de derecho transnacional*, *11*(1), pp. 825-833.

- Lorente Martínez, I. (2021). "Sustracción internacional de menores. Especial atención a la aplicación del Convenio de La Haya 25 octubre 1980 y excepción al no retorno inmediato de la menor". *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol *13*, núm. 1, pp. 966-973.

- Martín Pedreño, C (2015), "Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor". *Anuario de justicia de menores*, 2ª Edición, Editorial Ley 57, pp. 75-78.

- Martínez Calvo, J y Sánchez Cano, M.ª J. (2020) "Estatuto jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Acuri desde la perspectiva del derecho internacional privado y del derecho civil", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12 núm. 1, pp.728-762.

- Pardo Iranzo, V. (2020). "Responsabilidad parental y sustracción internacional de menores: la ejecución en el nuevo Reglamento 2019/1111". *Diario La Ley, 2020, num. 9629,* p. 1-11.

- Paz Lamela, R.S. (2013), "Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (análisis a través de la jurisprudencia reciente)". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2013, 17: 675-685. ISSN: 1138-039X.

- Pérez Vera, E, (1992) Informe Explicativo del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf

- Quicios Molina, S., & Medina, S. A. (2020) "El derecho frente a la violencia dentro de la familia". *Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad,* Madrid, Aranzadi Thomson Reuters, ISBN: 9788413097428.

- Reig Fabado, I. (2015). "El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores." *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, nº 20, pp. 242-262.

- Reig Fabado, I. (2018) "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs violencia familiar o doméstica." *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.10, núm 1. Pp. 610-619.

- Rodríguez Pineau, E., "La Refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional Privado Europeo", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.69/1, enero-junio 2017, (139-165) pp. 155-156.

- Rodríguez Pineau, E., (2018), "La oposición al retorno del menor secuestrado: movimiento en Bruselas y la Haya". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI). Núm.35

- Rodríguez Pineau, E. (2019) "Sustracción internacional de menores en casos de violencia familiar." En: *El derecho frente a la violencia dentro de la familia: un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*. Aranzadi Thomson Reuters. (pp. 233-254)

- Ruiz Sutil, C. (2018) "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores." *Cuadernos de derecho transnacional*, núm.2, pp. 615-641.

- Santos I Arnau, L. (2019), "Impacto de la Sustracción Internacional de Menores sobre las familias". *Asociación Salud y Familia. Maternidades Vulnerables*. https://saludyfamilia.es/sites/default/files/INFORME%20%20Impacto%20sustraccion%20menores%20en%20familias.pdf.

- Schauer, F. (2006) "Do cases make bad law?" *The University of Chicago Law Review*. Pp. 883-918.

- Valverde Martínez, Mª. J. (2020). "Reflexiones críticas y prácticas en torno al régimen jurídico del cambio nacional y transfronterizo del domicilio del menor de edad". *Cuadernos de derecho transnacional*, *12*(2), 795-817.

- Velarde, Y. (2015). "La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores". *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, núm.17, pp.1279-1301.

Normativa Internacional

- Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. Boletín Oficial del Estado, 31 de diciembre de 1990, núm. 313, p.38897 a 38904.

- Carta Europea de los Derechos del Niño. Boletín Oficial de la Comunidad Europea C 241, 21 de septiembre de 1992.

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea C 83/389, 20 de marzo de 2010.

- Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980, Boletín Oficial del Estado, núm. 202, de 24 de agosto de 1987, pp.26099-26105.

- Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), Propuesta de Reglamento del Consejo Relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Bruselas, 30.6.2016, COM (2016) 411 final.

- Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570, BOE-A-1979-24010

- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

- Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial. Bruselas, 17.7.2006, COM (2006) 399 final.

- Reglamento 1347/2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes DOUE-L-2000-81112, de 30 de junio de 2000.

- Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

- Reglamento independiente, el Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. DOUE L 343, de 29 de diciembre de 2010.

- Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida). DOUE L 178, de 2 de julio de 2019.

- Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). DOUE núm. L 105 de 13 de abril de 2006

Jurisprudencia

- *Europea*

- STEDH Sección 3ª, Maumosseau y Washington v. Francia, 6 de diciembre 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1206JUD003938805.

- STEHD de 22 de abril de 2010, Caso Marcready contra República Checa, ECLI:CE:ECHR:2010:0422JUD000482406.

- STEDH Sección 1ª, Neulinger & Shrunk v. Suiza, 8 de enero de 2009, ECLI:CE:ECHR:2010:0706JUD004161507.

- STEDH Gran Sala, X c. Letonia, 26 de noviembre de 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:1126JUD002785309.

- STEDH Asunto Haddad c. España», nº 16572/17, de 18 de junio de 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0618JUD001657217.

- STJUE, Povse v. Alpago, 1 de julio de 2010, ECLI:EU:C:2010:400.

- STJUE de 9 de noviembre de 2010, asunto C-269/10, Purrucker, ECLI:·U:C:2010:665.

- STJUE, Aguirre Zárraga v. Simone Pelz, 22 de diciembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:828.

- STJUE, Bárbara Mercredi v. Richard Chaffe, 22 de diciembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:829.

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

- *Nacional*

- STC 16/2016, de 1 de febrero de 2016, ECLI:ES:TC:2016:16.

- SAP de las Palmas, sección 3ª, de 18 de diciembre de 2008, núm. 903/2008, ECLI:ES:APGC:2008:3521.

- SAP de Málaga, de 13 de noviembre de 2012, ECLI:ES:APMA:2012:2549.

- SAP de Baleares de 22 de febrero de 2017, Sección 1ª, nº 30/2017, ECLI:ES:APIB:2017:271.

- AAP de Barcelona, Sección 3ª de 30 de junio de 2005 nº 452/2005, ECLI:ES:APB:2005:7027A.

- AAP de Cádiz, sección 5ª de 22 de febrero de 2011, núm. 25/2011, Restitución del menor a EE.UU. ECLI:ES:APCA:2011:30ªA.

- AAP Barcelona de 23 de junio de 2004. Restitución del menor a Alemania. ECLI:ES:APB:2004:3034A.

- AAP de Barcelona, sección 18ª, de 4 de abril de 2006. Restitución de menores a Alemania. ECLI:ES:APB:2006:5294.

- AAP de Barcelona, sección 18ª, de 13 de marzo de 2012, núm. 54/2012. Restitución de las menores a Los Ángeles (California, EE.UU.). ECLI:ES:APB:2012:2580.

- AAP de Barcelona, sección 18ª, de 23 de abril de 2012, núm. 88/2012, ECLI:ES:APB:2012:4603A.

- AAP Almería, sección 3ª, de 30 de abril de 2004. Restitución del menor a su padre en Ámsterdam. ECLI:ES:APAL:2004:198A.

- AAP Almería 6 de febrero de 2004. Solicitud de restitución de Juzgado de Bélgica. Causas de oposición. No acceso a la restitución. ECLI:ES:APAL:2004:48A.

- AAP Almería de 9 de junio de 2008. Solicitud de ejecución de la restitución a Reino Unido de menor de once años. ECLI:ES:APAL:2008:287A.

- AAP de Baleares de 23 de abril de 2003. Restitución de menores a Inglaterra, desestimación del recurso. ECLI:ES:APIB:2003:130A.

- AAP Baleares 13 de marzo de 2003. Sección 3ª. Restitución de un menor a Argentina, falta de ilicitud del traslado del menor conforme al artículo 3 del Convenio. ECLI:ES:APIB:2003:80A.

- AAP Baleares 22 de diciembre de 2010. Sección 4ª. Restitución de la menor a Polonia. ECLI:ES:APIB:2010:702A.

- AAP de Sevilla de 2008, sección 2ª, de 12 de septiembre de 2008. ECLI:ES:APSE:2008:2698A.

- AAP Valencia 405/2011, de 5 de diciembre de 2011, ECLI:ES:APV:2011:815A.

- *Jurisprudencia Extranjera*

- Canada, Thomson v. Thomson, 1994, 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290, Ref. INCADAT: HC/E/CA 11.

- Canadá, Pollastro v. Pollastro, 199, 45 R.F.L. (4th) 404 (Ont.C.A.), Ref. INCADAT: HC/E/CA 373.

- Reino Unido, Hunter v. Murrow, 2005, EWCA Civ 976, Ref. INCADAT:HC/E/UKe 809.

- EE.UU., Friedrich v. Friedrich, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996), Ref. INCADAT: HC/E/USf82.

- EE:UU., Norden-Powers and Beveridge, 125 F.Supp.2d 634 (E.D.N.Y.2000), Ref. INCADAT:HC/E/USf 464.

- EE.UU., Carrascosa v. McGuire, 520 F.3d 249 (3rd Cir. 2008), Ref. INCADAT:HC/E/ES 970.

- EEUU., Ermini v. Vittori, 2014, WL 3056360 (C.A.2) (2nd Cir.2014), Ref. INCADAT:HC/E/US 1273.

- Northern Securities Co. V. United States (1904), 193 U.S. 197 (1904).

Información de la web

- Ministerio de Justicia, ¿Qué es la sustracción internacional de menores?, https://www.mjusticia.gob.es/es/area-internacional/tramites-internacionales/sustracci%C3%B3n-de-menores/resuelve-tus-dudas/que-es

- El blog de José Carlos Fernández Rozas. (11 julio 2020) Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de julio de 2020, sobre el secuestro parental internacional y doméstico de niños de la UE a Japón. https://fernandezrozas.com/2020/07/11/resolucion-del-parlamento-europeo-de-8-de-julio-de-2020-sobre-el-secuestro-parental-internacional-y-domestico-de-ninos-de-la-ue-en-japon/

- Pozo, M. 27 de mayo 2021. Alarmante aumento de los secuestros parentales: Crecen las retenciones ilegales de menores. El cierre digital. https://elcierredigital.com/salud-y-bienestar/882936568/alarmante-aumento-secuestros-parentales-crecen-retenciones-ilegales-menores.html

- Urrea Salazar, M.J. (27 de mayo 2020) El Reglamento europeo 2019/1111 de 25 de junio de 2019: refundición o innovación. Legal Today. https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/derecho-union-europea/el-reglamento-europeo-20191111-de-25-de-junio-de-2019-refundicion-o-innovacion-2020-05-27/

- Exequátur, Conceptos Jurídicos. 2021. https://www.conceptosjuridicos.com/exequatur/,

- Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020. https://dpej.rae.es/lema/exequatur

- A. Isbell, Paul. 4 de abril del 2000. Eneko Baumgart, el niño secuestrado por su padre reanuda su vida con su madre https://elpais.com/diario/2000/04/04/paisvasco/954877215_850215.html

- Flora Calvo consultora académica de Winkels Abogados, 03/06/2021, ¿Dónde se encuentra la residencia habitual del menor sustraído?, Confilegal. https://confilegal.com/20201228-opinion-donde-se-encuentra-la-residencia-habitual-del-menor-sustraido/

- Julia, ¿Y qué pasó con María José Carrascosa? https://2msabogados.es/y-que-paso-con-maria-jose-carrascosa/

- Ministerio del Interior, Centro Nacional de Desaparecidos de España. Informe Anual sobre Personas Desaparecidas en España, 2020. Consultado en http://www.interior.gob.es/documents/10180/11389243/Informe+Personas+Desaparecidas+2020.pdf/19fca169-a401-432e-928c-a88d23708d04 el 20 de julio 2021.

- Ministerio del Interior, Centro Nacional de Desaparecidos de España. Informe Anual sobre Personas Desaparecidas en España, 2021. Consultado en http://www.interior.gob.es/documents/642317/13167314/Informe_Personas_desaparecidas_Espa%C3%B1a_2021_126200071.pdf/a937a5be-11cd-4a0f-82fa-f86b3dbecd78 el 20 de julio 2021.