

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
DE ELCHE

GRADO EN DERECHO



ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES

TRABAJO FIN DE GRADO

Alumna: Marina Serrano Pérez

Dirección: Prof. Dr. Alfonso Ortega Giménez

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL INTERÉS DEL MENOR.....	4
II.	CONCEPTO.....	7
III.	ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS.....	13
IV.	SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN.....	15
V.	MARCO JURÍDICO DE APLICACIÓN.....	17
VI.	SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	22
VII.	COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.....	22
VIII.	DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.....	25
IX.	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES.....	29
X.	SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. CUESTIONES PROCEDIMENTALES.....	32
XI.	CONCLUSIONES.....	37
XII.	BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	40
XIII.	ENLACES WEBS CONSULTADOS.....	42

ABREVIATURAS

- REGLAMENTO “BRUSELAS II BIS”: REGLAMENTO BRUSELAS II BIS SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, HECHO EN LA HAYA, EL 28 DE MAYO DE 1987. *DOUE* NÚM. 338, DE 23 DE DICIEMBRE DE 2003.
- CONVENIO DE LA HAYA DE 1996 —> CONVENIO DE LA HAYA 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. *BOE* NÚM 291, DE 2 DE DICIEMBRE DE 2010.
- CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 —> CONVENIO DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, HECHO EN LA HAYA EL 25 DE OCTUBRE DE 1980. *BOE* NÚM. 202, DE 24 DE AGOSTO DE 1987.
- LEC: LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL *BOE* NÚM. 7, DE 8 DE ENEREO DE 2010.
- LOPJ: LEY ORGÁNICA 7/2015, DE 21 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 6/1985 DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL. *BOE* NÚM 174, DE 22 DE JULIO DE 2015.

I. INTRODUCCIÓN. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL INTERÉS DEL MENOR.

La sustracción internacional de menores representa un tema de reciente actualidad (conocido también como secuestro parental o *kidnapping*) debido al aumento de matrimonios y de las frecuentes rupturas y divorcios, suscitando entre otras cuestiones conflictos culturales entre el deber jurídico y moral e incumpliendo así una resolución judicial o administrativa.

En mayo de 2016, Juana Rivas residía en Italia junto con sus dos hijos menores de edad y su marido Francesco Arcuri, de nacionalidad italiana. Juana se trasladó a España junto con sus hijos, diciendo a su pareja que serían unas vacaciones con la familia de ella. Una vez en España, Juana interpuso una denuncia de malos tratos y solicitó ante los Tribunales españoles la guarda y custodia de sus dos hijos menores. Por otra parte, Francesco formuló denuncia por sustracción internacional de menores ante los tribunales italianos. Debido a la complejidad del asunto surgen varias preguntas tales como ¿cuál sería la ley o el derecho aplicable al supuesto? ¿a quién le correspondería la competencia judicial? ¿Cuándo son competentes los juzgados y Tribunales italianos? ¿y los españoles podrían serlo? En materia de reconocimiento y ejecución ¿Qué requisitos debería reunir dicha sentencia para ser reconocida en España?.¹

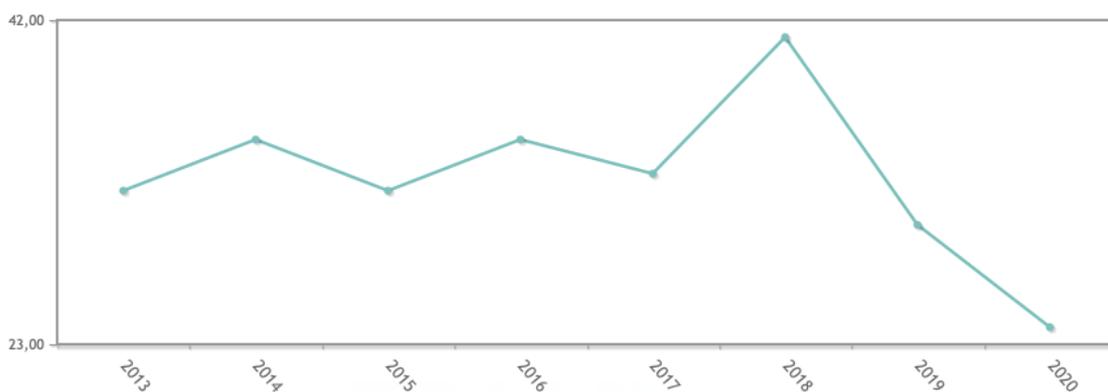
En muchas ocasiones uno de los progenitores es de otro país y se lleva consigo al menor, produciéndose así la sustracción internacional de menores.

Como podemos comprobar la sustracción internacional de menores es un fenómeno de enorme complejidad, sobretodo en su aspecto internacional, dado que se ven afectadas tanto la jurisdicción civil como la penal, con sus correspondientes procedimientos en función del caso concreto.²

¹ Vid. Martínez Calvo, Javier y Sánchez Cano, M^a Jesús, "Estudio jurídico del caso Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del derecho internacional privado y del derecho civil" Madrid, enero 2020, disponible en www.e-recistas.uc3m.es

Anualmente, en Europa se producen cerca de 200 sustracciones internacionales de menores. En España, entre 2013 y 2017 las sustracciones ilícitas de menores a España fueron entre 100 y 140 (10-14% de la población), reclamando así, nuestro país la restitución de 171 menores por año.³

A partir del año 2017 observamos un gran pico, debido al aumento de casos, produciéndose un gran descenso dos años más tarde.⁴



Para la resolución de este fenómeno, España firmó el Convenio de la Haya el 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.⁵

En ocasiones, la restitución del menor no es beneficiosa porque puede generarle tanto daños físicos como psicológicos y graves situaciones de inseguridad.

En este contexto y a fin de lograr un estudio eficiente de la materia en el presente trabajo, en primer lugar, se procederá a definir el concepto general de la sustracción internacional de menores.

² Vid. A. Monge, "La sustracción ilegítima de menores desde una perspectiva multidisciplinar", Barcelona, 2019. Bosheditor, pp. 27 y ss, disponible en www.libreriabosch.com

³ Vid Gómez Megías, Ana M., "EL laberinto de la sustracción de menores", Madrid 2018, disponible en www.elpais.es

⁴ Vid. Instituto Nacional de Estadística, Madrid, 2020.

A continuación, indagaremos sobre los intereses del menor, así como conoceremos la protección otorgada a estos por su especial vulnerabilidad.

Asimismo, se pretende conocer la realidad ante la que nos encontramos, incidiendo en las soluciones legislativas tanto a nivel nacional como internacional en el marco de cooperación de las autoridades.

Es necesario poner de manifiesto que en este estudio vamos a tratar los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores desde una perspectiva práctica, resolviendo paso por paso el tan conocido y mediático caso “Juana Rivas” y esto, nos llevará a identificar el régimen jurídico, el cual, trata de resolver los problemas clásicos del Derecho Internacional Privado.



⁵Vid. Instrumento de ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980. «BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

II. CONCEPTO

Se considera “sustracción internacional de menores” cuando el menor es trasladado ilícitamente por uno de los progenitores a un país distinto del de su residencia habitual, violando así el derecho de custodia del otro progenitor.

En el artículo 3 del Convenio de la Haya 1980, se considera que son ilícitos el traslado o la retención de un menor “cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separado o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo con arreglo al Derecho vigente en el Estado que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención; y cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.”

Por tanto, la sustracción que tratamos desde el ámbito del derecho civil, se produce cuando un progenitor altera la situación jurídica del menor.

En concordancia al concepto de sustracción internacional de menores, contemplaremos el concepto del derecho de custodia y su diferencia con el derecho de visita. En el Artículo 5 del Convenio de la Haya 1980 lo define como el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. Se puede entender como una cuestión previa a la sustracción y por tanto, es una cuestión en la que hay que profundizar.

En el mismo artículo el derecho de visita se define como el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. Este concepto es definido también en el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que “el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres”. Desde este punto de vista, extraemos que se interpreta más como un derecho del niño a mantener el contacto con sus progenitores que de los progenitores de poder visitar al menor.

Cabe destacar que estos dos conceptos son previos al acontecimiento que en este trabajo vamos a profundizar.

A partir de los años 80, se produjeron una serie de cambios sociales que tuvieron un gran impacto en el concepto jurídico del menor.

El menor era un sujeto vulnerable, necesitado de protección, pero sin derechos propios; con el tiempo esa idea ha ido cambiando, surgiendo la idea de que los derechos humanos también deben aplicarse a los menores como individuos con derechos propios.

Esta idea crea la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.⁶

El concepto de interés del menor lo vemos como un concepto jurídico indeterminado, pero se puede entender desde tres perspectivas jurídicas: la de derecho, la de norma o como un principio.

Se pueden definir como:

-Perspectiva de derecho: Derecho de todo menor a que su interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.

-Perspectiva de la norma: Norma de procedimiento conforme a la cual, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto, o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los interesados.

⁶ Vid. Ortega Giménez, Alfonso, Heredia Sánchez, Lerdys, Lorente Martínez, Isabel, *Materiales de Derecho Internacional privado para el grado en Derecho*, Difusión jurídica, temas de actualidad, 2ª edición, Madrid, 2020, pp. 845 y ss.

-Perspectiva de principio: Principio interpretativo conforme al cual, en la aplicación de las normas que afecten al menor, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales, o los órganos legislativos, primará el interés de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera ocurrir.⁷

En concordancia con el principio anterior, tenemos en cuenta el principio de celeridad. Como regla general se tiene el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en relación con cualquier proceso; la doctrina es unánime en resaltar que cuando el proceso afecta a menores, por las propias características de sus destinatarios, esta debe ser especialmente breve y ágil. Según el Convenio de la Haya de 1980 debe ser un procedimiento preferente y urgente.

La cuarta reunión de la Comisión especial para la revisión del cumplimiento del Convenio de la Haya de 1980 hizo hincapié en la rapidez tanto de las demandas como en la obtención y admisión de pruebas en los procedimientos de pruebas, incluyendo las periciales.

El objetivo de este principio de celeridad es proteger el interés del menor, teniendo especialmente *in mente* que una actuación tardía consumará la sustracción y hará en muchos casos inejecutable la resolución de retorno.⁸

El artículo 11 del Convenio de la Haya de 1980 establece que, si no se resuelve en el plazo de seis semanas, el Estado requirente tendrá derecho a exigir una explicación.

Desde el punto de vista del Derecho interno, el apartado quinto del art. 778 quater LEC, con contundencia declara que el procedimiento tendrá carácter urgente y preferente. Deberá realizarse, en ambas instancias, si las hubiere, en el inexcusable plazo total de seis semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución o el retorno del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible.⁹ Deberá realizarse, en

⁷ Vid. Real Academia Española, disponible en www.rae.es

⁸ Vid. De Ruitter, Adriana, "La voz del menor en la sustracción internacional del menor", Madrid, 2020, disponible en www.fiscal.es

ambas instancias, si las hubiere, en el inexcusable plazo total de seis semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución o el retorno del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible.⁹

Los Sres. Fiscales orientarán su actuación procesal hacia la dinamización del procedimiento, oponiéndose a cuantas prácticas puedan generar una lesión injustificada a la necesaria celeridad de este.¹⁰

Entre los derechos fundamentales que los menores van adquiriendo con el paso de los años, encontramos el derecho a ser escuchado recogido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, **“Los Estados Parte garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.”**¹¹

En el tema que nos concierne, la sustracción internacional de menores, el derecho a ser oídos se recoge también en el artículo 11.2 del Reglamento “Bruselas II bis”, “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”.¹²

⁹ Vid. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. “BOE” núm 7, de 8 de enero de 2000. Incluye las correcciones de errores publicada en BOE núms. 90, de 14 de abril de 2000; y 180, de 28 de julio de 2001.

¹⁰ Vid. Fiscalía general del Estado, circular 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, disponible en www.fiscal.es

¹¹ Vid 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.

¹² Vid. 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 material matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (DOUE núm. 338 de 23 de diciembre de 2003).

A modo de colación, observamos que el derecho de los menores a ser oídos es un derecho fundamental para garantizarle su bienestar, ya que en muchas ocasiones la sustracción internacional de menores se lleva a cabo por uno de los progenitores para hacer daño al otro sin importar la opinión del menor.

Como reflexión final sobre el interés superior del menor, debemos tener en cuenta que es un concepto de construcción jurisprudencial caso por caso. Todas las soluciones que se den en los procesos en los que estén inmersos menores deben apuntar en el beneficio del menor, en la protección de su interés, que es el bien supremo que se ha de preservar. En materia de protección de menores, este principio vertebra el Derecho internacional privado, tanto en el ámbito europeo como en nacional. Esta característica del Derecho internacional privado se observa en dos sentidos: está presente siempre en la creación de las normas positivas de Derecho Internacional Privado y, además, los resultados de la aplicación de esas normas positivas inspiradas en este principio deben ser acordadas con el mismo. Si las soluciones a las que conducen estas normas no se adaptan perfectamente a la protección del interés superior del menor el operador jurídico está obligado a modificarlo en la medida de lo posible para que la adaptación sea total y completa y se proteja ese interés. En definitiva, ese interés superior del menor es un principio que conforma la estructura valorativa de las normas de derecho internacional privado que regulan estos casos.

EJEMPLO: Caso que condujo a la Audiencia Provincial de Murcia a dictar auto a fecha 21 de julio de 2011. Una señora ecuatoriana tuvo un hijo con un señor de nacionalidad rumana en España, Murcia. El señor no se hizo cargo de su hijo, y se encontraba en paradero desconocido.

La madre, la señora nacional ecuatoriana, trabajaba y no tenía apoyo familiar en Murcia, por lo que decide llevar a su hijo con la abuela a Ecuador, con la intención de traerlo consigo en cuanto estabilizara su situación laboral y personal en Murcia.

Cuando la mujer tuvo una buena situación económica y laboral quiso traerse a su hijo a España pero se encontró con un obstáculo: necesitaba

la expedición del visado del menor, y para ello necesitaba del consentimiento del padre del menor, que se encontraba en paradero desconocido.

La Audiencia Provincial de Murcia fijó su competencia judicial internacional en los foros de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su anterior redacción, ya que todavía no estaba en vigor el Convenio de la Haya de 1996; la LOPJ señalaba que en “materia de filiación y de relaciones paternofiliales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España”. La demandante que era la madre poseía su residencia habitual en España, por ello, declararon competentes para conocer del asunto los tribunales de Murcia.¹³

En este caso, el interés superior del menor es lo que prevalece, ya que el juez conoció de estas medidas cuyo objeto supremo era la protección de ese menor.¹⁴



¹³ Vid Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la ley orgánica 6/1985 de 1 de julio, del poder judicial. “BOE” núm. 174, de 22 de julio de 2015.

¹⁴ Vid. Lorente Martínez, Isabel, “Divorcio en España y menores con residencia habitual fuera de la Union Europea” Libro “protección de menores y derecho internacional privado”, Granada, 2019; Editorial Comares, p. 111.

III. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS

Es necesario que se den una serie de elementos para que se considere sustracción internacional de menores.

1. El sujeto pasivo debe ser menor de edad. Según el artículo 4 del Convenio de la Haya de 1980, “se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años.

2. El sujeto activo. Del convenio de la Haya de 1989 podemos extraer consideraciones que clarifican quien puede actuar como sujeto pasivo para que se considere sustracción internacional de menores. Actualmente, entendemos el concepto de familia de una forma más amplia debido a las distintas concepciones culturales, es por esto que el sujeto activo no solo pueden ser los progenitores sino otros miembros de la familia como por ejemplo un padre o madre adoptivo/a, las parejas de los progenitores o un abuelo/a.

3. Cuando se produzca el traslado o retención del menor ilícitamente. Según el artículo 3 del Convenio de la Haya de 1989, “se considerarán ilícitos 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 e menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.”¹⁵

¹⁵ Vid. Muñoz Cuesta, Javier, “Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, Madrid, noviembre, 2017, disponible en www.legaltoday.com

4. El traslado se produce sin el consentimiento de uno de los progenitores:

en algunas ocasiones el progenitor custodia sí que da su consentimiento para que el menor viaje con el progenitor no custodio, pero de manera temporal; lo que ocurre en muchas ocasiones y es cuando se produce la sustracción internacional de menores, cuando el progenitor no restituye al menor de vuelta como se había acordado anteriormente.

5. Temporalidad. Las medidas provisionales se adoptan ante la posibilidad de que el menor pueda sufrir algún daño o verse expuesto a situaciones de peligro o a un nuevo traslado. Las medidas provisionales que se autorizan no están enunciadas, pero deben ceñirse al pronto resguardo del menor y su carácter lleva a la temporalidad limitada, por eso solo podrán atenderse situaciones de urgencia sin entrar en cuestiones de fondo.



IV. SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN

Debido a la complejidad del tema que estamos tratando, no es posible abarcar todos los supuestos que pueden darse en la práctica, ya que variará en base a la relación de los progenitores, las circunstancias de la sustracción y las peculiaridades de cada caso.

Algunos de los tipos de sustracción que pueden darse en la práctica son:

a) El traslado ilícito: Se da cuando el progenitor que no posee la custodia, en uno de los períodos de visita, traslada al menor a otro país y pide la custodia para conseguir la cobertura legal del secuestro.

b) Retención ilícita. Tiene lugar cuando el progenitor que no posee la custodia obtiene el permiso del progenitor que posee la custodia para trasladar al menor a otro país durante un determinado plazo, pero cuando este acaba, el progenitor no custodio no devuelve al menor.

c) Previsión de pérdida de custodia. Esto ocurre cuando parejas o matrimonios en los que aun no se han iniciado los trámites de separación o divorcio, uno de los dos progenitores debido al temor de pérdida de custodia, traslada al menor a otro país sin el consentimiento del otro progenitor.

d) Violencia doméstica. Ocurre cuando uno de los progenitores huye del otro por maltrato hacia él/ella y/o hacia el hijo.

En este tipo de supuestos se plantea la necesidad de determinar si la restitución inmediata del menor supone un grave peligro para el mismo; además el juez puede necesitar considerar medidas que no solo estén dirigidas a proteger al menor sino también al progenitor que sustrajo a este.

Juana Rivas denunció a Francesco Arcuri por malos tratos, llevándose consigo a sus hijos menores a España para protegerlos, ello conllevó al inicio de un procedimiento judicial. El juez considera que no hay indicios de violencia doméstica y por tanto no hay grave peligro para los menores;

Finalmente, Juana Rivas debía entregar a sus hijos, teniendo en cuenta que Italia era el país de residencia habitual de los menores.

En los supuestos mencionados y en los que puedan producirse, el menor es el que se encuentra en situación de vulnerabilidad, necesitando así de protección. Debido al incesante aumento de casos de sustracción internacional de menores y a la obstaculización que puede causar este hecho entre los diferentes Estados, surge la necesidad de regular esta materia intentando crear un marco normativo de actuación.¹⁶



¹⁶ Vid. Yvette Velarde, D'Amil, "La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores", en revista de Derecho Uned, Madrid, 2015, disponible en www.dama.umh.es

V. MARCO JURÍDICO DE APLICACIÓN

El marco jurídico aplicable en la sustracción internacional de menores es el Convenio de la Haya de 1980. Para que este convenio sea aplicable en relación con España, España debe aceptar expresamente la adhesión de Estados no miembros de la Conferencia de la Haya que se hayan adherido al convenio. Por tanto, para que esta norma sea de aplicación el menor afectado debe tener su residencia habitual en un estado parte.

La finalidad concreta de este convenio es conseguir una acción directa de retorno inmediato del menor a su país de residencia. Para determinar las posibles medidas de protección del menor (custodia, derecho de visitas etc.) se atenderá a otro texto normativo.

Por tanto, las principales finalidades del Convenio de la Haya 1980 son:

- 1- Restablecer la situación del menor a su estado anterior a la sustracción, es decir, vuelta al *status quo*.
- 2- Evitar que el sustractor por vía de hecho legalice esa sustracción.

A esta regla general, se dan excepciones establecidas en el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980:

“La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) La persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente el traslado o retención; o b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”.

Este planteamiento puede observarse también en algunas decisiones de los órganos jurisdiccionales españoles. Así, la Audiencia Provincial de Barcelona

afirma que la constatación y la valoración del riesgo para el menor habrá de interpretarse de forma restrictiva

El objetivo principal por la que está norma fue creada es para que haya un sistema de cooperación Internacional de Autoridades Judiciales y Administrativas para que el menor vuelva a la situación anterior a la sustracción ilegítima por uno de los progenitores.

Como hemos visto anteriormente, para que sea de aplicación este convenio es necesario que se produzca una sustracción ilícita y a su vez, que la persona sustraída sea menor de edad (16 años según el artículo 4 de la presente norma).¹⁷

Para que se lleve a cabo el cumplimiento de las obligaciones del Convenio, se encargan las Autoridades Centrales (en España, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia). Estas deberán, localizar al menor, prevenir que no sufra daños y garantizar su restitución.

Debido al éxito de este convenio, ha sido firmado por 93 países; algunos de los firmantes de este convenio: Canadá, Francia, Grecia, Suiza, EEUU, Bélgica, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Luxemburgo, España, Australia, Italia, Austria y Hungría etc.

A continuación, ponemos de manifiesto el Reglamento “Bruselas II bis” relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental de un estado miembro a otro de la Unión Europea.

En este texto normativo tomaremos como referencia los artículos 10 y 11. El artículo 10 trata sobre la competencia en caso de sustracción de menores y el 11 trata sobre la restitución del menor; en el artículo 11.1 el reglamento europeo

¹⁷ Vid. Lorente Martínez, Isabel. “Sustracción internacional de menores. Especial atención a la aplicación del convenio de la haya de 25 de octubre de 1980 y excepción al no retorno inmediato de la menor”, Madrid, 14 de diciembre, 2020, disponible en www.e-revistas.uc3m.es

nos redirige al Convenio de la Haya 1980 debido a su amplitud y seguridad jurídica en la materia.

Las especialidades contenidas en este artículo tratan los siguientes puntos: se exige la audiencia del menor, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, cuando se deba proceder a su restitución con base en los artículos 12 y 13 del Convenio de la Haya de 1980; se otorga carácter de urgencia al procedimiento de restitución estableciéndose el plazo de seis semanas como máximo; la causa de denegación prevista en el artículo 13 b del Convenio de la Haya 1980 se limita en el párrafo cuarto del artículo 11 que nos dice que no se podrá dictar una resolución denegatoria de la restitución solicitada con base en la existencia de grave peligro físico para el menor cuando se haya acreditado la adopción de medidas tendentes a garantizar la protección del menor, asimismo se impide denegar la restitución sin haber oído a quien la solicitó.¹⁸

La diferencia principal entre el Convenio y el Reglamento es el ámbito de aplicación. El Convenio de la Haya 1980, como se ha expuesto anteriormente, articula una acción directa de restitución del menor; en cambio, el Reglamento “Bruselas II bis”, tiene por objeto la determinación de la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de separación, divorcio y nulidad matrimonial, de un lado, y, de responsabilidad parental de otro.

La diferencia principal entre el Convenio y el Reglamento es el ámbito de aplicación. El Convenio de la Haya 1980, como se ha expuesto anteriormente, articula una acción directa de restitución del menor; en cambio, el Reglamento “Bruselas II bis”, tiene por objeto la determinación de la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de separación, divorcio y nulidad matrimonial, de un lado, y, de responsabilidad parental de otro.

¹⁸ Vid. Ortega Giménez, Alfonso, Heredia Sánchez, Lerdys, Lorente Martínez, Isabel, *Materiales de Derecho Internacional privado para el grado en Derecho*, Difusión jurídica, temas de actualidad, 2ª edición, Madrid, 2020, pp 848 y ss.

El Convenio de Luxemburgo es un texto complementario en la materia, aunque presenta una relevante diferencia, y es que en el Convenio de la Haya no se exige que exista una resolución previa que determine el régimen de custodia, requiriéndose así en el Convenio de Luxemburgo; por esta diferencia también se hace mayor uso del Convenio de la Haya de 1980 que del Convenio de Luxemburgo.

El Convenio de Luxemburgo de 1980 fue creado en el seno del Consejo de Europa y se encuentra vigente en 37 países. Establece un sistema de cooperación de autoridades, aunque predomina la vertiente del reconocimiento y ejecución de decisiones sobre la de cooperación.

A nivel nacional, debemos acudir a la legislación interna, en este caso el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. En España fue introducida la Ley Orgánica de 1996, de 15 de enero, en materia de Protección jurídica del menor. Esto supuso un notable avance en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de España, así nos lo muestra el artículo 778 quáter LEC, “En los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo.

No se aplicará a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional”.

En el mismo artículo se menciona que la competencia para llevar a cabo la restitución se otorgará al Juez de Primera Instancia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, y en su defecto, al que le corresponda por turno de reparto.

Los plazos son sumarios y se prevé que la persona que ha sustraído al menor comparezca en el juzgado con éste, o en caso contrario, si se opone a la restitución o no compareciese se declarará en rebeldía y el Juez declarará las medidas provisionales que juzgue pertinentes para el bienestar del menor.

En caso de comparecer y acceder a la restitución voluntaria del menor, se levantará acta, acordando el juez, mediante auto, la conclusión del procedimiento y la entrega del menor a la persona, institución u organismo titular del derecho de custodia.

Finalmente, el juez resolverá en interés del menor y en los términos del convenio, si procede o no su restitución. Contra dicho auto únicamente cabrá recurso de apelación.¹⁹



¹⁹ Vid. Azcárraga Monzonís, Carmen, “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”. Santa Cruz de la Sierra, julio, 2015, disponible en www.scielo.org.es

VI. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

VII. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

En lo anteriormente expuesto, hemos considerado todas las normas que regulan esta materia, por tanto, para atribuir la competencia a unos u otros órganos jurisdiccionales debemos atender al Reglamento “Bruselas II bis”, ya que es el único texto normativo que trata la competencia judicial a nivel internacional.

En su artículo 10, encontramos la solución:

En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y:

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

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

- I. Que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor,
- II. Que se haya desistido de una demanda o restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i),

- III. Que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.
- IV. Que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

A lo largo del presente trabajo hemos expuesto el interés superior del menor siendo también una causa importante para la determinación de la competencia judicial. Según expresa el artículo 12: **En circunstancias excepcionales, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer el fondo del asunto podrá, a instancia de parte o de oficio, si considera que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga un vínculo estrecho está mejor situado para valorar el interés superior del menor en un caso particular.**

Para tener en cuenta este artículo es necesario demostrar que el menor tiene un vínculo importante en el Estado al que ha sido trasladado ilícitamente.

Según el artículo 12.4 se considerará que el menor tiene un vínculo estrecho con un Estado miembro, si:

- a) dicho Estado miembro se ha convertido en el de residencia habitual del menor después de la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional a que se refiere el apartado 1;
- b) el menor ha residido de manera habitual en dicho Estado miembro;
- c) el menor es nacional de dicho Estado;
- d) dicho Estado miembro es el de residencia habitual de uno de los titulares de la responsabilidad parental; o

e) el asunto se refiere a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de este que se encuentran en el territorio de dicho Estado miembro.

Sin embargo, en el artículo 14 del Reglamento “Bruselas II bis” nos resuelve la competencia judicial en el caso de competencia residual, es decir, en caso de que el menor sustraído haya sido trasladado a un tercer Estado.

Artículo 14 Reglamento “Bruselas II bis”: Si de los artículos 7 a 11 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes internas de dicho Estado miembro.²⁰

En cuanto a la competencia judicial en el caso Juana Rivas debemos atender al Reglamento “Bruselas II bis” ya que los países implicados son España e Italia (países firmantes del mismo y de la Unión Europea). En la redacción de su artículo 10 la competencia es atribuida a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor al tiempo de presentar el asunto ante los juzgados. Por tanto, debemos entender que los órganos competentes para la resolución del caso son los tribunales italianos. En contraposición, los Tribunales españoles en este caso no tienen competencia alguna, por tanto, deben declararse incompetentes de oficio en esta materia, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 Reglamento “Bruselas II bis”.

²⁰ Vid. Ortega Giménez, Alfonso, Heredia Sánchez, Lerdys, Lorente Martínez, Isabel, *Materiales de Derecho Internacional privado para el grado en Derecho*, Difusión jurídica, temas de actualidad, 2ª edición, Madrid, 2020, pp 848 y ss.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

El derecho extranjero no es fácil de interpretar en algunas ocasiones. Respecto a nuestras solicitudes, no encontramos problemas con los países con los que tenemos una matriz común de derecho escrito, los sistemas de derecho romanista, como Francia, Italia, Portugal o Bélgica. Los principales problemas son con Alemania y Holanda, que confunden en ocasiones la institución de la patria potestad con la guarda y custodia, o no comprenden que el ejercicio de la patria potestad es compartido entre ambos progenitores, independientemente de si están o no casados.

Para determinar el derecho aplicable en cada caso concreto nos dirigimos al Convenio de la Haya de 1996

En su artículo 7 nos muestra la solución:

1. En caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño, las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiera una residencia habitual en otro Estado y:

a) a toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda acceda al desplazamiento o la retención; o

b) el niño resida en este otro Estado por un periodo de, al menor, un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio.

Como podemos observar esta norma no nos está dando una solución al problema, es decir, no nos está dando una norma concreta con la que podemos actuar para la resolución de la sustracción; sino una guía para saber que normativa autónoma de cada país debemos aplicar.²¹

Para llevar a cabo el procedimiento de retorno en España, son de aplicación los artículos 1901 a 1909 de la Ley Orgánica 1/1996.

El artículo 1904 dispone que: Promovido el expediente mediante la solicitud a la que se acompañará la documentación requerida por el correspondiente convenio internacional, el Juez dictará, en el plazo de veinticuatro horas, resolución en la que se requerirá a la persona que ha sustraído o retiene al menor, con los apercibimientos legales, para que en la fecha que se determine, que no podrá exceder de los tres días siguientes, comparezca en el juzgado con el menor y manifieste:

- a. Si accede voluntariamente a la restitución del menor a la persona, institución y organismo que es titular del derecho de custodia o, en otro caso,
- b. Si se opone a la restitución por existir alguna de las causas establecidas en el correspondiente convenio cuyo texto se acompañará al requerimiento.

En el caso de que el sustractor acceda a la restitución voluntaria, se levanta acta del mismo. En la ley no se detalla la forma en que debe desarrollarse el retorno del menor ni tampoco las consecuencias de su incumplimiento. En ocasiones, se ha debido solicitar la ejecución tras varios meses sin llevarse a cabo la restitución, comprobando así que el sustractor no tiene intención de retornar al menor.

Si el sustractor no accede a la restitución voluntaria, el procedimiento continuará por los trámites del juicio verbal. A este fin:

1. En el mismo acto de comparecencia serán citados todos los interesados y el Ministerio Fiscal, para que expongan lo que estimen procedente y, en su caso, se practiquen las pruebas, en ulterior comparecencia, que se celebrará dentro del plazo improrrogable de los cinco días a contar desde la primera.

²¹ Vid. Ortega Giménez, Alfonso; Heredia Sánchez, Lerdys, Lorente Martínez, Isabel, *Materiales de Derecho Internacional privado para el grado en Derecho*, Difusión jurídica, temas de actualidad, 2ª edición, Madrid, 2020, pp 803 y ss.

2. Asimismo, tras la primera comparecencia el Juez oirá, en su caso, separadamente al menor sobre su restitución y podrá recabar los informes que estime pertinentes.²²

En el caso que estamos desarrollando a lo largo del trabajo debemos tener en cuenta como hemos puesto de manifiesto en este apartado, que es de aplicación el artículo 7 del Convenio de la Haya de 1996, en el que nos dice que la ley aplicable será la ley italiana debido a que los menores tenían su residencia habitual en Italia.

Juana Rivas es condenada por la resolución de los Tribunales italianos, que debía llevar a cabo la restitución de sus hijos a Italia, siendo esta resolución confirmada por la Audiencia Provincial de Granada.

El 11 de julio de 2017 el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granada dictó auto de ejecución forzosa, pues la acusada no había cumplido el fallo de la sentencia antedicha, y la requirió al inmediato cumplimiento del mismo, confiriéndole un plazo de tres días para que entregase a los menores.

Desatendido el anterior requerimiento el mismo juzgado dictó resolución el 24 de julio de 2017 por la que conminaba a la entrega inmediata el 26 de julio a las 16, 30 horas en el punto de Encuentro Familiar ubicado en la calle Sevilla número 1 de esta ciudad, desplazándose hasta el mismo el padre de los niños, junto a la autoridad consular de Italia y una dotación policial, sin que la acusada se presentara ni diera explicación sobre su inasistencia. Esa negativa a atender el requerimiento de 24 de julio, fue apoyada con una petición de nulidad de las actuaciones de ejecución llevadas a cabo por el juzgado de Primera Instancia 3, pero el 9 de agosto de 2017, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada desestimó el incidente y volvió a recordar a la acusada la obligación que pesaba sobre ella de **restituir inmediatamente a los menores**

²²Vid Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. "BOE" núm. 15 de 17 de enero de 1996.

En estas circunstancias, el 26 de julio de 2017, JUANA R. G. decide ocultarse en compañía de los dos menores en lugar desconocido para todas las autoridades y agentes intervinientes, quienes trataron de localizarlos en diversos domicilios de familiares y allegados, sin conseguirlo, motivando que Francesco A. interpusiera denuncia por desaparición de los niños. El Juzgado de Instrucción nº 2 de Granada, que tramitó la causa, ordenó nuevamente la inmediata entrega de los dos, que finalmente tuvo lugar el 28 de agosto de 2017, cuando la acusada compareció asistida de ellos a la Comandancia de la Guardia Civil de Granada, donde los menores fueron entregados a Francesco A.²³



²³ Vid Navarro Pérez, Javier, “un análisis jurídico del Caso Juana Rivas”, Madrid, 26 de julio, 2018, disponible en www.granollersabogado.es

IX. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

Es necesario que se lleve a cabo el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales para que se lleve a cabo una uniformidad a nivel internacional.

Para que esto se produzca resolveremos a través del Reglamento “Bruselas II bis” artículo 21 el cual establece que:

1. Todas las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno.

2. No se requerirá ningún procedimiento especial para la actualización de los datos del registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro y que ya no admitan recurso con arreglo a la legislación de este último.

Esto no siempre es posible, ya que existe la posibilidad de la denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental.

Los motivos por los que no se reconocerán están establecido en el artículo 23 del mismo reglamento.

1. Si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor;

2. Si se hubiera dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido;

3. Si, habiéndose dictado en rebeldía de la persona en cuestión, no se hubiera notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución;

4. a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin haber dado posibilidad de audiencia a dicha persona;

5. si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro requerido;

6. si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en otro Estado miembro o en el Estado miembro de residencia habitual del menor, siempre y cuando la resolución dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido o bien;

7. Si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 89.

El presente reglamento establece la supresión completa del exequátur para las resoluciones en materia de responsabilidad parental. El exequatur se puede definir como el conjunto de reglas conforme a las cuales el ordenamiento jurídico de un Estado verifica si una sentencia judicial emanada en un tribunal de otro Estado reúne o no los requisitos que permiten el reconocimiento o ejecución.

Con esta novedad lo que se pretende conseguir es un ahorro de tiempo y dinero a los ciudadanos en los supuestos en que la resolución circule de un Estado miembro a otro. Esta supresión irá acompañada de salvaguardias procesales en cada caso.

A modo de colación diremos, por tanto, que el Reglamento “Bruselas II bis” lleva a cabo una plena armonización de normas para el procedimiento de ejecución; esto quiere decir que el procedimiento de ejecución sigue rigiéndose por el Derecho del Estado donde se ejecute, pero se aumenta la seguridad jurídica para los progenitores y menores con la introducción de motivos armonizados de suspensión o denegación de dicha ejecución.²⁴

²⁴ Vid. Ortega Giménez, Alfonso, Heredia Sánchez, Lerdys, Lorente Martínez, Isabel, *Materiales de Derecho Internacional privado para el grado en Derecho*, Difusión jurídica, temas de actualidad, 2ª edición, Madrid, 2020, pp 246 y 247

Por último, basándonos en el Reglamento “Bruselas II bis” para la total resolución del caso, es destacable que como indica el artículo 21 de la presente ley, todas las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. Por ello que, en el momento que se dictó sentencia en Italia, dicha resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial de Granada.

A modo de recapitulación del supuesto de Juana Rivas podemos extraer que este tipo de casos plantea una serie de problemas de gran complejidad, pero podemos encontrar solución debido a las normas que han sido creadas concretamente para estos supuestos.



X. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. CUESTIONES PROCEDIMENTALES.

El procedimiento se inicia mediante demanda instando la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia que debe ser admitida en un plazo de 24 horas.

La demanda deberá contener: la información exigida por la normativa internacional aplicable y, en todo caso, la relativa a la identidad del demandante, del menor y de la persona que se considere que ha sustraído o retenido al menor; los motivos en que se basa para reclamar su restitución o retorno; y la información que disponga relativa a la localización del menor y a la identidad de la persona sustractora con la que se encuentra el menor.

Además, deberá acompañarse y fundamentarse por la correspondiente normativa o convenio internacional y cualquier otra en la que el solicitante funde su petición.

En la resolución de admisión ha de requerirse a la persona a quien se impute la sustracción o retención ilícita del menor para que, en la fecha que se determine y que no puede exceder de los 3 días siguientes, comparezca con el menor y manifieste si accede a su restitución o retorno, o se opone a ella, alegando en tal caso alguna de las causas establecidas en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable.

Si el menor no se encuentra en el lugar indicado en la demanda se archiva provisionalmente el procedimiento hasta que sea encontrado. En el caso de encontrarse en otra provincia se da cuenta al Juez para que resuelva, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas por plazo de 1 día, remitiendo las actuaciones al tribunal competente y emplazando a las partes a una comparecencia ante el mismo en el plazo de los 3 días siguientes.

Llegado el día, si el requerido comparece y accede a la restitución del menor o a su retorno al lugar de procedencia se levanta acta por el Letrado de la Administración de Justicia, acordándose por el Juez mediante auto en el mismo

día la conclusión del proceso y la restitución o retorno del menor, pronunciándose en cuanto a los gastos, incluidos los de viaje, y las costas del proceso.

Si no comparece o si no lo hace en forma, ni presenta oposición, ni procede a la entrega o retorno del menor, el Letrado de la Administración de Justicia en el mismo día debe declararle en rebeldía y disponer la continuación del procedimiento sin el mismo, citando únicamente al demandante y al Ministerio Fiscal a una vista ante el Juez en un plazo no superior a los 5 días siguientes. Esta resolución se debe notificar al demandado, tras lo cual no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso, pudiendo el Juez decretar las medidas cautelares que estime pertinentes en relación con el menor, caso de no haberse adoptado ya con anterioridad, conforme al art. 773 LEC.

Si en la primera comparecencia el requerido formula oposición, lo que deberá realizar por escrito, el Letrado de la Administración de Justicia en el mismo día da traslado de la oposición y cita a todos los interesados y al Ministerio Fiscal a una vista a celebrar en el plazo improrrogable de 5 días.

Esta vista no se suspende por incomparecencia del demandante, y si el demandado no comparece se le tiene por desistido y se continúa la vista.

En la vista se oirá a las partes que comparezcan para que expongan lo que estimen procedente y deben practicarse las pruebas útiles y pertinentes que las partes o el Ministerio Fiscal propongan y las que el Juez acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre la ilicitud o no del traslado o retención y las medidas a adoptar, por plazo improrrogable de 6 días; pudiendo el juez recabar de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal cuantos informes considere procedentes, cuya emisión será preferente a cualquier otro proceso.

Celebrada la vista y practicadas las pruebas pertinentes, dentro de los 3 días siguientes a su finalización, el Juez ha de dictar sentencia en la que ha de pronunciarse únicamente sobre si el traslado o la retención son ilícitos y acordar

si procede o no la restitución del menor a la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o su retorno al lugar de procedencia para permitir al solicitante el ejercicio del régimen de estancia, comunicación o relación con el menor, teniendo en cuenta el interés superior de éste y los términos del correspondiente convenio o de las disposiciones de la Unión Europea en la materia, según el caso.

Antes de dictar resolución deberá celebrarse una audiencia separada con el menor, en presencia del Ministerio Fiscal, a menos que no se considere procedente habida cuenta la edad o madurez de aquél, de lo que se dejará constancia en resolución motivada.

La resolución que acuerde la restitución del menor o su retorno establecerá detalladamente la forma y el plazo de ejecución, pudiendo adoptar las medidas necesarias para evitar un nuevo traslado o retención ilícito del menor tras la notificación de la sentencia.

Si se acordare la restitución o retorno del menor, en la resolución se establecerá que la persona que hubiere trasladado o retenido al menor abone las costas procesales, incluidas aquellas en que haya incurrido el solicitante, los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor al Estado donde estuviera su residencia habitual con anterioridad a la sustracción. En los demás casos se declararán de oficio las costas del proceso.

Contra la resolución que dicte el Juez en Primera Instancia sobre el carácter de la retención o traslado y la decisión acerca de su retorno o restitución sólo cabrá recurso de apelación que ha de interponerse en el plazo de 3 días y el órgano judicial ha de acordar su admisión o no dentro de las 24 horas siguientes a la presentación.

Con la admisión se concede a las partes un plazo de 3 días para presentar su escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación. Tras ello se ordenan la remisión de los autos en el mismo día a la Audiencia Provincial competente para resolver la apelación, ante la cual deben comparecer las partes en el plazo de 24 horas.

Recibidos los autos se acuerda lo procedente sobre su admisión y si hay que practicar prueba o celebrar vista, el Letrado de la Administración de Justicia debe señalar día para dentro de los 3 días siguientes.

La resolución se dicta en plazo de 3 días desde la terminación de la vista o, en su defecto, desde el día siguiente a aquel en que se hayan recibido los autos en el tribunal competente para la apelación.

En cualquier momento del proceso, ambas partes podrán solicitar la suspensión de este para someterse a mediación.

También se prevé la posibilidad de que el Juez proponga, en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, una solución de mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo.

La duración de la mediación ha de ser la más breve posible, sin que en ningún caso pueda la suspensión del proceso para mediación exceder del plazo legalmente previsto.

El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez, únicamente en aquellos aspectos que se refieran a la restitución o retorno del menor y siempre que se proteja su interés superior y se respete el régimen de guarda y custodia del menor, así como y el de estancia, comunicación y relación de éste con los progenitores.

En la ejecución de la sentencia en la que se acuerde la restitución del menor o su retorno al Estado de procedencia, la Autoridad Central prestará la necesaria asistencia al Juzgado para garantizar que se realice sin peligro, adoptando en cada caso las medidas administrativas precisas.

Si el progenitor que hubiera sido condenado a la restitución del menor o a su retorno se opusiere, impidiera u obstaculizara su cumplimiento, el Juez deberá adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de forma

inmediata, pudiendo ayudarse de la asistencia de los servicios sociales y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.²⁵

Esquema procedimental:

Primera fase: demanda.	Realizar demanda, debiendo ser admitida en 24 horas.
Segunda fase: resolución de admisión.	Enviar requerimiento a la persona imputada, debiendo comparecer con el menor, alegando causas de la no restitución o restitución.
Tercera fase: búsqueda del menor.	-No se encuentra: archivo provisional del caso. -Sí se encuentra: se produce la comparecencia.
Cuarta fase: Comparecencia.	-Restitución: fin del proceso. -No restitución/no comparecencia: declaración en rebeldía
Quinta fase: citación de vista.	LAJ cita al demandante y al MF para la vista (no plazo superior a 5 días).
Sexta fase: oposición del demandado.	Se dará traslado a los interesados y citará a las partes (improrrogable más de 5 días).
Séptima fase: audiencia antes de sentencia.	Se dará audiencia al menor antes de dictar sentencia.
Octava fase: sentencia.	Celebrada la vista y proposición de pruebas se dictará sentencia (dentro de los 3 días siguientes a la audiencia).
Novena fase: recurso apelación.	Solo se podrá presentar recurso de apelación y OJ acordará su admisión o no en las 24 horas siguientes a la presentación.
Décima fase: escrito oposición.	Presentar escrito de oposición o impugnación al recurso en el plazo de 3 días.
Undécima fase: remisión autos.	Se ordena remisión de los autos en el mismo día a la AP. Las partes deben comparecer en 24 horas.
Duodécima fase: recepción de autos.	Una vez recibidos los autos si se admiten se celebrará la vista en un máximo de 3 días.
Decimotercera fase: resolución definitiva.	En los 3 días siguientes desde la terminación se dictará resolución definitiva.

XI. CONCLUSIONES

PRIMERA. Aumento de supuestos de sustracción internacional de menores

ho y día: La sustracción internacional de menores, como hemos visto a lo largo del presente trabajo es un acto que se realiza por parte de los progenitores con demasiada frecuencia, esto es debido al proceso tecnológico, político y social que genera la globalización. Este proceso cada año va en aumento debido a las relaciones con personas de distintas nacionalidades. En muchas ocasiones genera el conflicto entre Estados, provocando un punto de inflexión y la necesidad de fundar textos cada vez más detalladas y precisos sobre el tema. Estas fuentes tienen como finalidad frenar este tipo de actividad ilícita sobre el menor, actuando con la mayor brevedad posible y sin que el menor sufra daño alguno debido a la fragilidad y vulnerabilidad que posee como persona.

SEGUNDA. Importancia de la introducción del derecho del menor a ser oído

en el proceso. El derecho del menor a ser oído se ha vuelto un derecho fundamental protegido y recogió en la convención sobre los derechos de los niños. Este derecho siempre se garantizará para la mejora y beneficio de este, nunca perjudicándolo si se considera que el menor no tiene el suficiente grado de madurez para intervenir. La participación del menor en el proceso es una gran ventaja, produciendo siempre una mejora sobre su situación. Sin embargo, la inducción y coacción hacia este puede resultar fructífera para el propio beneficio del sustractor.

²⁵ *Vid.* Wolter Kluwer, “Procesos sobre sustracción internacional de menores”, Madrid, febrero, 2018, disponible en www.quiasjuridicas.wolterskluwer.com

TERCERA. La relevancia de un marco jurídico definido y unificado: No cabe duda de que, en el marco de la cooperación entre autoridades, el Convenio de la Haya de 1980 se sigue consolidando como el instrumento fundamental en la materia. En cuanto al marco jurídico del convenio solo cubre la cuestión del retorno o no del menor al lugar de su residencia habitual. A pesar de que las situaciones se han visto modificadas, a la hora de aplicar el Convenio por las autoridades competentes se sigue identificando el interés superior del menor con su retorno, por lo que la restitución se configura como la regla principal a la hora de adoptar la decisión correspondiente. No obstante, esta regla no opera automáticamente, existiendo la posibilidad del no retorno en el caso concreto de que no sea la mejor decisión para el menor.

Como hemos podido comprobar no es de aplicación una ley concreta para la resolución de este fenómeno, sino que la normativa internacional nos sirve de guía para saber en cada caso concreto que ley será de aplicación. Por tanto, no a todos los supuestos se le aplica la misma ley, sino que como regla general la normativa de aplicación será la del lugar donde residía el menor antes de la sustracción

CUARTA. La competencia judicial internacional en la sustracción internacional de menores. La determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales es fundamental en el tema que nos ocupa. Como regla general se establece que los órganos competentes para la resolución del problema serán, dependiendo del caso concreto, los del estado de residencia del menor.

La residencia habitual debe ser entendida como un criterio competencial, que nos permita determinar las dimensiones funcionales de este para mantener la situación del menor respecto a su situación antes del traslado. El consentimiento unilateral y privado de uno de los progenitores no es suficiente para decidir una alteración al modo y estilo de vida del menor.

QUINTA. La localización del menor y su posterior restitución. Hay también una diferencia entre el procedimiento de localización y el proceso judicial para alcanzar el retorno o no del menor. El primero es llevado a cabo por la autoridad central con la ayuda de otras dependencias de la administración pública, y es

hasta que no se localiza al menor que no se sabrá si será necesario entrar en la fase contenciosa o no. De ahí que las únicas razones por las cuales no sería necesario la intervención del juez es que se logre el retorno voluntario del menor por parte del progenitor sustractor; o que por medio de la mediación se decida su retorno. Esto es así, ya que bajo estos supuestos no existiría un conflicto entre los progenitores, pues estos se pondrían de acuerdo sobre el retorno del menor sin la intervención de un juez, además de que la voluntad de los progenitores no entraría en conflicto con el interés del Estado acorde a lo que atiende la tutela jurídica, en lo que se refiere al interés superior del menor.

Las únicas circunstancias que permitirían que el Estado de la sustracción inicie un nuevo procedimiento sobre el fondo cuando se niega la restitución del menor son: que se determine que las decisiones tomadas por los Tribunales de origen son contrarias a los principios fundamentales del estado sustractor, por tanto, no podrán ser reconocidas; que se compruebe que el menor ha cambiado de residencia y se encuentra integrado en su nuevo entorno, o que el juez de la sustracción considere que las circunstancias han cambiado al grado en que el interés superior del menor está en riesgo y por ello es necesario generar un nuevo pronunciamiento.

XII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Martínez Calvo, Javier y Sánchez Cano, M^a Jesús; “Estudio jurídico del caso Juana Rivas y Franceso Arcuri desde la perspectiva del derecho internacional privado y del derecho civil” Madrid, enero 2020, disponible en www.e-revistas.uc3m.es

A. Monge, “La sustracción ilegítima de menores desde una perspectiva multidisciplinar”, Barcelona, 2019. Bosheditor, pp. 27 y ss, disponible en www.libreriabosch.com

Gómez Megías, Ana M. ,“EL laberinto de la sustracción de menores”, Madrid 2018, disponible en www.elpais.es

Instituto Nacional de Estadística, Madrid, 2020.

Ortega Giménez, Alfonso, Heredia Sánchez, Lerdys, Lorente Martínez, Isabel. *Materiales de Derecho Internacional privado para el grado en Derecho*, Difusión jurídica, temas de actualidad, 2^a edición, Madrid, 2020.

De Ruitter, Adriana. “La voz del menor en la sustracción internacional del menor”, Madrid,2020, disponible en www.fiscal.es

Lorente Martínez, Isabel ,“Divorcio en España y menores con residencia habitual fuera de la Union Europea” Libro “protección de menores y derecho internacional privado”, Granada, 2019; Editorial Comares.

Muñoz Cuesta, Javier ,“Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, Madrid, noviembre, 2017, disponible en www.legaltoday.com

Yvette Velarde, D’Amil. “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *en revista de Derecho Uned*, Madrid, 2015, disponible en www.dama.umh.es

Lorente Martínez, Isabel. “Sustracción internacional de menores. Especial atención a la aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 y

excepción al no retorno inmediato de la menor”, Madrid, 14 de diciembre, 2020, disponible en www.e-revistas.uc3m.es

Azcárraga Monzonís, Carmen, “sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”. Santa Cruz de la sierra, julio, 2015, disponible en www.scielo.org.es

Navarro Pérez, Javier, “Un análisis jurídico del Caso Juana Rivas”, Madrid, 26 de julio, 2018, disponible en www.granollersabogado.es

Wolter Kluwer, “Procesos sobre sustracción internacional de menores”, Madrid, febrero, 2018, disponible en www.guiasjuridicas.wolterskluwer.com



XIII. ENLACES WEBS CONSULTADOS

Boletín Oficial del Estado¹

www.boe.es

Diario El País²

www.elpais.com

Guías jurídicas Wolter Kluwer³

<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

Instituto nacional de estadística⁴

www.ine.es

Legaltoday⁵

www.legaltoday.com

Ministerio Fiscal⁶

www.fiscal.es

Revistas Universidad Carlos III de Madrid⁷

<https://e-revistas.uc3m.es>

¹ Enlace web consultado a fecha 1/09/2021

² Enlace web consultado a fecha 3/09/2021

³ Enlace web consultado a fecha 9/09/2021

⁴ Enlace web consultado a fecha 8/09/2021

⁵ Enlace web consultado a fecha 12/09/2021

⁶ Enlace web consultado a fecha 17/09/2021

⁷ Enlace web consultado a fecha 21/09/2021

