

# GLOBALIZACIÓN, SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES Y CONVENIOS DE LUXEMBURGO (1980) Y LA HAYA (1980)

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA\*

Y

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ\*\*

## SUMARIO

1. Globalización y *legal kidnapping*
2. Convenio de Luxemburgo de 20 mayo 1980
3. Convenio de La Haya de 25 octubre 1980
4. Relaciones entre los convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)

## 1. GLOBALIZACIÓN Y *LEGAL KIDNAPPING*

1. La “globalización” es un *fenómeno complejo* consistente en la libre circulación mundial de factores productivos, de la información y de los modelos sociales y culturales. En otras palabras, la

---

\* Catedrático de derecho internacional privado, Universidad Carlos III de Madrid.

\*\* Profesor titular de derecho internacional privado, Universidad de Murcia

globalización es “fenómeno de extensión al planeta de la *interdependencia* social y económica” (M.S.M. MAHMOUD, J. CHESNEAUX); para J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, se trata de la

“creación de un espacio único, donde puedan circular, sin limitación alguna, bienes, servicios, y sobre todo el dinero”;

para J. BASEDOW, se trata del hecho de que

“un creciente número de problemas sociales muestran una dimensión global que no puede ser abordado con soluciones nacionales”.

La globalización es un fenómeno de *alcance general*: tiene una *naturaleza plural* y repercute en multitud de ámbitos. No es, como algunos autores han entendido, un fenómeno *exclusivamente económico*. Es cierto que la globalización puede estudiarse desde un punto de vista estrictamente económico, como han hecho, legítimamente, algunos autores. Pero la globalización es un *fenómeno social*: sus *causas o elementos constitutivos* no son sólo económicos y sus *efectos* tampoco son exclusivamente económicos (C. TAIBO, J. BASEDOW, E. VERDEGUER PUIG / L. ÁLVAREZ ALONSO, M. RICCIARDELLI / S. URBAN / R. NANOPOULOS, A. MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, etc.).

2. Desde el punto de vista del secuestro internacional de menores, la globalización altera la *base social* sobre la que opera el derecho internacional privado. La globalización hace que el objeto del DIPr., las situaciones privadas internacionales, presenten caracteres hasta ahora desconocidos. Dicho *cambio sustancial* de las *situaciones privadas internacionales* supone que la globalización es el *estadio más elevado de la internacionalización* de la vida de las personas. Así, los casos de *legal kidnapping* se internacionalizan al máximo: dobles secuestros de menores, traslados de menores de un país a otro con mucha frecuencia, traslados a países de conveniencia, etc.

3. ¿Cómo luchar jurídicamente contra el *legal kidnapping* en la era de la globalización? Varios datos deben subrayarse: 1º Los convenios de La Haya de 1902 y 1961 sobre protección de menores, —ambos ratificados por España—, se revelaron inoperantes frente al *legal kidnapping*. Ni lo preveían, ni sus mecanismos generales eran satisfactorios frente al problema. En efecto: el art. 7 del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 excluía expresamente de su ámbito las “medidas de ejecución”. Situado el menor secuestrado por uno de sus padres en el Estado cuya nacionalidad ostenta, los tribunales de dicho país se apoyaban en los arts. 3 (reconocimiento en todos los estados contratantes de una relación de autoridad *ex lege* del Estado del que es nacional el menor) y 4 (poder de las autoridades del Estado del que es nacional el menor para adoptar medidas para proteger su persona o bienes, si consideran que el interés de ése lo exigen) del Convenio de 1961, con lo que se neutralizaban los intentos legales del otro padre por recuperar al menor (A.E. ANTON, A. DYER, M. SUMAMPOUW).

2º Tampoco las legislaciones de producción interna, —en nuestro caso, el art. 9.6 CC—, han sido eficaces para atajar el problema, pues sólo contemplan procedimientos estáticos de protección de menores, sin desplazamientos previos (Y. LEQUETTE). Últimamente, la legislación española de producción interna se ha modernizado, adoptando medidas preventivas contra el *legal kidnapping* interno e internacional: Ley orgánica 9/2002 de 10 de diciembre 2002, que modifica el Código Penal y el Código Civil en lo relativo a la sustracción de menores.

3º La vía más eficaz para atajar el problema son los *instrumentos internacionales*. Entre ellos, destacan dos importantes convenios internacionales multilaterales específicos: a) El Convenio europeo de Luxemburgo de 20 mayo 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia; b) El Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores.

Un dato negativo debe subrayarse: de frente al mismo problema, —sustracción ilícita internacional de menores—, dos organismos

internacionales entraron en una *carrera competitiva* por elaborar un convenio para atajar el fenómeno. Ambos convenios persiguen, en el fondo, el mismo fin, pero con distintos mecanismos. Por ello, hubiera sido deseable que, en vez de prevalecer intereses de protagonismo político, se hubiese llegado a una coordinación entre Consejo de Europa y Conferencia de La Haya de DIPIR. para afrontar el problema de manera unívoca. Por desgracia, no fue así.

4º Últimamente también se ha utilizado la *vía penal* para resolver problemas de *legal kidnapping*, librándose órdenes internacionales de busca y captura de los secuestradores. El problema radica en que estos procedimientos no llegan a buen puerto si el secuestrador obtiene la custodia del menor en el país al que ha trasladado al menor, y también debido a la frecuente no-extradición de los propios nacionales y a la territorialidad de la ley penal. Por eso, esta vía sólo es válida en ciertos casos, como en el caso *Eneko*, abril 2000, en el que el padre secuestrador, que trasladó el niño al Yemen no era yemení sino alemán.

## 2. CONVENIO DE LUXEMBURGO DE 20 MAYO 1980

4. Este convenio pretende resolver los problemas planteados por el secuestro internacional de menores mediante la vía clásica del *exequatur* de las decisiones relativas a la custodia de menores a través de un procedimiento simple y rápido (art. 14). El progenitor que reclama el restablecimiento de su custodia sobre el menor ilícitamente trasladado a otro país, dispone de un *procedimiento veloz* para lograr, en dicho país, el *exequatur* de la decisión judicial que le atribuía la custodia. Logrado el *exequatur* de dicha decisión, ésta se ejecuta en el país donde se halla el menor, de modo que se puede ordenar el retorno del mismo al país desde donde fue ilícitamente trasladado.

En suma, este convenio acoge un sistema rápido y flexible de reconocimiento y ejecución de resoluciones (arts. 13-16) dictadas en materia de custodia del menor y derecho de visita (arts. 7-10).

Así, por ejemplo, un matrimonio entre cónyuge español y cónyuge alemán se divorcia ante juez alemán. La custodia del hijo es atribuida al padre alemán y el derecho de visita, a la madre española, que lo deberá ejercitar en Alemania. No obstante, aprovechando una visita al menor en Alemania, la madre traslada al menor con ella a España. El padre puede utilizar el Convenio de Luxemburgo de 20 mayo 1980, para obtener en España, de modo rápido y simple, el *exequatur* y la posterior *ejecución material* de la sentencia dictada en Alemania, con lo que el menor volverá a dicho país bajo la custodia del padre.

5. Deben quedar claros los presupuestos de actuación del convenio:

1º El convenio entiende por “menor” la persona que no alcanza la edad de 16 años y, que según el derecho del Estado de su residencial habitual, del Estado de su nacionalidad o del Estado requerido, aún no puede elegir su residencia (art. 1.a). Son condiciones *cumulativamente* exigibles.

2º Se entiende que hay “traslado ilícito” del menor en tres casos (art. 1.d): a) Cuando se produce “traslado de un menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a su custodia dictada en dicho Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado”; b) Cuando se constata: “el hecho de que un menor no regrese a través de una frontera internacional, al finalizar el período de ejercicio de un derecho de visita relativa a dicho menor o al término de cualquier otra estancia de carácter temporal en territorio distinto de aquel en el se ejerza la custodia”; c) Cuando no existiendo resolución judicial en la fecha en la que el menor es trasladado a otro país, recaiga una resolución ulterior relativa a la custodia de dicho menor y que declara ilícito dicho traslado (art. 12): es el caso de la llamada *ordonnance de retour* o *Chasing order*.

3º El convenio es *inter partes*: sólo se aplica entre los estados signatarios del mismo, que son, según datos del Consejo de Europa a fecha marzo 2003 ([www.coe.fr](http://www.coe.fr)): Alemania, Antigua República ex-yugoslava de Macedonia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Gran

Bretaña, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Serbia y Montenegro, Suecia, Suiza y Turquía.

**6.** El *sistema* del convenio responde a los siguientes *principios fundamentales*.

**7.** 1º *Establecimiento de un “órgano de enlace” entre los estados: las autoridades centrales.* Los estados designan unas autoridades centrales (art. 2). El interesado podrá dirigirse a la autoridad central de un Estado para que ésta promueva el reconocimiento de la resolución, localice el paradero del menor, asegure la entrega del menor al demandante, etc. La autoridad central española es la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

La autoridad central del Estado requerido, —país donde se halla *de facto* el menor—, tiene la obligación de adoptar, dentro de los plazos más breves posibles, las medidas apropiadas para encontrar al menor, evitarle daños, asegurar el reconocimiento o ejecución de la decisión y, cuando se haya autorizado la ejecución, asegurar la entrega del mismo al demandante, que tiene derecho a ser informado de cuantas medidas sean adoptadas (art. 5.1). En el caso de que el reconocimiento de la decisión relativa a la custodia del menor sea rechazado, el demandante podrá solicitar a la autoridad central del Estado requerido que entable un nuevo proceso, —en cuanto al fondo—, y le represente en dicho procedimiento (art. 5.4).

**8.** 2º *autoridad competente para librar el ‘exequatur’.* La autoridad competente para expedir el reconocimiento / *exequatur* de la decisión extranjera es la determinada por el “derecho interno” de cada Estado. Ello hace competente, sin duda, en nuestro país, al TS: art. 955 LEC, art. 56.4º LOPJ. En los casos del art. 8 del convenio, al no haber *exequatur*, los arts. 1901-1909 LEC 1881 otorgan competencia al juez de primera instancia del lugar donde se halla el menor, como se verá.

**9. 3° Procedimiento sencillo y gratuito.** La cooperación entre las autoridades centrales es gratuita (art. 15.2). El *iter procedimental* trazado por el convenio es el que sigue: a) La persona que haya obtenido, en un Estado contratante, una decisión relativa a la custodia del menor o al derecho de visita del mismo y quiera que sea reconocida o ejecutada en otro Estado contratante puede dirigirse a la autoridad central de “cualquier Estado contratante” (art. 4.1).

b) La petición de reconocimiento podrá efectuarse mediante *simple instancia* (art. 14 *in fine*), a la que se acompaña de ciertos documentos (art. 3) relativos a la decisión judicial cuyo reconocimiento se pretende y con el posible paradero del menor.

c) El sistema de *exequatur* trazado por el convenio se aplica a las decisiones extranjeras que fallan sobre la *custodia del menor* o sobre el ejercicio del *derecho de visita* (art. 11.1). La autoridad competente del Estado requerido podrá fijar “las modalidades” de su cumplimiento y ejercicio, lo que le permitirá considerar los acuerdos al respecto estipulados por las partes (art. 11.2).

**10. 4° Limitación de las causas de denegación del exequatur.** El convenio contiene *causas tasadas* de denegación del *exequatur* de la decisión extranjera (arts. 9 y 10). En este sentido, deben diferenciarse tres casos:

**11. a) Restitución inmediata del menor: el anti-exequatur.** Existen varios casos en los que debe procederse a la *inmediata restitución* del menor sin que quepa alegar “ninguno de los motivos de denegación” previstos en el Convenio de Luxemburgo (art. 8.2): es una *restitución de plano*, sin necesidad de *exequatur* de ninguna decisión extranjera. Ni siquiera existe un *exequatur* de plano como el recogido en el reglamento 44/2001: no hay necesidad de *exequatur*. Los casos son los siguientes (art. 8):

Primero. *La internacionalización ficticia de un supuesto interno.* Cuando tanto los padres como el hijo tienen la nacionalidad del Estado de origen de la decisión, el menor tenía su residencia habitual en dicho Estado y la solicitud de retorno se presenta dentro de los seis meses siguientes al secuestro, se procederá a la restitución

inmediata del menor. Se trata de evitar una *ficticia internacionalización* de un supuesto interno.

Segundo. *Respeto de los acuerdos inter partes y de las decisiones judiciales sobre derecho de visita.* Cuando exista un acuerdo, —homologado por *autoridad competente*, entre la persona que tenga la custodia del menor y otra persona, que ostenta el derecho de visita—, acuerdo que concede un derecho de visita, y el menor, trasladado a otro país en virtud de tal derecho de visita, no es restituido a su país de residencia habitual, y, cumulativamente, la solicitud de retorno del menor se presente a la autoridad central dentro de un plazo de seis meses a contar desde el desplazamiento ilícito, se procederá también a la inmediata restitución del menor.

Tercero. *Respeto a una decisión de la autoridad competente sobre el derecho de visita.* Lo mismo ocurrirá cuando exista una decisión de una “autoridad competente” sobre el derecho de visita, y el menor, trasladado a otro país en virtud de tal derecho de visita, no es restituido a su país de residencia habitual, y, cumulativamente, la solicitud de retorno del menor se presente a la autoridad central dentro de un plazo de seis meses a contar desde el desplazamiento ilícito: también se procederá a la inmediata restitución del menor.

Sin embargo, surge un problema agudo porque el convenio no precisa qué debe entenderse por autoridad *competente* (Y. LEQUETTE).

En estos tres supuestos, no existe ningún procedimiento de *exequatur*. Simplemente, la autoridad central localiza al menor y ordena su restitución al país de su residencia habitual: es una *restitución de plano*, un *anti-exequatur*.

No obstante, en este caso, puede que la ley de Estado requerido exija un *procedimiento judicial* para llevar a cabo la restitución del menor. Pues bien, en el curso de tal procedimiento, no cabrá oponer *ningún motivo de denegación* del *exequatur* de la resolución (art. 8.2). Se trata de un procedimiento judicial sin oposición. En el caso español, son de aplicación los arts. 1901-1909 LEC 1881.

**12. b) Exequatur simplificado: art. 9.1.** Cuando no concurren las anteriores circunstancias, —no existe *decisión* de autoridad



competente o *acuerdo* homologado por ésta sobre el derecho de visita, o los padres son de diferente nacionalidad o el menor residen en país cuya nacionalidad no ostenta—, pero la solicitud de regreso haya sido presentada *dentro de los seis meses* ulteriores al mismo, se instaura un sistema de *exequatur* simplificado de la decisión extranjera. En efecto: el *exequatur* sólo podrá ser denegado por estos motivos: a) *Infracción de los derechos de defensa* por falta o defecto de notificación del documento por el que se incoa el procedimiento (art. 9.1.a); b) *Falta de competencia* de la autoridad que dictó la resolución en casos en los que el demandado estuviere ausente en el proceso de origen o hubiera operado sin su representante legal (art. 9.1.b); c) Existencia en el Estado de destino, de una decisión judicial sobre la custodia del menor *incompatible* con la decisión extranjera, siempre que fuese ejecutiva en el Estado requerido antes del traslado del menor (art. 9.1.c).

**13. c) *Exequatur reforzado: art. 10.1.*** Cuando la solicitud de reconocimiento y *exequatur* se presente transcurridos más de seis meses de traslado o retorno ilícitos, tal reconocimiento y/o *exequatur* pueden denegarse por varias causas, en particular: a) Las contempladas en el art. 9, ya citadas; b) Incompatibilidad de los efectos de la resolución extranjera con los *principios fundamentales* del derecho por el que se rigen la familia y los hijos en el Estado requerido. Se trata del *orden público internacional*, a interpretar restrictivamente; c) Si se comprueba que, con motivo de modificaciones de las circunstancias, incluido el transcurso del tiempo, pero no el mero cambio de residencia del menor como consecuencia de un traslado efectuado sin derecho, los efectos de la resolución de origen no concuerdan ya, manifiestamente, con el *interés del menor*; d) Si en el momento de entablarse el procedimiento en el Estado de origen el menor tuviera la nacionalidad del Estado requerido o su residencia habitual en dicho Estado, y no existiera ninguno de dichos vínculos con el Estado de origen, o el menor tuviera a la vez la nacionalidad del Estado de origen y la del Estado requerido y su residencia habitual en el Estado requerido; e) Si la resolución fuera incompatible con una resolución dictada, en el

Estado requerido o en un tercer Estado, pero ejecutoria en el Estado requerido como consecuencia de un procedimiento entablado antes de presentarse la petición de reconocimiento o de ejecución y si la de negación concuerda con el interés del menor. La doctrina (P. LAGARDE, B. STURLESE, Y. LEQUETTE) estima excesivas las causas de denegación del *exequatur*: no hay un progreso significativo en relación con las normas que regulan el *exequatur* en el DIFP. de producción interna.

Cabe que los estados presenten una *reserva* conforme a la cual se pueda denegar el reconocimiento y la ejecución por cualquiera de las causas previstas por el art. 10, —entre ellas, el *interés del menor*—, también en los casos de los arts. 8 y 9 (art. 17.1). Esta facultad de los estados es singularmente desafortunada por dos razones: a) Fomenta que se vuelva a litigar sobre el fondo del asunto, lo que alarga la resolución del caso; b) Provoca un “desagradable efecto multiplicador” (*misslichen Multiplikationseffekt*), como precisa J. KROPHOLLER, En efecto: los demás estados partes podrán, en justa reciprocidad, denegar el reconocimiento y la ejecución a las decisiones procedentes de los estados que hagan uso de la mencionada reserva (art. 17.2).

**14.** 5º *El “interés del menor”, pieza clave del convenio* (A. SHAPIRA). Dos datos demuestran que el convenio está construido sobre este principio: a) La celeridad del procedimiento de reconocimiento, pues el *interés del menor* se vería gravemente perjudicado en el caso de una repatriación tardía; b) Se parte de la idea de que el reconocimiento de la resolución y el correlativo retorno del menor favorecen la posición jurídica y social del menor.

**15.** Véanse tres ejemplos de cómo funciona el convenio:

Ejemplo 1: Un juez finlandés dicta sentencia de divorcio entre cónyuge finés y español. El hijo de ambos, de 5 años, queda, según dicha sentencia, bajo la custodia del padre finés y reside en Finlandia. La madre española, no obstante, con ocasión del ejercicio de visita que lleva a cabo en Finlandia, sustrae al menor y lo trae consigo a Madrid. El padre finés puede acudir al Convenio de

Luxemburgo de 1980 e instar el *exequatur* de la sentencia dictada en Finlandia, acudiendo previamente a la autoridad central española. Ésta instará el *exequatur* de la sentencia finlandesa en España según el procedimiento del convenio. Si la solicitud se presenta dentro de los seis meses posteriores a la sustracción, se otorgará el *exequatur* de la sentencia y se acordará el retorno inmediato del menor siempre que no concurra ninguna de las causas de denegación del *exequatur* fijadas en el art. 9.1 del convenio.

Ejemplo 2: Un juez francés dicta sentencia de divorcio entre cónyuges franceses. El hijo de ambos, francés de 5 años, queda, según dicha sentencia, bajo la custodia del padre y reside en Francia. La madre, no obstante, con ocasión del ejercicio de visita que lleva a cabo en Francia, sustrae al menor y lo trae consigo a Madrid. El padre acude inmediatamente a la autoridad central española prevista en el Convenio de Luxemburgo e insta el retorno inmediato del menor a Francia: art. 8 del convenio, pues tanto los padres como el hijo tienen la nacionalidad del Estado de origen de la decisión (Francia), el menor tenía su residencia habitual en dicho país, y la solicitud de retorno se presenta dentro de los seis meses siguientes al secuestro.

Ejemplo 3: Dos cónyuges, una mujer griega y un varón español, viven en Atenas con su hijo común de cinco años. Sin previo aviso, en enero 2004 el varón español sustrae el menor y lo traslada consigo a Almería. La madre griega se dirige a los tribunales griegos, que declaran ilícito el traslado del menor en marzo 2004. ¿Se aplica el Convenio de Luxemburgo de 20 mayo 1980? Efectivamente, el convenio se aplica: *vid.* su art. 12. Pero la madre no podrá utilizar la vía del *anti-exequatur* o restitución de plano del menor desplazado a España, porque en la fecha del traslado del menor no existía acuerdo *inter partes* sobre el derecho de visita ni resolución judicial al respecto (art. 8.3). La madre tendrá que instar en España el *reconocimiento y/o exequatur* de la resolución griega a través del art. 9 del convenio, si no han transcurrido más de seis meses del desplazamiento, o través del art. 10 si ha pasado dicho plazo.

**16.** La aplicación del convenio de 20 mayo 1980 en España ha conocido dos etapas.

1º En un primer momento, las autoridades españolas entendieron, con error, que se trataba de un convenio de “colaboración judicial” o “auxilio judicial internacional”, pero no de un convenio internacional de *exequatur*, siendo éste su auténtico carácter. El error se aprecia en el ATS 27 junio 1989, ATS 20 julio 1989, ATS 20 noviembre 1989, ATS 26 enero 1990. Como consecuencia de esta actitud, el TS se venía declarando incompetente y las demandas de *exequatur* de la resolución extranjera se presentaban ante órganos jurisdiccionales de instancias inferiores, que carecen por otro lado, de competencia al respecto, lo que es lógico: SAP Palma Mallorca, Sec. 3ª, 19 marzo 1990, auto AP Oviedo 18 febrero 1992, auto AP Granada, Sec. 3ª, 24 enero 1994, auto JPI núm. 2 Ponferrada 28 septiembre 1985. El resultado era nefasto: se retrasaba la solución del caso y al final, el menor permanecía en España, pues al pasar los años, acababa integrándose en el ambiente, con lo que el secuestrador conseguía su propósito.

2º Sólo algunas recientes resoluciones aplican este convenio como un convenio para agilizar el *exequatur*, en sintonía con su naturaleza. De todos modos, el uso de este convenio ha decrecido muy notablemente en España, pues el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 se ha mostrado más eficaz en la lucha contra la sustracción internacional de menores.

Finalmente cabe recordar que el convenio de 20 mayo 1980 ha sido estimado de “aplicación prevalente” sobre ciertos tratados bilaterales que España tiene firmados con otros países y destinados a facilitar el reconocimiento y ejecución de resoluciones, todo ello en virtud de ciertas cláusulas contenidas en los mismos convenios: auto AP Granada, Sec. 3ª, 24 enero 1994, que constata la preferente aplicación del convenio de 20 mayo 1980 sobre el convenio bilateral hispanoalemán de 1983.

### 3. CONVENIO DE LA HAYA DE 25 OCTUBRE 1980

**17.** Este convenio, gestado en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr., presenta estos caracteres básicos.

**18.** 1º *Es un convenio de carácter fáctico.* El convenio no establece el régimen jurídico del *fondo de la cuestión*, —*ad ex.*, la titularidad de los derechos de guarda y visita, la atribución o privación de la patria potestad, etc. — (art. 19). Como subrayan J. KROPHOLLER y L. CHATIN, no es un convenio de competencia judicial, ni de derecho aplicable ni de reconocimiento de decisiones extranjeras. Es un convenio que establece *sistemas de cooperación de autoridades* y una *acción para el retorno inmediato del menor* al país de su residencia habitual. La utilización de normas materiales de DIPr. es muy positiva y ofrece excelentes resultados que benefician a los particulares: éstos sólo tienen que consultar el convenio, y ninguna otra ley nacional para lograr el retorno del menor que, teniendo su residencia habitual en un Estado parte, es ilícitamente trasladado a otro Estado parte.

A estos efectos, es muy importante el art. 16 del convenio: una vez trasladado ilícitamente el menor de un país a otro, las autoridades judiciales o administrativas del país al que ha sido trasladado el menor o donde está retenido ilícitamente, no pueden decidir sobre la cuestión de *fondo de los derechos de custodia* hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido según lo dispuesto en el convenio o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del convenio. Es una regla de *competencia judicial internacional negativa*: impide conocer. Lógicamente, si se decreta el retorno del menor, no cabrá entrar en el fondo del asunto. Sólo podrá entrarse en el mismo si de acuerdo no restituir al menor. Por eso, la muy importante STS 22 junio 1998 indica que erró gravemente la AP Almería, que había acordado la restitución de un menor a país extranjero según el convenio, pero que posteriormente, y antes de que el menor fuera restituido, falló

sobre el fondo atribuyendo la custodia al secuestrador residente en España. La AP frustra así todo el mecanismo del convenio: crea dos resoluciones incompatibles y hace prevalecer la que atribuye la custodia al secuestrador español, con lo que el menor no puede ser restituido. Como indica el TS, la AP debió abstenerse de conocer sobre el fondo del asunto, pues decretado el retorno del menor, no tenía sentido decidir sobre la custodia del menor. En este sentido, *vid.* auto AP Toledo Sec.1ª 20 noviembre 1995.

**19.** 2º) *Objetivos del convenio.* Son, exclusivamente, los que siguen:

a) El retorno del menor trasladado ilícitamente al país donde tenía originariamente su residencia habitual (art. 1), como regla general. Esta *acción directa* para el retorno del menor opera como los *interdictos posesorios*: se respeta el *statu quo* sin entrar en el fondo del asunto, aunque existen ciertos límites que pueden impedir el éxito de la acción directa de retorno del menor: un menor no es un “bien material”. El convenio parte de dos *ideas fuerza*: (a) Las *rupturas bruscas* del menor con el medio en el que vive el menor son *negativas* y deben evitarse (Y. LEQUETTE); (b) Las autoridades del país de residencia habitual del menor son las que están *mejor situadas* para decidir sobre la cuestión de la custodia del menor.

b) Velar por el cumplimiento efectivo de los *derechos de custodia y visita* establecidos en el Estado de origen del menor, generalmente en virtud de una sentencia de separación judicial o divorcio. El convenio trata de compaginar la custodia con el derecho de visita, para salvaguardar el derecho del menor a relacionarse con ambos padres.

**20.** El convenio se aplica teniendo en cuenta cuatro factores.

**21.** 1º) Se aplica a los sujetos menores de 16 años con residencia habitual en un *Estado contratante* en el momento de su sustracción ilegal (art. 4). a tal efecto hay que señalar varios datos:

a) Es irrelevante la nacionalidad y la filiación del menor. También es irrelevante quiénes sean los secuestradores —padres, madres, abuelos, otros parientes, terceros, etc.—.

b) El convenio sólo se aplica cuando el menor de 16 años tiene su residencia habitual en un *Estado parte* y es trasladado a *otro Estado parte* en el que no tiene dicha residencia habitual. El país desde el que es trasladado el menor es, realmente, irrelevante. Así, por ejemplo, un sujeto de 12 años tiene su residencia habitual en España, pero se halla de vacaciones en Rusia —Estado no parte—. Desde allí es trasladado a Inglaterra por su madre: el convenio es aplicable para lograr su retorno a España, país de su residencia habitual. Ello es relevante en los casos, frecuentes, de “doble secuestro internacional”: un niño de 5 años reside habitualmente en España y es trasladado ilícitamente a Inglaterra por su madre inglesa. El padre se persona en Inglaterra y traslada nuevamente al menor a España. El primer traslado es ilícito y el convenio es aplicable; el segundo traslado, por cuanto pueda parecer extraño, no es regulado por el convenio, pues el niño no ha sido trasladado a un Estado parte diferente de aquél en el que tiene su residencia habitual.

**22. 2º)** El convenio sólo se aplica entre *estados partes*, que son más de cincuenta, lo que da cuenta del éxito de la fórmula del convenio, y que son, en concreto, según datos de la Conferencia de La Haya de DIPr. en marzo 2003: África del Sur, Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Bélgica, Belice, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Canadá, Chile, China (Regiones Administrativas de Hong Kong y de Macao), Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca (salvo las islas Feroe y Groenlandia), Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Fidji, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Moldavia, Mónaco, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos (sólo territorio metropolitano), Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, República Checa, Ex República Yugoslava de

Macedonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (y las islas de Man, Caimán, Falkland, Montserrat, Bermudas), Rumania, San Cristóbal y Nieves, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tobago, Turkmenistán, Turquía, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Yugoslavia y Zimbabwe. Debe subrayarse que para que el convenio sea aplicable, España debe expresamente aceptar la adhesión de estados no miembros de la Conferencia de La Haya que se hayan adherido al convenio (art. 38) —*ad ex.* como ha ocurrido con Burkina Fasso y otros estados—.

Por tanto, si el menor tiene su *residencia habitual* en un Estado parte pero ha sido trasladado a un tercer Estado no parte, este convenio no es aplicable, al operar sólo *inter partes* (J. PIRRUNG): arts. 39-40 (SAP Valladolid 31 mayo 1996). Tampoco se aplica si el destino del menor es un Estado parte pero el menor tiene su *residencia habitual* en un Estado no parte —*ad ex.* Cuba, en el caso de *Eliancito*, el “niño balsero”, pues Estados Unidos es parte del convenio, pero no Cuba—.

**23.** 3º) Debe haberse producido un *traslado* o *retención* de un menor considerados “ilícitos” (art. 3). El traslado o la retención del menor se consideran *ilícitos* cuando infringen el *derecho de custodia efectivo* atribuido a una persona, institución o cualquier otro organismo. Ahora bien ese derecho de custodia puede venir atribuido:

a) Por el *derecho* del Estado en el que el menor residía habitualmente inmediatamente antes de su traslado o retención, incluyendo su sistema de DIPr. Es ésta una previsión lógica, pues el art. 3 opera en el plano del “conflicto de sistemas”. En efecto, la misión de este precepto no es indicar la *ley aplicable* a una situación privada internacional, sino el *sistema de DIPr*: aplicable al caso (A.E. ANTON, G. CARELLA). Se tratará, entonces de un *título legal* de custodia. El auto AP Zaragoza 30 noviembre 1999 aborda un caso de este tipo: la custodia correspondía a ambos progenitores según el derecho de California, —incluyendo su DIPr.—, cuando dos menores fueron sustraídas por su madre española y trasladadas a Zaragoza: el traslado es ilícito.



b) Por una *decisión judicial o administrativa* recaída en el Estado de origen, dictada por los jueces de este país, —que será lo más normal—, o por tribunales de terceros estados reconocida o no en el país de residencia habitual del menor pero que aplique regularmente (B. STURLESE, E. PÉREZ VERA).

c) Por un *acuerdo (Sorgerechtsvereinbarung)* que tenga efecto legal en el Estado de origen y concluido entre los padres del menor. Si dicho acuerdo debe estar visado u homologado por autoridades del país de origen del menor, es algo que decide el derecho de tal país. Debe ser un acuerdo con fuerza obligatoria según el derecho de dicho país, incluyendo sus normas de DIPr.

En los tres casos, el derecho de custodia debe ejercitarse *de modo efectivo* en el momento en el que se produce el desplazamiento del menor. Visto que hay que aplicar y probar el derecho del país de residencia habitual del menor, el art. 14 del convenio autoriza a una *aplicación de oficio* de tal derecho; la autoridad podrá, incluso, utilizar su conocimiento privado de dicha legislación.

Por tanto, el convenio comprende los secuestros producidos con posterioridad a la decisión judicial de atribución de la custodia, —*following a court order*—, y los producidos antes de dictarse la resolución del órgano judicial —*prior to the court order*— (auto AP Zaragoza 31 mayo 1996), siempre que en este caso, ello infrinja la custodia del menor según el derecho del Estado de origen o un acuerdo entre los padres del menor.

**24.** 4º) El convenio persigue el restablecimiento del *derecho de custodia*. Éste comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia (art. 5). Para restablecer este derecho de custodia, se utilizará la *acción directa de retorno del menor* establecida en el convenio. Esta acción puede emplearse en los siguientes casos:

a) Cuando un progenitor que tiene otorgada la custodia, y ésta se ve vulnerada porque el otro progenitor, —que tiene otorgado el derecho de visita—, aprovecha un período de visita para sustraer al menor y trasladarlo a otro país.

b) Cuando ambos progenitores ejercen conjuntamente y por mandato legal o judicial, la custodia del menor, y uno de ellos traslada al menor a otro país, privando al otro progenitor del ejercicio del derecho de custodia.

c) Un caso especial se presenta cuando un progenitor traslada al menor a otro país y dicho progenitor tiene el derecho de custodia pero limitado judicialmente al territorio de un país —de modo que sólo puede trasladar al extranjero al menor con autorización del juez o del otro progenitor—. Cabe afirmar que el progenitor que dispone de un derecho de custodia limitado territorialmente no ostenta el *derecho de custodia* en el sentido del convenio, pues no tiene el derecho a decidir la residencia del menor (art. 5 convenio). Por tanto, si dicho progenitor traslada al menor a otro país, está quebrantando un derecho de custodia que no le pertenece a él, sino a ambos progenitores, por lo que el convenio es aplicable. Cierta doctrina opina, con buena parte de razón, que la asignación de un derecho de custodia *espacialmente limitado a un país* es contraria al espíritu del convenio, que reposa en la idea de “enriquecimiento multicultural” del menor y en la confianza entre los estados miembros (A. DYER, B. ANCEL, E. PÉREZ VERA).

El convenio garantiza también la organización y ejercicio efectivo del *derecho de visita*. Se entiende por tal el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual. Pero cuidado: la acción de retorno del menor sólo puede utilizarse si se ha vulnerado el *derecho de custodia*. Si se ha vulnerado el derecho de visita, se activa el art. 21 del convenio: las autoridades centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

**25.** Las reglas básicas de funcionamiento del convenio pueden sintetizarse en las siguientes.

**26.** 1º) *Establecimiento de un órgano de enlace entre los estados: las autoridades centrales.* Cada Estado designa sus autoridades centrales (art. 6). Éstas se encargan de localizar a los menores en los

estados partes, de garantizar su devolución al Estado de origen o de la “organización efectiva” del derecho de visita (B. DESCHENAUX). Para ello, puede colaborar con otras autoridades centrales, suministrar información sobre la situación del menor, abrir un procedimiento administrativo o judicial para asegurar su restitución o garantizar el derecho de visita (art. 7.a-i). En España, la autoridad central es la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

**27. 2º) Requisitos que debe reunir la “solicitud de repatriación del menor”.** Son extremadamente sencillos. Se reducen, básicamente, a indicaciones sobre la identidad de todas las partes afectadas, los motivos que llevan a reclamar el retorno del niño y las informaciones disponibles sobre el lugar de residencia de éste (art. 8.2.a-g).

**28. 3º) Restitución del menor y motivos para denegar dicha restitución.** Deben distinguirse dos supuestos.

a) En el caso de que haya transcurrido *menos de un año* desde que se produjo el traslado o la retención ilícita del menor, la autoridad competente del Estado parte está obligada a ordenar la *inmediata restitución del menor a su Estado de origen* (art. 12.1). El momento inicial del cómputo en el caso de *traslado* es el primer acto destacado de infracción del derecho de custodia. En el supuesto de *retención*, el cómputo se inicia una vez transcurrido el plazo acordado para tener consigo al menor (J. PIRRUNG). El momento final es el momento de presentación de la solicitud de retorno. No obstante, existen ciertas *causas* que permiten denegar la restitución del menor, por lo que este convenio, a diferencia del Convenio de Luxemburgo, no establece una *restitución de plano* del menor ilícitamente trasladado al extranjero:

(1) Cuando se demuestra que quién ostentaba la custodia, no la ejercía de hecho o que consintió el traslado o retención (art. 13.a). Ello debe ser probado por la parte que lo invoca (M. SUMAMPOUW). El consentimiento al traslado puede ser *expreso* o *implícito*, pero debe ser *cierto*. El supuesto concurría en el auto AP Barcelona 21 abril 1997, aunque el juzgador no lo apreció así y denegó la restitución por otros motivos de muy dudosa concurrencia.

(2) Que existe un grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un *peligro físico, psíquico o le coloque en una situación intolerable* (art. 13.b).

Es el juez del Estado donde se encuentra ahora el menor el que debe apreciar esta causa de no-restitución. La circunstancia de *peligro para el menor* ha sido un motivo frecuentemente empleado para oponerse a un nuevo traslado y generado una numerosa y prolija jurisprudencia en numerosos países. Se han apreciado circunstancias tan heterogéneas como el peligro, tras su regreso, de malos tratos o abusos sexuales, la inidoneidad del solicitante por ser alcohólico o consumidor habitual de drogas o que padece profundas depresiones, la separación de sus hermanos, con los que mantenía una muy estrecha relación personal, etc. Otras causas se han desestimado: por ejemplo, la pertenencia del titular de la custodia a una asociación que practica la “medicina alternativa”.

La decisión del tribunal al respecto debe poderse recurrir, pues el convenio presume que la mejor solución es el retorno del menor (J. PIRRUNG).

Por ello, la “situación de peligro” debe ser interpretada, siempre, *restrictivamente* (SAP Málaga 7 octubre 1996, auto AP Zaragoza 31 mayo 1996), debe quedar fundada en un peligro *actual*, no sólo *potencial*, y debe ser probada *in casu*. De todos modos, una cierta *prospectiva* es siempre necesaria: se trata de impedir el retorno del menor para evitar un peligro que *ocurriría* si se produce dicha restitución al país de origen.

(3) Que *el menor se oponga a su restitución*, siempre que éste haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones (art. 13.b.II). Los tribunales deben apreciar, teniendo presentes las circunstancias del caso concreto y ante el silencio al respecto del convenio, dos cuestiones: (a) Si el menor puede expresar *libremente* sus opiniones, sin presiones ejercidas por el secuestrador o el entorno; (b) Si el menor ha alcanzado un “grado de madurez” suficiente.

(4) “Cuando no permitan [la restitución del menor] los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” (art. 20).

Es ésta, indica J. PIRRUNG, una “cláusula limitada de orden público” (*beschränkte ordre public-Klausel*): reduce el recurso a esta cláusula a los supuestos en que hay una vinculación estrecha con los principios fundamentales del Estado sobre protección de derechos humanos y libertades fundamentales, como, *ad ex.*, la libertad de religión (H.P. MANSEL). El art. 20 fue utilizado en el auto AP Barcelona 21 abril 1997: una española trajo consigo a la hija de ambos cuya custodia compartía con un israelí, desde Israel a España. Para penalizarla, un tribunal rabínico israelí otorgó definitivamente la custodia del menor al padre sin tener en cuenta para nada el *interés del menor*, y con base a criterios como la raza y la religión del progenitor israelí. Por ello, la AP Barcelona niega la restitución del menor, porque ello supondría lesión del “interés del menor” entendido como uno de los “principios fundamentales del Estado sobre protección de derechos humanos y libertades fundamentales”.

b) En el supuesto de que haya pasado *más de un año*, se dispondrá la restitución del menor (art. 12.2), pero cabe oponerse a dicha restitución sobre la base de todas las causas antes citadas más una añadida: que “*quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio*” (art. 12.2). Este hecho lo debe *probar* la parte que se opone a la restitución del menor. No tiene sentido restituir a un menor cuando ha transcurrido un largo período de tiempo y se haya ya integrado en otro país, pues ello dañaría el interés del menor, como se aprecia en el auto AP Zaragoza 30 noviembre 1999. Esta causa ha sido muy criticada por un dato: desde que se inicia el procedimiento hasta que se acuerda la devolución del menor pueden transcurrir varios años, tres o cuatro. Sin embargo, si la solicitud de retorno se presentó en el plazo del año, el juez del Estado requerido no podrá utilizar el art. 12.2 del convenio y negar la restitución por “adaptación al nuevo país”. En la práctica, los tribunales, cuando aprecian ese dato, indican que existe *peligro grave* o *situación intolerable* para el menor y deniegan su restitución refugiándose en el art. 13.b del convenio.

## 29. Véanse algunos casos de funcionamiento del convenio:

Ejemplo 1: Un juez francés dicta sentencia de divorcio entre cónyuges francés él y española ella. El hijo de ambos, de 7 años, se confía la custodia del padre francés. La madre española, aprovechando una de las visitas que realiza a su hijo en Francia, lo trae consigo a Castellón. ¿Es aplicable el Convenio de La Haya de 1980? Sí lo es, porque el hijo es menor según el concepto del convenio, —tiene menos de 16 años—, el traslado del menor se produce entre Estados partes, —tanto España como Francia lo son—, el padre desea el retorno del hijo al país de su residencia habitual y el traslado es *ilícito*, pues existe una sentencia que acordaba la custodia del menor a favor del padre. Éste se dirigirá a la autoridad central española, que localizará al menor e instará un procedimiento judicial para acordar el retorno del menor a Francia. Si ha transcurrido menos de un año desde el traslado ilícito, el juez español acordará su restitución inmediata. Pero la madre española puede alegar *ciertos motivos* para negarse a la restitución, por ejemplo, que el padre es alcohólico habitual, lo que entraña “peligro para el menor” (art. 13 convenio). Si la solicitud de retorno se presenta trascurrido más de un año del desplazamiento, es usual alegar el art. 12 del convenio: la integración del menor en su nuevo medio (país) impediría la restitución a Francia.

Ejemplo 2: Un padre español sustrae a sus hijos desde Suiza a España, donde insta la separación matrimonial y la atribución de la custodia de los hijos a su favor. A su vez, la madre requiere a la autoridad central española el retorno a Suiza de los hijos secuestrados, según el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980. El proceder correcto consiste en resolver, en primer término, sobre si procede o no el retorno de los hijos a Suiza con arreglo al Convenio de La Haya de 1980: art. 16. Sólo en caso de denegación de la restitución, podrá entrarse en la cuestión de fondo de la atribución de la custodia. Pero si con arreglo al convenio se acuerda su restitución, ésta será teóricamente, “inmediata”, y se dice teóricamente, porque pueden alegarse ciertas causas de denegación del retorno. Los tribunales españoles no pueden entrar en el fondo

de la cuestión: guarda y custodia, visita, patria potestad, etc. Es el caso que resolvió la STS 22 junio 1998.

**30.** En el análisis de la jurisprudencia española y su aplicación del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980, pueden distinguirse dos etapas:

1º *Primera etapa: errores pasados en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980.* Varios datos deben subrayarse: a) Un conjunto de decisiones entendió, erróneamente, que el convenio de 25 octubre 1980 era un convenio de “colaboración judicial”, y no un convenio de *restitución de menores*, verdadera naturaleza de este instrumento. Por tanto, estas resoluciones entienden que el órgano jurisdiccional extranjero les solicita un acto de “auxilio judicial internacional”, cuando lo que se intenta es, simplemente, el inmediato *retorno del menor* al país de su residencia habitual, país del que ha sido desplazado ilícitamente: ATS 11 mayo 1989, ATS 15 junio 1989, ATS 16 junio 1989 ATS 19 julio 1989, ATS 25 julio 1989, ATS 14 diciembre 1989; b) Las autoridades españolas abusaron del recurso a cláusulas excepcionales previstas por el convenio con el fin de denegar o dilatar innecesariamente el retorno del menor que se encuentra en España a cargo de un nacional español. Se apoyaban en un difuso y mal entendido “interés del menor” en la materia. Para reforzar este pretendido “interés del menor” se ha acudido a una “sobreevaluación” del peso específico de los “informes psicológicos” relativos al menor, así como a una sobredimensión de la “opinión del menor” en cuestión. No debe extrañar esta actitud en un país como España, lo que no quiere decir que pueda justificarse. En efecto: nuestro país es un habitual “receptor” de menores ilícitamente trasladados. Esta situación es resultado del retorno de emigrantes españoles que lo fueron en países extranjeros. La oscuridad de la letra, —y los errores de traducción—, del convenio de 25 octubre 1980, han servido en ocasiones como “cubierta legal” a decisiones injustificables desde un punto de vista jurídico. Siguen esta errónea dirección: SAP Burgos, Sec.3ª, 24 enero 1991, auto AP Granada, Sec.3ª, 9

diciembre 1993, SAP Almería 27 octubre 1993, auto AP Oviedo 18 febrero 1992, auto AP Zaragoza, Sec.2ª, 28 marzo 1994 SAP Castellón, Sec.2ª, 24 diciembre 1994, auto AP Cádiz, Sec.3ª, 17 mayo 1995; c) Algunas resoluciones utilizaron este convenio como un mecanismo para el “reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras” en materia de derechos de guarda y visita, algo ajeno al objetivo del convenio: *vid.* autos TS 24 abril 1989; d) Se ha dudado así sobre cuáles son los órganos competentes para ordenar la restitución del menor al país extranjero, como se aprecia en la SAP Barcelona 14 julio 1992. También han surgido dudas sobre la necesidad de intervención del Ministerio Fiscal en estas actuaciones: el auto JPI núm.3 Estepona 18 noviembre 1992 respondió negativamente al interrogante. Estas dudas se han superado con la introducción, en 1996, de los nuevos arts.1901-1909 LEC 1881.

2º *Segunda etapa: criterios actuales en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980.* Dos datos debe remarcar: a) Actualmente los tribunales españoles han tomado conciencia de la auténtica naturaleza y objetivos del convenio: su propósito es “la restitución del menor reclamado a su residencia habitual (...), [y] evitar la utilización de los hijos menores por sus progenitores en situaciones de crisis matrimoniales (...) el interés del menor según el convenio consiste en su retorno inmediato al lugar en el que tenía su residencia habitual” (auto JPI núm.3 Estepona 18 noviembre 1992); a) Cada vez son más las decisiones que adoptan un prisma no-nacionalista en el tratamiento de la cuestión, de modo que se han ponderado con justicia la opinión de los menores, los informes psicológicos. En suma, cada vez son más numerosas las decisiones que, en interés del menor, acuerdan su retorno al país de origen e interpretan de modo *muy restrictivo* los motivos de denegación de la restitución del menor a su país de origen: auto AP Valencia, Sec.8ª, 16 octubre 1993, auto AP Málaga 4 octubre 1993, auto AP Zaragoza, Civil, 31 mayo 1996, auto AP Vizcaya, Civil, 24 octubre 1996, SAP Málaga de 7 octubre 1996.



**31.** Para concluir, debe dejarse claro que los supuestos de secuestro internacional de menores revisten una extraordinaria complejidad. Por ello, en ocasiones, cualquier solución, —retorno del menor o denegación de dicho retorno—, es una solución de *baja calidad jurídica*. Se trata, entonces, de elegir la *vía menos detestable*. Por ello, esta jurisprudencia es siempre contestable, inestable, discutible... Así, por ejemplo, en el caso que trata el auto AP Palencia de 1º julio 1997 se deniega la restitución del menor a Alemania, en cumplimiento de resolución dictada por autoridades de dicho país, aludiendo al art. 13.b del Convenio de La Haya de 1980: “grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”.

La razón es que el padre del menor, de nacionalidad griega, —y que ahora solicita la restitución del menor a Alemania—, había trasladado, de hecho, y precedentemente, a otro hijo de la pareja desde España a Grecia. Existían sospechas de que lo mismo pudiera ocurrir con el segundo hijo de la pareja... Pero para evitar un “secuestro ilícito de menores” por parte del padre desde España a Grecia, la audiencia no ve más salida que consolidar el precedente “secuestro ilícito” llevado a cabo por la madre desde Alemania a España... Como afirma la doctrina norteamericana, *Hard Cases Make Bad Law*: de los *casos difíciles* nace un *derecho de baja calidad*.

**32.** Los aspectos procesales para la restitución del menor a país extranjero se regulan en los arts. 1901-1909 LEC 1881, todavía en vigor según la Disp. derogatoria 1.1ª LEC 2000. Estos preceptos fueron redactados por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de protección jurídica del menor, y se ocupan de las “Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional” en los “supuestos en que, siendo aplicable un convenio internacional, se pretenda la restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícita...” (art. 1901 LEC). Por tanto estos preceptos son aplicables en dos supuestos: 1º En los casos previstos en el art. 8 del Convenio de Luxemburgo de 20 mayo 1980, en los

que no hay *exequatur* sino “orden de restitución inmediata del menor”; 2º En todos los supuestos en que opera el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980, cuyo único objetivo es la restitución del menor. Sobre el régimen establecido por estos preceptos cabe destacar estos extremos:

1º Corresponde la competencia al juez de primera instancia en cuya demarcación judicial se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos.

2º Puede promover el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuido el derecho de custodia del menor, la autoridad central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad.

3º Interviene el Ministerio Fiscal. Los interesados podrán actuar bajo la dirección de abogado.

4º La tramitación del procedimiento tendrá carácter preferente y deberá realizarse en el plazo de seis semanas desde la fecha en que se hubiere solicitado ante el juez la restitución del menor.

5º El procedimiento se basa en los siguientes pasos: a) A petición de quien promueva el procedimiento o del ministerio fiscal, el juez podrá adoptar una medida provisional de custodia del u otra medida de aseguramiento que estime pertinente; b) Se presentará solicitud para el retorno del menor acompañada por la documentación exigida por el correspondiente convenio internacional; c) 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, 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 si accede voluntariamente a la restitución del menor o si se opone a la restitución por concurrir alguna causa establecida en el correspondiente convenio;

d) Si no comparece el requerido, el procedimiento sigue en rebeldía: se celebra una comparecencia en plazo no superior a cinco días y se tomarán las medidas provisionales pertinentes. Se oirá al solicitante y al Ministerio Fiscal y en su caso y separadamente, al menor sobre su restitución. En el plazo de dos días tras la

comparecencia, el juez resuelve mediante auto si procede o no la restitución, teniendo en cuenta el interés del menor y los términos del correspondiente convenio; e) Si comparece el requerido y accede a la restitución del menor, se levantará acta. El juez, mediante auto, acordará la conclusión del procedimiento y la entrega del menor al titular del derecho de custodia; f) Si comparece el requerido y formula oposición a la restitución del menor, se ventilará la oposición ante el mismo juez por los trámites del juicio verbal. Se cita a todos los interesados y al Ministerio Fiscal. Pueden practicarse las pruebas necesarias en una comparecencia a celebrar en un plazo no superior a cinco días a contar desde la primera comparecencia. Tras la primera comparecencia el juez oír, en su caso, separadamente al menor sobre su restitución y podrá recabar los informes que estime pertinentes. El juez dictará auto dentro de los tres días siguientes, resolviendo, en interés del menor y en los términos del convenio, si procede o no su restitución. Contra dicho auto sólo cabrá recurso de apelación en un solo efecto, que deberá resolverse en el improrrogable plazo de veinte días. Si el juez acuerda la restitución del menor, en el auto se establecerá que la persona que trasladó o retuvo al menor abone las costas del procedimiento así como los gastos en que haya incurrido el solicitante, incluidos los del viaje y los que ocasione la restitución del menor al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción.

El *recurso* previsto en el art. 1908 LEC 1881 carece en buena parte de sentido porque es un recurso “a un solo efecto”: si se ha ordenado restituir al menor en primera instancia, el menor será devuelto a su país de origen, de modo que el recurso queda vacío de contenido, como dice el auto AP Madrid 4 diciembre 1998. Lo que no puede hacer el órgano que conoce en apelación es “no entrar a conocer del caso” argumentando, precisamente, que el recurso ha quedado vacío de contenido. En definitiva: el órgano competente para resolver la apelación debe entrar a conocer del caso, aunque el menor haya sido devuelto, como ha establecido la STC 120/2002 de 20 mayo: si existe el recurso, el órgano judicial debe resolver sobre el fondo si o se quiere infringir la *tutela judicial*

*efectiva*. De todos modos, esta solución es poco realista: si el menor ha sido restituido a su país de origen, ¿de qué vale ahora declarar que no procede su restitución? La solución que parece más convincente es ejecutar *parcialmente* el auto dictado en primera instancia, de modo que se entregue el menor al peticionario de la restitución pero con la prohibición de que el menor sea desplazado fuera de España, como propone muy acertadamente M. HERRANZ BALLESTEROS sobre la base del art. 528 LEC 1/2000. Todo ello a falta de una solución mejor. Otras soluciones podrían ser: a) Las llamadas *mirror image orders*: se trata de resoluciones que ordenan al tribunal del Estado donde reside el menor y al que ha sido devuelto, que proceda a restituir al menor al otro Estado si el recurso de apelación es favorable a la permanencia del menor en el Estado al que ha sido desplazado; b) Establecer el recurso en ambos efectos, lo que puede, sin embargo, retrasar la devolución del menor al Estado de su residencia habitual, lo que no es deseable; c) Eliminar el recurso contra el auto dictado en primera instancia, algo que no parece muy oportuno, pues la regla general debe ser la restitución del menor a su país de origen.

#### 4. RELACIONES ENTRE LOS CONVENIOS DE LUXEMBURGO (1980) Y LA HAYA (1980)

**33.** Tanto el art. 19 del Convenio de Luxemburgo de 1980, como el art. 34.2 del Convenio de La Haya de 1980, apuntan a una misma solución: la aplicación de *la norma más favorable* para el restablecimiento de la situación anterior al secuestro (*Günstigkeitsgrundsatz*). De ellos, se infiere fácilmente una consecuencia: se puede solicitar la *aplicación simultánea* de los dos convenios internacionales (J. PIRRUNG), o bien se puede pedir, por la parte o acordar por el juez, la aplicación del convenio más favorable a la restitución del menor.

El *principio de la norma más favorable* a la restitución del menor permite recurrir a cualquier norma, ya sea convencional o interna

del Estado requerido y ya sea multilateral o bilateral, referida a la sustracción internacional de menores o al reconocimiento de decisiones judiciales en general, si ello, *in casu*, resulta favorable. Esta hipótesis es posible pero poco probable, porque los convenios aludidos disponen de mecanismos más apropiados para el retorno del menor secuestrado que los que suelen contener las legislaciones nacionales de producción interna.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. *Doctrina española*

AA.VV., *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, Toledo, 1993.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Nuevas 'medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional' en la LEC", *REDI*, 1996, págs. 504-506.

ID., "El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el TS", *RJ La Ley*, 1998, págs. 2207-2211.

*BIMJ*, Supl. al n° 1865 de 15 marzo 2000, con texto del convenio e informe explicativo del mismo.

BORRÁS, A., *El 'interés del menor' como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado*, Barcelona, 1993.

A.-L. CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Problemas de secuestro internacional de menores", *AC*, 1998, n° 21, 25/31 mayo 1998, págs. 481-527.

ESPINAR VICENTE, J.M., "Comentario a la sent. 604/1998 de la Sala 1ª TS, Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del art. 16 del Convenio de La Haya de 1980", *Act. Civil*, 1999-2, págs. 31-47.

HERRANZ BALLESTEROS, M., "La sustracción internacional de menores. A propósito de la STC 120/2002, de 20 mayo 2002", *RDP*, octubre 2002, págs. 754-770.

- MARÍN LÓPEZ, A., “El convenio europeo sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores”, *ADI*, VII, 1983-1984, págs. 211-226.
- MIRALLES SANGRO, P.P., *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de La Haya de 1980*, Madrid, 1989.
- TRINIDAD GARCÍA, M.L., “Un caso de retención ilícita de menores por parte de padre nacional español”, *RJ La Ley*, n° 3532, 1994, págs. 1-8.

## 2. Doctrina extranjera

- CARELLA, G., “La convenzione dell’Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori”, *RDIPP*, 1994, págs. 777-794.
- CHATIN, L., “Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé”, *TCFDIP*, 1981-1982, págs. 107-138.
- DESCHENAUX, B., *L’enlèvement international d’enfants par un parent*, Berne, 1995; A. DYER, “International Child Abduction by parents”, *RCADI*, 1980, vol. 168, págs. 231-268.
- FALLON M.; LHOEST, O., “La Convention de La Haye sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants. Entrée en vigueur d’un instrument éprouvé”, *RTDF*, 1999, n° 1, págs. 7-53.
- GÜLICHER, A., *Internationale Kindesentführungen - Das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen vom 25. Oktober 1980 und das Europäische Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts vom 20. Mai 1980*, Göttingen, 1993.
- HAMILTON, C.; EVERALL, M., *International child abduction*, London, 1994; M. KRUGER, “Das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung”, *MDR*, 1998, págs. 694-697.
- LOWE, N., “Problems relating to access disputes under the Hague Convention on international child abduction”, *Int. Journal of Law and the Family*, 1994, págs. 374-385.

- MCCLEAN, “*The Hague Child Abduction Convention - the Common Law Response*”, *NILR*, 1993, pág. 67 sigs.
- MOSCÓN, F.; RINOLDI, D. (eds.), *La sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore. Studi e documenti sul ‘kidnapping’ internazionale*, Padova, 1988.
- PIRRUNG, J., “*Übereinkommen bei Kindesentführung und zu sonstigen grenzüberschreitenden Sorgerechtsfragen*”, en J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR. Kindschaftsrechtliche Übereinkommen; Art 19 EGBGB, 13<sup>a</sup> revisión*, Berlin, 1994, págs. 215-230.
- SACCHETTI, L., “*Le convenzioni internazionali di Lussemburgo e dell’Aja del 1980. Confronto e problematiche giuridiche*”, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1997, págs. 1495-1527.
- SALZANO, A., *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell’affidamento e del diritto di visita*, Milano, 1995.
- SHAPIRA, A., “*Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases*”, *RCADI*, 1989, vol. 214, págs. 127-250.
- R. SCHUZ, R., “*The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law*”, *ICLQ*, 1995, págs. 771-803.
- SUMAMPOUW, M., *Les nouvelles Conventions de La Haye. Leur application par les juges nationaux*, t. V, The Hague/Boston/London, 1996.