

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Referencia: FIS-C-2015-00006

ÍNDICE

1. Introducción 1.1 Ideas generales 1.2 Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2. Marco jurídico general 3. El papel del Fiscal en los procedimientos de sustracción internacional de menores. 4. El sistema del Convenio de La Haya de 1980 4.1 Ideas generales 4.2 Principios 4.2.1 El principio del superior interés del menor 4.2.2 El principio de celeridad 4.2.3 El principio de prohibición de decisión sobre el fondo 4.2.4 El principio de especialización 4.3 Trámites básicos 4.4 Conceptos fundamentales 4.4.1 Concepto de traslado ilegal 4.4.2 Concepto de derecho de custodia 4.4.3 Concepto de residencia habitual 4.5 Ámbito subjetivo 4.5.1 Sujeto pasivo de la sustracción 4.5.2 Sujeto activo de la sustracción 4.6 Excepciones al retorno del menor 4.6.1 Ideas generales 4.6.2 Denegación por transcurso de un año 4.6.3 No ejercicio efectivo del derecho de custodia 4.6.4 Consentimiento o posterior aceptación del traslado o retención 4.6.5 Grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro o situación intolerable 4.6.6 Oposición a los principios fundamentales del Estado requerido 4.6.7 La voluntad del menor 4.7 Decisiones “muertas” o “fraudulentas”: carencia de efectos 4.8 Denegación de la restitución y competencia para resolver sobre la atribución de la guarda y custodia 4.9 Imposibilidad sobrevenida de ejecutar la orden de devolución del menor secuestrado ilícitamente 4.10 Posibilidad de fijar un régimen de visitas en favor del progenitor responsable del traslado ilícito 5. El sistema del Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre 5.1 Ideas generales 5.2 Ámbito de aplicación 5.2.1 Ámbito personal 5.2.2 Ámbito espacial 5.3 Concepto de traslado ilegal 5.4 Modificaciones en relación con las excepciones alegables 5.5 Decisión en última instancia sobre el fondo del asunto 5.6 Prohibición de pronunciamiento sobre el fondo 5.7 Procedimiento 6. El Convenio bilateral con el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997 7. El Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 7.1 Ideas generales 7.2 Excepciones 7.3 Procedimiento 8. Aspectos procedimentales internos 8.1 Cuestiones generales 8.2 Ámbito de aplicación 8.3 Legitimación y postulación 8.4 Procedimiento 8.4.1 Iniciación. 8.4.2 Competencia 8.4.3 Medidas cautelares durante la sustanciación del procedimiento 8.4.4 Comparecencia del demandado 8.4.5 Resolución sin oposición 8.4.6 Contestación 8.4.7 Celebración de la vista. Asistentes 8.4.8 Audiencia del menor 8.4.9 Decisión 8.4.10 Recursos 8.4.11 Ejecución. 8.4.12 Mediación 9. Procedimiento para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional. 10. Autorización judicial del cambio de residencia 11. Medidas cautelares frente a la sustracción internacional de menores 12. Cláusula de vigencia 13. Conclusiones.

1. Introducción

1.1 Ideas generales

La sustracción internacional de menores tiene lugar cuando un menor es trasladado ilícitamente por uno de los progenitores a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, y en aquellos casos en que uno de los progenitores se traslada con el menor para residir en otro país,

tomando tal decisión de forma unilateral y vulnerando el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor.

Dentro de la tipología de los secuestros parentales, la concurrencia del elemento transnacional genera el supuesto más grave, pues las dificultades para restablecer el *status quo* anterior son mucho mayores, entre otras cosas porque quien así actúa es normalmente ciudadano del país de refugio y lo que pretende con su actuación es crear un fuero artificial para que la contienda sobre la custodia se resuelva conforme a sus intereses. Esta búsqueda de unos Tribunales *ad hoc*, favorecedores de las posiciones de los secuestradores, es especialmente dramática en supuestos en los que los progenitores son no solo de distintas nacionalidades sino pertenecientes a distintas culturas o civilizaciones.

Las estadísticas ponen de relieve un incremento en las cifras de este fenómeno.

El denominado “nacionalismo jurídico”, entendiendo por tal la tendencia a amparar al sustractor por parte de las autoridades de su misma nacionalidad por entender que en el país de recepción va a estar mejor, ha sido desde siempre un factor que ha alentado la comisión de sustracciones. El recurso retórico al interés del menor para rechazar el retorno esconde en ocasiones esta mentalidad profundamente perturbadora.

El Informe Explicativo del Convenio nº XVIII de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980 (el denominado informe Pérez Vera) delimita el tema con precisión: “las situaciones consideradas resultan del uso de vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia de un menor”.

El secuestro -en principio- puede llevarse a cabo tanto por el progenitor no custodio que disfruta de un régimen de visitas, como por el progenitor que tiene la custodia en exclusiva y por el progenitor que comparte custodia.

En estos casos, sin instrumentos convencionales eficaces, la conculcación del derecho del niño a relacionarse con ambos progenitores puede ser irreversible. En efecto, la existencia de secuestros internacionales de menores exige una respuesta desde la cooperación internacional. Cualquier otra perspectiva resulta avocada al fracaso.

El Defensor del Pueblo en su Recomendación 65/1999, de 17 de noviembre, *sobre sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores* considera que el traslado o la retención en otro país de un menor por uno de sus progenitores sin el consentimiento del otro constituye un acto de violencia que afecta de forma especial al niño, el cual es utilizado como objeto de presión entre sus padres, enfrentándolo a cambios bruscos de tipo social y familiar, privándole del afecto y de la relación de la familia con la que convivía. Las alteraciones psíquicas y afectivas del niño, su necesidad de adaptarse al nuevo entorno y la búsqueda de una seguridad que le evite un nuevo cambio le llevan con frecuencia, cuando la restitución no es inmediata, a expresar su rechazo hacia el progenitor con el que convivía.

En efecto, debe tenerse presente que estos secuestros generan graves repercusiones psicopatológicas tanto en el menor como en el progenitor privado de las relaciones con el hijo.

Por todo ello es imprescindible dar una respuesta eficaz desde la Administración de Justicia. Desde las Oficinas de atención a las víctimas se ha censurado la no información a la víctima de la posibilidad de acudir a la vía civil y en su caso a la promoción de la aplicación de los Convenios Internacionales cuando se archiva un procedimiento penal.

Los Sres. Fiscales deberán evitar en la medida de sus posibilidades tales manifestaciones de victimización secundaria, promoviendo la información de las víctimas, en la línea de las previsiones de la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, *sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal*. En los casos en los que un menor con residencia habitual en España sea trasladado a un tercer país, en esa función de tutela de víctimas, los Sres. Fiscales procurarán que las mismas sean informadas de las posibilidades de acudir a la Autoridad central española para articular la correspondiente reclamación.

En este contexto, en aras del fortalecimiento de la especialización y eficacia, la Fiscalía General del Estado ha considerado conveniente dar pautas de actuación unificadas para las Fiscalías provinciales, en una materia ciertamente compleja que además da lugar a procedimientos en los que el interés superior del menor, en su vertiente sustantiva y la celeridad, en su dimensión procesal, deben ser absolutamente prioritarias.

Debe partirse de que, a salvo los supuestos en que los hechos sean constitutivos de delito, la intervención del Ministerio Fiscal en asuntos civiles de sustracción internacional solamente tiene lugar cuando España es el país al que el menor ha sido trasladado.

Las derivaciones que estos casos de sustracción de menores pudieran generar desde el punto de vista de la cooperación jurídica internacional podrán consultarse con los Fiscales delegados de cooperación, la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado y los puntos de contacto Fiscales de la Red Judicial Europea en materia civil.

1.2 Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La vinculación de la sustracción internacional de menores con los derechos fundamentales, y concretamente con el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos

Humanos de 4 de noviembre de 1950 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Puede sintetizarse esta jurisprudencia en los siguientes puntos:

1) El art. 8 CEDH tiene por objeto la protección del individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, generando obligaciones positivas que son inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. En el caso de los secuestros internacionales de menores, ello “comprende el derecho de un padre a las medidas adecuadas para reunirlo con su hijo y la obligación para las autoridades nacionales de adoptarlas” (SSTEDH de 25 de enero de 2000, Ignaccolo-Zenide contra Rumanía; de 27 de octubre de 2011, Bergmann contra Chequia; de 24 de mayo de 2011, Saleck Bardi contra España; de 22 de septiembre de 2009, Stochlak contra Polonia).

2) Las obligaciones positivas que impone el art. 8 CEDH en lo que se refiere a reunir a un progenitor con su hijo deben interpretarse a la luz de la Convención de Derechos del Niño y el Convenio de La Haya de 1980 (STEDH de 22 de diciembre de 2009, Tapia Gasca y D. contra España).

3) El principio de celeridad es fundamental: la adecuación de una medida debe ser juzgada por la rapidez de su implementación, en tanto el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en la relación entre los niños y el padre que no vive con ellos (SSTEDH de 21 de septiembre de 2010, Mijušković contra Montenegro; de 22 de diciembre de 2009, Tapia Gasca y D. contra España).

En este ámbito los procedimientos ineficaces o incursos en dilaciones pueden generar la violación del art 8 CEDH (STEDH de 1 de diciembre de 2009, Eberhard y M contra Eslovenia).

La jurisprudencia del TEDH ha llegado a acuñar el denominado principio de diligencia excepcional, con el que subraya la obligación de los Estados de resolver los procedimientos sobre menores con celeridad teniendo en cuenta que el paso del tiempo puede derivar en una resolución *de facto* de la cuestión (vid. STEDH de 17 de enero de 2012, Kopf y Liberda contra Austria).

4) El concepto del superior interés del menor debe ser primordial en los procedimientos que establece el Convenio de La Haya (STEDH de 26 de octubre de 2010, Raban contra Rumania). Generalmente el interés superior del menor se identifica con el mantenimiento de los lazos familiares con ambos padres (STEDH de 13 de julio de 2010, Fușcă contra Rumania).

5) Aunque el objetivo primario del art 8 es la protección individual frente a acciones arbitrarias por parte de las autoridades públicas, hay además obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. En ambos contextos, debe darse consideración a un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la comunidad como un todo (STEDH de 1 de diciembre de 2009, Eberhard y M contra Eslovenia).

6) Debe partirse de que el derecho a relacionarse con los hijos, y el derecho de visitas en caso de no convivir se integra en el derecho a la vida familiar reconocido en el art 8 CEDH. El disfrute mutuo de la compañía de padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar (SSTEDH de 21 de septiembre de 2010, Mijušković contra Montenegro; de 1 de diciembre de 2009, Eberhard y M contra Eslovenia).

7) La no ejecución de la orden de retorno del menor secuestrado puede determinar la condena del Estado responsable, por violación del art 8 CEDH (STEDH de 26 de julio de 2011, Shaw contra Hungría).

En los casos concernientes a la ejecución de decisiones en la esfera del Derecho de Familia, el Tribunal ha resuelto repetidamente que lo decisivo es si las autoridades nacionales han adoptado los pasos necesarios para facilitar la ejecución como puede ser requerido razonablemente en las circunstancias especiales de cada caso (STEDH de 1 de diciembre de 2009, Eberhard y M contra Eslovenia).

La STEDH de 8 de enero de 2003, PP contra Polonia, condena a ésta por violación del derecho del demandante al respeto a su vida familiar por no haberse adoptado sin dilación todas las medidas que cabía razonablemente esperar para ejecutar la orden de retorno de las niñas y ejecutar el derecho de visita del demandante. Para el TEDH el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para la relación entre el hijo y el padre que no vive con el niño.

8) El restablecimiento del contacto con un niño en estas circunstancias delicadas requiere esfuerzos a largo plazo para todas las partes implicadas, incluido el demandante (STEDH de 13 de julio de 2010, Fuşcă contra Rumania).

9) Aunque las medidas coercitivas no son deseables en este área tan sensible, el uso de sanciones no debe ser descartado frente a comportamientos antijurídicos por el progenitor con el que los niños viven (STEDH de 13 de abril de 2010, Krivošej contra Serbia).

10) Es necesario evitar a los menores el denominado “conflicto de lealtades” (STEDH de 17 de enero de 2012, Kopf y Liberda contra Austria) (vid. epígrafe 4.6.7).

2. Marco jurídico general

El pilar básico que debe sostener todo el edificio normativo dedicado a la sustracción internacional de menores descansa en el derecho de todos los niños a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés (art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, (en adelante CDN).

Igualmente, son esenciales el principio del superior interés del menor, el derecho del menor a una familia (arts. 20 y 21 CDN), la primacía del papel de la familia con relación a las autoridades públicas (art. 5 CDN) y el derecho del menor a que se tenga en cuenta su opinión en los procedimientos que le afecten (art. 12 CDN).

Expresamente el art. 10.2 CDN dispone 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.

La CDN aborda específicamente el secuestro de menores en los arts. 11 y 35, instando a los Estados para adoptar medidas tendentes a evitarlo. Este es el punto de conexión entre la CDN y los distintos convenios que velan por la rápida restitución del menor.

En la misma línea de la CDN cabe destacar el artículo 34 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, conforme al que “todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”.

También en el ámbito del Consejo de Europa el derecho de padres e hijos a relacionarse ha sido reconocido en el art. 8 CEDH.

En el nivel interno, la CE en su art. 39 incorpora como uno de los principios rectores de la política social, económica y jurídica, la protección de la familia y la infancia.

En el Capítulo I del Título VII del Código Civil bajo la rúbrica “de las relaciones paterno-filiales” se desarrollan los deberes y facultades de la patria potestad (art. 154) y el derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos menores aunque no tengan la patria potestad (art. 160).

Debe también tenerse en cuenta que tras la Ley Orgánica 9/2002, de modificación del Código Penal, además de tipificarse como delito algunas de estas conductas, creando una nueva Sección dentro del capítulo III del Título XII del Libro II, se reforman los arts. 103 y 158 CC, de manera que se incorporan medidas cautelares para evitar la consumación de la sustracción.

El texto convencional clave en esta materia es el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, *sobre los aspectos civiles de la Sustracción internacional de Menores* (en adelante CH80), ratificado por España por Instrumento de 28 de mayo de 1987.

Junto al CH80, en el marco del Consejo de Europa, se ha ratificado mediante instrumento de 1 de mayo de 1984 el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, *sobre reconocimiento, y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia* (en adelante CL80). Con este instrumento jurídico, el reconocimiento y la ejecución de sentencias se efectúan con mayor rapidez y sin las formalidades típicas del exequátur.

Estos dos Convenios comparten una misma filosofía: ambos tratan de establecer sistemas rápidos de restitución de menores trasladados ilegalmente, articulando para ello autoridades centrales en todos los países signatarios que se encarguen de agilizar las actuaciones administrativas y judiciales, y circunscribiendo su ámbito subjetivo a los menores de 16 años. La diferencia principal es la de que el CL80 exige que exista una resolución previa que determine el régimen de custodia, mientras que el CH80 no precisa tal resolución para que pueda activarse.

En el ámbito reducido de la Unión Europea es de aplicación el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, que sobre la base del sistema del CH80 introduce especialidades tendentes a reforzar el principio de mutua confianza.

Además para las relaciones con Marruecos contamos con el Convenio *sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores* de 30 de mayo de 1997.

Recientemente el Consejo de Ministros por acuerdo de 11 de septiembre de 2015 autorizó la firma del Convenio sobre las relaciones personales del menor, de 15 de mayo de 2003. El Convenio se orienta a garantizar el ejercicio del derecho de visitas transnacional, define los principios generales que han de aplicarse en toda decisión relativa a las relaciones personales del menor y establece mecanismos para garantizar el correcto desarrollo del régimen de visitas, con el fin de aumentar la confianza de todos los interesados en que los menores serán devueltos al finalizar dichas visitas transfronterizas. En el art. 19 dispone que los apartados segundo y tercero del art. 11 del CL80 no se aplicarán en las relaciones entre Estados parte que sean también parte del Convenio sobre las relaciones personales del menor (posibilidades de decisión sobre el derecho de visitas por parte del Estado Requerido). En su art. 20.1.c) dispone que esta Convención no afecta a la aplicación del CH80. En el art. 20.3 se prevé la aplicación preferente de las normas comunitarias en las relaciones entre miembros de la UE.

Junto a estos textos convencionales y junto al Reglamento, debe analizarse el procedimiento interno vigente en España para implementar de la forma más eficaz y rápida posible las obligaciones asumidas al ratificar estos instrumentos, contenido en el nuevo Capítulo IV bis del Título I del Libro IV de la LEC, integrado por los nuevos artículos 778 quáter a 778 sexies, bajo la rúbrica “medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”.

Este nuevo procedimiento, introducido por la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria* sustituye al anteriormente contenido en la Sección Segunda del Título IV del Libro III de la LEC 1881.

El nuevo marco otorga a este procedimiento el carácter de contencioso y acomoda su tramitación a la relativa a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (según nueva redacción dada al art. 748 LEC 1/2000), con la consiguiente lógica intervención preceptiva del Ministerio Fiscal (art. 749 LEC 1/2000) y estableciendo que no son susceptibles de ejecución provisional las sentencias dictadas en su seno.

Como cuestión metodológica, el CH80 será la base de análisis de la presente Circular, partiendo de su especial relevancia, atendidos el número de países que lo han ratificado y su mayor aplicación práctica, sin perjuicio de examinar también en los epígrafes correspondientes las peculiaridades concurrentes en otros instrumentos convencionales.

Se tendrá en cuenta como elemento interpretativo, el informe Pérez Vera, informe al que se reconoce un gran valor en la práctica al igual que a la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya y a los informes y conclusiones de las reuniones de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya.

3. El papel del Fiscal en los procedimientos de sustracción internacional de menores

Ha de partirse de la función constitucionalmente atribuida al Fiscal de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados” (art. 124 CE). Desde esa definición general se da entrada al Fiscal en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio o menores, “siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor” (art. 749.2 LEC).

El apartado primero del art. 749 LEC, en la redacción dada por Ley 15/2015 reconoce expresamente la legitimación del Fiscal, al establecer que “en los procesos (...) de sustracción internacional de menores (...) será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada”.

El Fiscal interviene como parte imparcial, guardián de la legalidad y defensor de los derechos del menor. Quien debe representar al Ministerio de Justicia en los trámites procesales es el Abogado del Estado.

Debe quedar claro que nuestro ordenamiento no pretende que el Fiscal asuma la función de garantizar el retorno de los menores trasladados ilícitamente a España, pues para tales fines ya se comisiona al Abogado del Estado como representante de la Autoridad Central y garante del cumplimiento de las obligaciones de Derecho Internacional asumidas por España.

En efecto, el Abogado del Estado, como representante del Ministerio de Justicia, de la Autoridad Central en suma, se persona siempre como demandante, y es un inflexible defensor de la filosofía que inspira el Convenio, tendente a lograr la restitución inmediata del menor objeto de la sustracción ilegal interpretando restrictivamente las excepciones a la restitución. Así, el AAP Valladolid, secc. 3ª, nº 127/2005, de 14 de noviembre en un supuesto en el que la parte apelada alegó la falta de legitimación de la Abogacía del Estado para actuar por no ser parte en este procedimiento se declaró que “debemos rechazar tal alegato habida cuenta que el art. 13 LEC habilita la intervención en un procedimiento pendiente de cualquiera que acredite tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito y siendo objeto del mismo la custodia de un niño respecto del cual se está planteando su sustracción internacional es notorio el interés del Estado para salvaguardar su responsabilidad internacional de acuerdo a los convenios suscritos...”.

Al Fiscal se le encomienda asegurar el respeto al superior interés del menor. Conforme al Convenio, en abstracto y como principio general, ese interés se identifica con el retorno al lugar de procedencia, donde el menor tenía su residencia habitual y donde se ha quebrantado el *status quo*. Pero más allá de ese principio general, el Fiscal debe llevar a cabo un cuidadoso examen de las concretas circunstancias concurrentes, pues las mismas pueden exigir otra posición procesal, partiendo de que la concreción del “interés del menor” es incompatible con generalizaciones abstractas, debiendo realizarse *ad casum*. La propia normativa convencional

permite esa singularización al incorporar excepciones a la decisión de retorno, que precisamente se basan en la necesidad de salvaguardar el superior interés del menor.

La dimensión funcional del Fiscal y el reconocimiento de su intervención en el procedimiento para decidir sobre el retorno del menor deben por lógica derivar en un protagonismo de nuestra Institución en la correcta interpretación de la normativa generada para luchar contra los secuestros de menores. El Fiscal, en tanto legitimado para interponer el recurso de casación en interés de Ley, ha conseguido expulsar líneas interpretativas asumidas por Audiencias Provinciales claramente contrarias a la filosofía del Convenio (*vid.* STS nº 604/1988, de 22 de junio).

Descendiendo a cuestiones concretas en relación con la legitimación del Fiscal, se ha discutido si puede plantear *per se* las excepciones al retorno contenidas en los artículos 13 y 20 CH80. Debe reconocérsele tal legitimación autónoma, como protector del superior interés del menor, cuando las excepciones se basen en la apreciación de que existe un grave riesgo físico o psíquico o cuando de cualquier otra manera se entienda que el retorno puede poner al menor en una situación intolerable o cuando la devolución no fuera posible en atención a los principios fundamentales de España en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Aunque será excepcional que el Fiscal autónomamente esgrima estas excepciones si el progenitor sustractor se persona, pues éste formulará la correspondiente excepción si la misma concurre, en puridad de principios no debe descartarse tal posibilidad.

Ha de admitirse igualmente la legitimación autónoma del Fiscal para apelar la resolución que decida sobre la restitución del menor, tanto si se acuerda el retorno como si se deniega, con la misma nota de excepcionalidad a que antes se hacía referencia.

Desde luego, está legitimado el Fiscal para proponer prueba en orden a acreditar o descartar la concurrencia de los presupuestos de las excepciones a la restitución y para promover la adopción de medidas cautelares.

4. El sistema del Convenio de La Haya de 1980

4.1 Ideas generales

Los objetivos del CH80 son, en esencia, dos: 1) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante, y 2) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes.

El CH80 parte de que las rupturas bruscas del menor con el medio en el que vive son negativas y deben evitarse y de que 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.

La filosofía del Convenio parte de la preservación del interés del menor identificado con la permanencia en su entorno vital y, consecuentemente en su inmediato retorno cuando es desplazado a otro Estado. El Convenio se inspira en el principio *solve et repete*: primero se retorna al menor y luego, en su caso, se discute sobre a quién corresponden los derechos de guarda y visita y el derecho a decidir sobre la residencia del menor.

Por tanto, el CH80 regula una suerte de acción directa que operaría a semejanza de los interdictos posesorios: provisionalmente se asegura el respeto al *status quo* sin entrar en el fondo del asunto. Esta regla general queda matizada a través del sistema de excepciones con el fin de respetar el principio del *favor minoris*, ontológicamente incompatible con reglas abstractas rígidamente predeterminadas.

El Informe Pérez Vera dice al respecto que “dado que un factor característico de las situaciones consideradas, reside en el hecho de que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, un medio eficaz de disuadirle, consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. Para alcanzar este objetivo, el Convenio consagra en primer lugar entre sus objetivos el restablecimiento del

status quo mediante la "restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante".

El CH80 es el instrumento más universal en el abordaje de la sustracción internacional de menores. En la página Web de la Conferencia de La Haya (<http://www.hcch.net/>) puede localizarse información actualizada sobre los nuevos Estados que han ratificado el CH80 y sobre otros extremos jurídicamente relevantes para su adecuada interpretación y aplicación.

El CH80 fue innovador, pues parte de su aplicabilidad tanto a los secuestros producidos con posterioridad a la decisión judicial de atribución de custodia como a los consumados antes de decidirse la cuestión por un órgano jurisdiccional.

El CH80 se basa en el establecimiento de Autoridades centrales en cada uno de los Estados parte, encargadas de llevar a término las finalidades del Convenio. El art. 7 CH80 atribuye a las Autoridades centrales la misión de *colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados*.

El art. 8 CH80 establece que el procedimiento debe iniciarse dirigiéndose a la Autoridad Central, mediante un escrito en el que habrá de aportarse el contenido mínimo establecido en dicho precepto.

La Autoridad Central no tiene el monopolio en el ejercicio de las acciones de restitución, sino que conforme al art. 29 CH80, puede directamente el progenitor ejercitar por sí estas acciones sin actuar mediante la autoridad central.

En España, la Autoridad Central es el Ministerio de Justicia. En concreto, en virtud de lo dispuesto en el art. 6 del Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, *por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia* tales funciones corresponden a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional. La Autoridad Central actúa ante los órganos jurisdiccionales por medio de la Abogacía del Estado.

Cuando España sea Estado Requirente, la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia tiene también la misión de traducir la documentación necesaria y de transmitirla a la Autoridad central del país donde se localice al menor, solicitando la restitución inmediata, tras analizar si la documentación aportada por el interesado esté completa y si se ha producido un traslado ilícito.

4.2 Principios

4.2.1 El principio del superior interés del menor

Está plenamente asumido en nuestra cultura jurídica que cuando en un conflicto intersubjetivo se detecta la posible afectación del interés del menor, los poderes públicos no deben permanecer ajenos a la resolución del mismo, pues en tal conflicto está subyacente una cuestión de orden público que afecta a la sociedad en su conjunto, trascendiendo de las personas concretas.

El reconocimiento del principio genera la concesión al Juzgador de un amplio margen de discrecionalidad -que no de arbitrariedad- para poder alcanzar la solución más favorable al menor en cada caso.

El CH80 expresamente asume este principio en su preámbulo al declarar como base del mismo estar "profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia" y estar "deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita".

El CH80 asume que en principio y con carácter general debe entenderse por interés del hijo menor el derecho a no ser desplazado o retenido en nombre de reclamaciones más o menos discutibles sobre su persona, con el fin de proteger el derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital.

En estos casos puede partirse de una presunción de que el interés del menor consiste en la aplicación del Convenio y en la restitución del menor al país reclamante en el plazo más breve posible una vez comprobado que concurren todos los requisitos.

No obstante, a través de las excepciones a la restitución, el propio CH80 contiene válvulas de escape que permiten superar generalizaciones (por definición fuentes potenciales de injusticias) y decidir de conformidad con el superior interés del menor en cada caso concreto, ponderando las singulares circunstancias concurrentes (vid. AAP Almería secc. 3ª nº 28/2004, de 30 de abril de 2004, AAP Barcelona, secc. 18ª, nº 91/2006, de 4 de abril y AAP Sevilla, secc. 2ª, nº 185/2008, de 12 de septiembre).

Refleja con nitidez la tensión y equilibrio entre la formulación abstracta del interés del menor en supuestos de sustracción internacional y la decantación en el caso concreto la SAP Málaga secc. 6ª, nº 463/2007, de 11 de septiembre: “el Convenio tiende, efectivamente, a reponer la situación del menor al momento anterior a la actuación ilícita, estableciendo en su contenido que cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente (...) la autoridad competente ordenará la restitución inmediata para a continuación dejar claro el importante matiz de su inciso final "salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio"(...) lo que supone analizar cada caso concreto a fin de determinar el interés del menor cuya restitución se reclama, como asimismo se infiere del conjunto de disposiciones del propio Convenio, en especial el artículo 13, que confieren un amplio arbitrio al órgano judicial del Estado en que se encuentra el menor trasladado o secuestrado”.

También como aplicación de este principio, la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya, en su punto 4.2.2.6 y bajo la rúbrica “proteger al menor” declara que *en aplicación del Convenio, las Autoridades centrales están sometidas a la obligación general de proteger al menor de cualquier daño.*

El art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en su redacción dada por la LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, establece una serie de parámetros para la decantación del principio en cada supuesto.

En todo caso habrán de tener en cuenta los Sres. Fiscales que no puede, so pretexto de la salvaguarda del interés del menor, entrarse a conocer sobre el fondo del asunto, pues ello supondría atentar contra la esencia del Convenio.

4.2.2 El principio de celeridad

Si el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas está reconocido 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, éste debe ser especialmente ágil y breve.

El procedimiento debe ser preferente y urgente y así lo impone el CH80. La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya conecta este principio con el del interés superior del menor.

La Cuarta reunión de la Comisión especial para revisar el cumplimiento del CH80 hizo especial hincapié en que la obligación de tramitar las demandas de devolución rápidamente se extiende también a los recursos. En el mismo sentido, se recomendó que las reglas y prácticas sobre la *obtención y admisión de pruebas* en los procedimientos de devolución, incluidas las periciales, sean aplicadas teniendo en cuenta la necesaria agilidad del proceso que debe centrarse en las cuestiones litigiosas que estén directamente ligadas al retorno.

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.

El art. 11 del CH80 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.

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 del mismo.

4.2.3 El principio de prohibición de decisión sobre el fondo

El país receptor del menor secuestrado no debe pronunciarse sobre el derecho de custodia, salvo que aprecie alguna de las excepciones al retorno (vid. art. 16 CH80).

El Convenio parte de que el menor sustraído debe volver a su primitiva residencia habitual, sobre la premisa de que son las autoridades de ésta las que mejor situadas se hallan para pronunciarse sobre los derechos de guarda y visita de los menores que residen en su circunscripción.

La STS de 22 junio de 1998 en un supuesto en el que el padre español, que tiene a sus dos hijos en España disfrutando del régimen de visitas, los retiene y no los devuelve a su madre en Suiza donde tenían la residencia, dejó bien claro que las autoridades judiciales del Estado requerido no pueden decidir sobre el derecho de custodia del menor hasta que se establezca que no existen las condiciones previstas por el Convenio para el retorno.

En este sentido, el AAP Barcelona, sec. 18ª, nº 91/2006, de 4 de abril declara que *la calificación de un traslado de ilícito a los efectos del convenio no implica decisión alguna sobre la custodia, siendo la finalidad del convenio, que los menores sean trasladados al lugar de su residencia habitual, para que las autoridades de dicho lugar regulen su situación y determinen a cuál de los padres corresponde el cuidado de los mismos, adoptando todas las medidas que resulten necesarias para garantizar su atención.*

Tampoco puede entrar a resolverse sobre custodia si la resolución sobre la no restitución no es firme por haberse apelado (AAP Valladolid, secc. 3ª, nº 127/2005, de 14 de noviembre).

Como con acierto puntualiza el AAP Barcelona, secc. 18ª, nº 54/2012, de 13 de marzo el CH80 “no es un Convenio de custodia, sino un Convenio de restitución y en este sentido cabe precisar que la resolución que ordena la restitución en ningún caso se está pronunciando sobre la guarda y custodia, sino que lo que acuerda es la devolución del menor al país donde residía habitualmente para que

sean las autoridades competentes de aquel país las que en su caso resuelvan sobre la custodia (...) No se trata por tanto de valorar la situación actual en la que se encuentran los menores para decidir con cuál de los progenitores deben convivir”.

Fácilmente se colige la íntima conexión entre este principio de prohibición de decisión sobre el fondo y el principio de celeridad.

El reverso de este principio viene recogido en el art. 19 del CH80, conforme al que *una decisión adoptada en el marco del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia.*

Los Sres. Fiscales deberán oponerse a la práctica de pruebas que se orienten a decidir cuál de los progenitores debe ostentar la custodia de los menores afectados y habrán de recurrir las resoluciones dictadas en el curso del procedimiento sobre retorno que supongan una decisión sobre el derecho de custodia.

4.2.4 El principio de especialización

Las sucesivas reuniones de las Comisiones Especiales de Seguimiento de la aplicación del Convenio han incidido en la necesidad de especialización de los operadores jurídicos como vía para asegurar una correcta utilización de los mecanismos convencionales.

El debido cumplimiento de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2008, de 30 de julio, *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores* habrá de

generar un decidido impulso de especialización al atribuir la función de intervenir en los procesos civiles de sustracción internacional de menores a los Fiscales de las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales, asignación que puede contribuir a una más coherente y racional aplicación de los Convenios sobre sustracción de menores ratificados por España.

4.3 Trámites básicos

La persona que ha visto vulnerados sus derechos de custodia deberá solicitar el retorno del menor a través de un formulario estándar. La autoridad central promotora a instancias de parte legitimada ha de remitir una solicitud de repatriación del menor a la autoridad central requerida cuando concurren los presupuestos establecidos por el CH80.

Conforme al art. 15 CH80 la autoridad central requerida podrá exigir una decisión o certificación que acredite en el Estado solicitante que el traslado ha sido ilícito (vid. epígrafe 9).

También se necesita un apoderamiento del particular para poder actuar en su nombre en el proceso.

Localizado el menor, si no se consigue una solución amistosa, la autoridad requerida debe promover por los cauces y ante las autoridades establecidas en el país de que se trate una decisión de devolución del menor. En España se da traslado al Abogado del Estado de la correspondiente provincia para que presente demanda de restitución o retorno.

Conforme al art. 9 CH80, si la autoridad central del estado requerido tiene conocimiento de que el menor se encuentra en otro Estado contratante, deberá transmitir la demanda a la autoridad central de dicho Estado o al demandante con el fin de que sea tramitada lo antes posible.

4.4 Conceptos fundamentales

4.4.1 Concepto de traslado ilegal

El CH80 da un concepto legal en su art. 3: *el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:*

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

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

El art. 3 delimita, pues, el perímetro de protección del Convenio, que exige dos presupuestos (jurídico y fáctico) que han de concurrir cumulativamente: 1) la existencia de un derecho de custodia, de acuerdo con el Derecho del Estado de la residencia habitual del menor (elemento jurídico); y 2) efectivamente ejercido por su titular (elemento fáctico).

No es, como ya adelantamos *supra* necesario que concorra una infracción de una resolución judicial sobre los derechos de guarda y visita para que el traslado sea ilícito. Basta modificar por la vía de hecho el *status* del menor alterando las relaciones jurídicas que ligan al menor con su progenitor.

La Guía de Buenas Prácticas del CH80 declara que en aplicación del Convenio, el desplazamiento o no retorno del menor es considerado como ilícito si viola un derecho de guarda atribuido por el derecho del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del desplazamiento o del no retorno.

4.4.2 Concepto de derecho de custodia

No da el CH80 una definición sobre qué debe entenderse por derecho de custodia. No obstante, se establece un contenido mínimo que orienta sobre los fines del Convenio: en el art.

5 letra a) se dispone que *el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia.*

El derecho de custodia quebrantado por el traslado ilícito puede derivar de una resolución judicial o directamente de la aplicación del Derecho vigente en el Estado de residencia.

Existe división en la doctrina y fluctuaciones en la jurisprudencia menor en cuanto a la cuestión de si puede considerarse sustracción internacional el supuesto en el que quien altera el lugar de residencia del menor es el progenitor que tiene atribuida la guarda y custodia. En contra de esta posibilidad pueden citarse los AAP Zaragoza, secc. 2ª, nº 503/2011, de 11 de octubre, Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, nº 178/2009, de 29 de julio, Guipúzcoa nº 2086/2005, de 14 de septiembre; Las Palmas secc. 3ª nº 54/2008, de 3 de marzo y Vizcaya, secc. 4ª, nº 801/2010, de 20 de octubre.

La interpretación que se considera ajustada al CH80 y que por tanto deberán seguir los Sres. Fiscales es la de que aunque el traslado de residencia se lleve a cabo por el progenitor al que se había atribuido la guarda y custodia, si conforme al Derecho del país de origen la facultad de decidir sobre la residencia del menor corresponde conjuntamente a ambos progenitores, habrá de entenderse que el autor del traslado ha incurrido en sustracción internacional y por tanto, a salvo la posible concurrencia de excepciones, procede acordar el retorno. Los términos del CH80 son claros y la alteración antijurídica de la residencia del menor en estos casos, evidente. En estos casos también se viola el derecho del progenitor no custodio a relacionarse con su hijo.

Esta exégesis va consolidándose en la jurisprudencia menor. Así, la SAP Barcelona, secc. 18ª nº 510/2010, de 1 de septiembre confirma la restitución de los menores al Reino Unido en base a que “el Derecho inglés precisa que el cambio de residencia habitual precisa el consentimiento de ambos progenitores”. En el mismo sentido, el AAP Barcelona, secc. 18ª, nº 88/2012, de 23 de abril de manera correcta accede a la restitución pese a que la madre que alteró la residencia habitual del menor tenía la guarda puesto que “el Derecho inglés establece que el cambio de residencia habitual precisa el consentimiento de ambos progenitores, es por lo que sin necesidad de mayores razonamientos deba desestimarse el presente recurso, sin que ello implica decisión alguna sobre la custodia, siendo únicamente finalidad del convenio que los menores sean trasladados al lugar de su residencia habitual para que las autoridades adopten las medidas oportunas y decidan a cual de los progenitores corresponde el cuidado de la menor”. Igualmente, sigue expresamente esta interpretación las SSAP Barcelona, secc. 18ª, nº 573/2013, de 1 de octubre y Málaga, secc. 6ª nº 238/2014, de 1 de abril.

Por tanto, siempre que el progenitor tenga algún derecho a efectos de determinación del lugar de residencia del menor, podrá promover la aplicación del CH80.

Con claridad, el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre establece que se entiende por custodia ejercida de manera conjunta aquella conforme a la cual, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental precisa el consentimiento del otro para decidir el lugar de residencia del menor.

Como declara el AAP Barcelona, secc. 18ª, nº 91/2006, de 4 de abril “el concepto de custodia recogido en el artículo 5 del Convenio es muy amplio, en tanto comprende el ámbito propio del cuidado y atención del menor y el derecho de decidir sobre su lugar de residencia (...) Con carácter ilustrativo, cabe señalar que se considera infracción de la custodia (art. 3), incluso en aquellos supuestos en que existiendo una resolución judicial en que se atribuye la custodia a uno de los progenitores, y un derecho de visita al otro, el progenitor custodio traslada la residencia de los menores a otro país, sin el consentimiento del otro, cuando no se le ha atribuido el derecho de decidir sobre el lugar de residencia de sus hijos”.

Así pues, el concepto de derecho de custodia utilizado por el CH80 es un concepto autónomo. El Informe explicativo declara que para determinarlo debe estarse al Derecho de la residencia habitual del menor.

Por tanto, cuando España sea el país requerido, habrá de estarse al Derecho aplicable en el país de residencia para calibrar si el progenitor reclamante tenía el cuidado de la persona del menor o disponía de la facultad de decidir sobre su lugar de residencia.

Entran dentro del radio protector del Convenio todas las modalidades del ejercicio del derecho de custodia de menores, pudiendo ser sus titulares tanto personas físicas como jurídicas.

4.4.3 Concepto de residencia habitual

En cuanto a la determinación de la residencia habitual, se trata de una cuestión que habrá de decidir en cada caso el órgano jurisdiccional ante el que se plantee la solicitud de retorno.

A tales efectos puede servir para establecer pautas la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa *para la unificación de los conceptos de domicilio y de residencia* de 18 de enero de 1972, que establece que la residencia se determina en base a criterios de hecho y no en función de una autorización de residencia y que para determinar su habitualidad habrá de tenerse en cuenta su duración, su continuidad y cualquier otro hecho que revele lazos estables entre una persona y un lugar.

En el ámbito de la Unión Europea se han aportado criterios interesantes para la determinación de la residencia habitual (vid. epígrafe 5.3).

4.5 Ámbito subjetivo

4.5.1 Sujeto pasivo de la sustracción

El art. 4 del CH80 dispone que *...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.*

Parte el CH80 de que a un joven con más de 16 años, pese a que conforme al CDN es menor, difícilmente se le puede imponer coactivamente una resolución en cuanto a su residencia.

No se especifica en el CH80 qué tratamiento dar al supuesto de que el menor “sustraído” cumpla los dieciséis años durante la tramitación del procedimiento de devolución. El informe explicativo del Convenio dispone al respecto que *en cuanto a la determinación del momento en el que tal edad impide la aplicación del Convenio, éste consagra la más restrictiva, entre las distintas opciones posibles; en consecuencia, no se podrá llevar a cabo o aprobar ninguna acción o resolución respecto a un menor tras su decimosexto cumpleaños.*

Por ello, deberán los Sres. Fiscales partir de que los dieciséis años sobrevenidos también deben truncar el procedimiento ya en marcha.

Además, el menor de 16 años debe tener residencia habitual en un Estado contratante en el momento de su sustracción ilegal (art. 4).

El Convenio sólo se aplica entre Estados parte. En el supuesto de que el menor tenga su residencia habitual en un Estado parte y se le traslade a un Estado no parte, el Convenio no sería aplicable. Tampoco se aplica el Convenio cuando pese a que el destino del menor sea un Estado parte, su residencia habitual radica en un Estado no parte.

No obstante, habrá de entenderse aplicable el Convenio si el menor que reside habitualmente en un Estado parte es sustraído cuando se encuentra accidentalmente en un país que no es parte del Convenio y desde allí es trasladado ilícitamente a un Estado parte.

Es intrascendente a efectos de aplicación del CH80 la nacionalidad o filiación del menor.

4.5.2 Sujeto activo de la sustracción

Se plantean dudas acerca de qué familiares pueden ser responsables del secuestro. El Informe explicativo (punto 81) declara que “el Convenio no contiene ninguna disposición expresa con esta finalidad. No obstante, de su conjunto se extraen dos consideraciones que clarifican este aspecto del ámbito de aplicación *ratione personae* del Convenio. La primera se refiere a las personas físicas que pueden ser responsables del traslado o del no retorno de un menor. Sobre tal cuestión, el Convenio mantiene el punto de vista adoptado por la Comisión especial de no atribuir dichas acciones exclusivamente a los progenitores. Y es que, siendo el concepto de

familia más o menos amplio según las distintas concepciones culturales, es preferible atenerse a una visión amplia que permita, por ejemplo, calificar de sustracción de un menor, de acuerdo con el Convenio, los traslados realizados por un abuelo o un padre adoptivo”.

Deberá partirse pues, de un concepto amplio del sujeto activo de la sustracción, abarcando no solo a los padres sino también a otros miembros de la familia.

4.6 Excepciones al retorno del menor

4.6.1 Ideas generales

El CH80 establece unas causas que permiten, pese a constatarse la ilicitud del traslado, denegar el retorno o restitución. Debe partirse de que el Convenio es correctamente aplicado tanto cuando se acuerda la restitución de un menor como cuando, apreciando cabalmente las excepciones, se deniega tal restitución.

En tanto excepciones a la regla general de restitución, las mismas han de ser objeto de una interpretación restrictiva (*singularia non sunt extendenda, exceptio firmat regulam, exceptio est strictissimae interpretationis*) como se subrayó en la cuarta reunión de la Comisión Especial. El AAP Las Palmas, secc. 3ª n° 69/2009, de 10 de marzo declara que el menor debe ser restituido configurándose los motivos de denegación como excepcionales por lo tanto, su concurrencia no se presume sino que ha de demostrarse.

En todo caso, partiendo de que el CH80 considera que son los tribunales de la residencia habitual los que naturalmente deben decidir la cuestión de fondo, si durante la tramitación del procedimiento de retorno los tribunales de la residencia habitual resuelven a favor de que el menor permanezca con su presunto sustractor, no procedá que el tribunal del lugar del secuestro ordene el retorno, salvo que la decisión se hubiera obtenido fraudulentamente (vid. epígrafe 4.7).

4.6.2 Denegación por transcurso de un año

Conforme al art. 12 CH80 *cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el art. 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.*

La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

El Convenio parte de que en principio, la reclamación de restitución no está sometida a ningún plazo de caducidad, pero pasado un año sin que tal reclamación se haya producido, acreditada la integración del menor en el nuevo medio, no habrá de estimarse la reclamación.

A tales efectos, deberán los Sres. Fiscales entender que la reclamación determinante para el cómputo del año es la que se realiza ante la autoridad del país en el que se encuentra el menor (vid. AAP Las Palmas, sec. 3ª, n° 333/2008, de 19 de diciembre).

Una vez iniciado el procedimiento en el país requirente antes del transcurso de un año, la prolongación del mismo mas allá de dicho período no alteraría la regla general pro retorno.

El informe Pérez Vera contiene importantes pautas interpretativas (punto 108): “ha sido preciso afrontar una pluralidad de cuestiones: *en primer lugar*, el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo; *en segundo lugar*, la extensión del plazo y, *en tercer lugar*, el momento de expiración del plazo. En lo referente al primer punto, es decir la determinación del momento en el que empieza a correr el plazo, el artículo hace alusión al traslado o no retorno ilícitos; la concreción de la fecha decisiva en caso de retención debe ser entendida como la fecha en la que el menor hubiese tenido que ser devuelto al titular de derecho de custodia o en la que éste negó su consentimiento a una extensión de la estancia del menor en otro lugar distinto del de

su residencia habitual. En segundo término, la consagración del plazo único de un año, abstracción hecha de las dificultades encontradas en cuanto a la localización del menor (...) ha clarificado la aplicación del Convenio al eliminar las dificultades inherentes a la prueba de los problemas suscitados por la localización del menor. En tercer lugar, en lo que se refiere al *terminus ad quem*, el artículo consagra el momento de la presentación de la demanda, en lugar de la fecha de la resolución, ya que el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio”.

La trascendencia que se otorga al transcurso del tiempo acompañado de la integración del menor en el nuevo medio como modulador de las posibilidades de retorno entronca claramente con el principio del interés del menor (vid. AAP Málaga secc. 5ª nº 267/2001, de 16 de octubre).

La estimación de esta causa de oposición lleva ínsito otro efecto de mayor calado: el reconocimiento de que se ha producido una modificación en la residencia habitual del menor con el consiguiente cambio en cuanto a la competencia para resolver el fondo del asunto, que a partir de ese momento corresponderá al Estado al que el menor ha sido trasladado.

A *contrario*, la alegación de que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio no habrá de entenderse suficiente como para acordar la no restitución si aún no ha transcurrido ese plazo de un año. Como con acierto precisa la SAP Málaga, secc. 6ª nº 238/2014, de 1 de abril “la excepción a la restitución, consistente en la prueba de haber quedado el menor integrado en su nuevo ambiente, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 12 del Convenio de La Haya, no se refiere al supuesto contemplado en el párrafo primero, sino al supuesto de haber transcurrido más de un año entre el traslado o retención y el inicio del procedimiento de restitución al que se refiere el propio párrafo segundo”.

4.6.3 No ejercicio efectivo del derecho de custodia

Conforme al art. 13 CH80 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 demuestra que el reclamante no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido.

La carga de la prueba del no ejercicio efectivo de la custodia corresponde a la persona que se opone al retorno al Estado de la residencia habitual del menor. El AAP Las Palmas, secc. 3ª nº 69/2009, de 10 de marzo declara que “era la demandada la que tenía que acreditar, y no como parece señalar la sentencia de instancia, la existencia del consentimiento, no ya por cuanto la prueba de un hecho negativo se torna en diabólica sino porque es ella la que alega un hecho al que debe anudarse consecuencias jurídicas y además por su facilidad probatoria”.

El hecho de que el progenitor custodio sea auxiliado en el cuidado de sus hijos por otros familiares o terceras personas en ningún caso puede entenderse como no ejercicio efectivo del derecho de custodia (vid. SAP Asturias, sec. 7ª, nº 8/2008, de 15 de enero).

La SAP Barcelona, sec. 18ª, nº 573/2013, de 1 de octubre aclara qué debe entenderse por ejercicio cuando el reclamante lo que tiene es el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor: en estos casos sería “la facultad, por ministerio de la ley o por resolución judicial, de decidir sobre el lugar de residencia del menor, por lo que no puede entenderse que el padre no ejerciera de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fueron trasladados los menores como exige la primera de las excepciones a la no restitución. Ya se ha dicho que no hay consentimiento por parte del padre al traslado”.

4.6.4 Consentimiento o posterior aceptación del traslado o retención

También conforme al art. 13 CH80 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 el reclamante (...) había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.

Por tanto, si el reclamante consiente o posteriormente acepta el traslado o retención, su solicitud debe rechazarse conforme al principio *venire contra factum proprium non potest*.

De nuevo, la carga de la prueba recaerá en la parte que alega tal circunstancia, sin perjuicio de las posibilidades de actuación de oficio del órgano jurisdiccional.

El consentimiento que puede fundamentar la excepción ha de recaer sobre el traslado definitivo a un tercer país, no debiendo darse esta virtualidad a consentimientos para desplazamientos temporales. En este sentido puede citarse el AAP Madrid, secc. 22ª, de 31 de marzo de 2015, rec. 960/2014, que declara que “el consentimiento del padre al viaje de la niña a España junto con su madre como un acto propio del recurrente no puede, objetivamente, generar la confianza de un aquietamiento del padre al traslado definitivo de la niña a este país, pues, aquel comportamiento puntual y realizado, con ocasión de aquel conflicto - y período vacacional - no puede tener la proyección y vinculación que se pretende, como lo evidencia, en primer lugar, la redacción genérica del documento policial al que se ha hecho referencia y, en segundo lugar, la inmediata puesta en marcha por parte del padre, de cuantos procedimientos judiciales estuvieron a su alcance para lograr el regreso de Estela a su residencia habitual”.

Tampoco puede articularse la excepción en base a una mera autorización para viajar (AAP Vizcaya, secc. 4ª nº 473/2011, de 28 de junio; SAP Barcelona, secc. 18ª, nº 573/2013, de 1 de octubre).

4.6.5 Grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro o situación intolerable

Conforme al art 13 b) CH80 la no devolución puede fundarse en la existencia de *un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*.

La Comisión Especial de 1993 resalta que en estos casos es importante que la autoridad judicial o administrativa que decida acerca de la restitución confíe en que los Tribunales del Estado requirente tomarán, en su momento y teniendo en cuenta todas las circunstancias, una decisión adecuada acerca de los derechos de custodia. Esta confianza en los Tribunales del Estado requirente es el punto de partida del Convenio.

De nuevo conforme a las reglas del *onus* probatorio, los hechos que integran la excepción deben ser acreditados por quien la alega (AAP Baleares, secc. 4ª, nº 229/1999, de 6 de junio, SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª nº 415/2007, de 26 de noviembre).

Nuevamente es esencial evitar que a través de la utilización de esta excepción se decida quién tiene mejor derecho para ser custodio del menor (AAP Madrid secc. 22 nº 187/2005, de 5 de septiembre).

Debe aplicarse sólo en casos excepcionales y siguiendo pautas interpretativas restrictivas (AAP Barcelona, secc. 18ª, nº 91/2006, de 4 de abril, y AAP Guipúzcoa, secc. 2ª, nº 2086/2005, de 14 de septiembre), tanto de qué deba entenderse por *peligro físico o psíquico* como por *situación intolerable*. El AAP Las Palmas, secc. 3ª nº 69/2009, de 10 de marzo declara que sería preciso acreditar que de autorizarse el traslado la situación de los menores sería de extrema gravedad pues, por ejemplo, serían sometidos a malos tratos, o quedarían a merced de persona irresponsable o que les da ejemplos corruptores, etc.

Pueden en estos casos ser claves los informes sociales sobre el menor y la familia, evitando siempre que a través de esa vía se persiga simplemente dilatar el procedimiento.

La situación de riesgo debe ser objetivable (AAP Tarragona, nº 82/2005, de 3 de mayo) y el peligro debe ser serio (vid. AAP Lugo, secc. 1ª, nº 272/2005, de 18 de julio). Es exigible que existan serios y fundados indicios de esa posible eventualidad (AAP Lleida, secc. 2ª nº 10/2012, de 27 de enero).

Para el AAP Barcelona, secc. 18ª, nº 54/2012, de 13 de marzo, esta causa “debe ser valorada de forma restrictiva de manera que solo puede operar en aquellos supuestos en que se pruebe de forma cumplida que el traslado de los menores al país y al lugar, que hasta el momento del traslado ha constituido su hábitat natural, puede colocarlos en situación de grave riesgo”.

No puede a través de esta excepción, denegarse el retorno porque el menor se encuentre bien en España o porque sea dolorosa la separación del progenitor que ha trasladado ilícitamente al

menor o porque el retorno sea incómodo para el menor. Ha de evitarse confundir lo que son meros inconvenientes con los peligros que pueden justificar la negativa al retorno (AAP Almería secc. 3ª 28/2004, de 30 de abril).

Es frecuente la alegación de grave riesgo de peligro psicológico en relación con menores de corta edad que siempre han vivido con el custodio/sustractor. En este punto debe recordarse que el daño potencial no traerá causa en el retorno del menor, sino en una eventual negativa del custodio/sustractor a acompañarle. Ello debe llevar como regla general a oponerse a la aplicación de esta excepción ante estas alegaciones, pues de otro modo se permitiría que quien ha cometido un ilícito y quien tiene el dominio del hecho para evitar el daño se prevalga de tal situación.

Lógicamente, si se acreditan malos tratos por parte del solicitante, los Sres. Fiscales se opondrán al retorno (vid. Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 24, Madrid nº 186/2006, de 3 de abril, AAP Barcelona secc.12ª de 16 de diciembre de 1996).

Deberán los Sres. Fiscales estar especialmente prevenidos contra la posible declaración de los menores sobre la situación de peligro, en especial cuando éstos por su edad o circunstancias pudieran ser fácilmente manipulables. Quien ha sido capaz de violar el *status quo* preexistente privando a uno de los progenitores del derecho-deber de cuidar de sus hijos puede también ser capaz de tratar de manipular a éstos para consumir la sustracción.

4.6.6 Oposición a los principios fundamentales del Estado requerido

Dispone el art. 20 CH80 que *la restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.*

Esta cláusula de orden público se regula al margen de las excepciones al retorno. Late en esta decisión sobre la ubicación sistemática de la regla la intención de restringir al máximo su operatividad.

Esto se recoge con claridad en el Informe Explicativo del Convenio: *ha sido ubicada de manera significativa en el último artículo del capítulo; de esta forma, se ha querido destacar el carácter claramente excepcional que siempre debe tener su aplicación.*

Esta cláusula puede ser alegada autónomamente por el Fiscal y apreciada de oficio por el Juzgador.

Dentro de la misma podrían subsumirse supuestos en los que el retorno pudiera generar una lesión grave de los derechos fundamentales reconocidos a los menores por la CDN.

4.6.7 La voluntad del menor

El art. 12 CDN señala que los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

El propio art. 13 CH80 establece que *la autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.*

La oposición del menor maduro no supone la automática denegación de la restitución, sino que lo que genera es la obligación de ser tenida en cuenta por el Juez (vid. en este sentido, AAP Valencia, secc. 10ª, nº 405/2011, de 5 de diciembre).

No se predetermina una franja concreta de edad a partir de la cual ha de tenerse en cuenta la opinión del menor. Habrá de hacerse un análisis *ad casum*, teniendo en cuenta que el concreto grado de madurez no siempre coincide con la edad cronológica y que puede variar en cada niño. Para comprobar si concurre o no el grado de madurez necesario, será preciso que el Juez oiga al menor, salvo en supuestos en los que la edad objetivamente implique la carencia del

mínimo de madurez exigible. No obstante, no pueden darse reglas fijas. Debe en todo caso recordarse que tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor*, (en adelante LOPJM) dispone que se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

La opinión del menor como pauta para concretar su interés superior se torna esencial, en función de dos criterios: su edad, pues a mayor edad más peso debe reconocerse a sus opiniones y su grado de madurez, que modula la importancia de la edad. También es fundamental la argumentación con la que el menor justifica su elección, que puede poner de relieve bien la existencia de motivos sólidos y racionales, bien la concurrencia de manipulación (AAP Baleares, secc. 4ª, nº 229/1999, de 6 de junio), bien la utilización de criterios no atendibles (v. gr., preferencia por convivir con el progenitor que aplique mayor laxitud en el proceso de socialización del menor) (AAP Barcelona secc. 18ª nº 164/2004, de 23 de junio).

Las opiniones de los menores de edad deben tenerse en cuenta en función de su edad y madurez (art. 12 CDN). El Código Civil establece una franja de edad orientadora y, en este sentido, marca un límite en la edad de 12 años, pero este límite se extiende a aquellos menores por debajo de esta edad que tengan "suficiente juicio". Como recuerda el Comité de Derechos del Niño, el término "madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño.

La madurez es difícil de definir y, en el contexto del art. 12 CDN, se entiende como la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Podemos partir de tres ideas:

-La primera es que la capacidad del niño debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicarle la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. Es necesario verificar si hay, en la persona y caso concreto, una mínima racionalidad de la opinión u opción del menor, es decir, que el deseo expresado sea congruente con los fines contemplados por esta persona, que las metas sean razonablemente alcanzables y realizables en el marco de su realidad vital y social.

-La segunda es que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse un criterio. Por ese motivo, las referidas opiniones tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.

-La tercera es que los efectos del asunto también deben tenerse en consideración. Cuanto mayor sea el impacto potencial en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de su grado de madurez.

Debe en estas audiencias tenerse especial cuidado en plantearlas de modo que no se haga recaer sobre el menor la carga de la decisión (vid. conclusiones de la cuarta reunión de la Comisión especial). Ha de evitarse en todo caso colocar al menor en lo que se ha denominado "conflicto de lealtades" (el denominado por la doctrina anglosajona *situation of divided loyalties* y en la alemana *loyalitätskonflikt*). En definitiva, debe evitarse al menor, en la medida de lo posible, sufrir la sensación de estar traicionando a uno u otro progenitor, o de tener que elegir entre uno y otro.

En relación con el desarrollo de las audiencias deberán tenerse presentes las pautas sentadas en el epígrafe 11 de la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, *sobre protección de los menores víctimas y testigos*.

En algunos supuestos será necesario acudir al dictamen de especialistas para poder llegar a conocer realmente la verdadera voluntad del menor, pudiendo solicitarlo directamente el Fiscal y acordarlo el Juez incluso de oficio. En todo caso, la decisión sobre si promover o no tales diligencias debe adoptarse, ponderando las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la necesidad de respetar el principio de celeridad. Ha de recordarse que el núcleo de estos

dictámenes reside sus fundamentos, que son los que deben dar más o menos valor a sus conclusiones. Debe huirse de la tentación de delegar en estos peritos la decisión final.

4.7 Decisiones “muertas” o “fraudulentas”: carencia de efectos

Conforme al art. 17 CH80 *el solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión haya de ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio.*

El informe Pérez Vera explica el precepto en los siguientes términos: “la solución incluida en el artículo concuerda perfectamente con el objetivo convencional de desanimar a los posibles secuestradores que no podrán proteger su acción ni mediante una resolución “muerta”, anterior al traslado pero nunca ejecutada, ni mediante una resolución obtenida posteriormente y que, en la mayoría de los casos, resultará fraudulenta. Por consiguiente, la autoridad competente del Estado requerido deberá considerar la demanda de retorno como prueba de que se ha producido un elemento nuevo que le obliga a cuestionar una resolución no efectiva, o adoptada sobre la base de criterios abusivos de competencia o, aún, que no respeta los derechos de defensa de todas las partes afectadas. Por otra parte, dado que la resolución relativa al retorno del menor no afecta el fondo del derecho de custodia, los motivos de la resolución que pueden ser tenidos en cuenta se limitan a los que afectan a “la aplicación del Convenio”. En cuanto a la situación provocada por una resolución dictada por las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor antes de su “sustracción”, concediendo la custodia al “secuestrador”, normalmente sería resuelta por la aplicación del artículo 3 del Convenio, ya que la existencia del derecho de custodia reclamado debe ser apreciada de conformidad con el derecho de dicho Estado”.

4.8 Denegación de la restitución y competencia para resolver sobre la atribución de la guarda y custodia

Conforme al art. 16 CH80, *las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde está retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de este Convenio.*

Consiguientemente una vez formulada reclamación para la restitución, la autoridad del país que recibe al menor sustraído no puede pronunciarse sobre el fondo. Como excepción podrá hacerlo si se acuerda la no restitución. Una eventual decisión sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia deberá adoptarse al margen del proceso especial de restitución.

4.9 Imposibilidad sobrevenida de ejecutar la orden de devolución del menor secuestrado ilícitamente

El transcurso del tiempo puede hacer que la *res iudicata* se transforme en *res iudicanda*. Circunstancias sobrevenidas pueden hacer que la santidad de la cosa juzgada, como decantación del principio de seguridad jurídica, sea desplazada por el principio del superior interés del menor.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a que los fallos judiciales se cumplan, siendo la ejecución de las resoluciones judiciales firmes un auténtico derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al artículo 24.1 de la Constitución. Sin embargo, el TC ha admitido la existencia de alteraciones del fallo en supuestos de imposibilidad de ejecución, al no caber en modo alguno el cumplimiento de lo resuelto o su ejecución por equivalencia o sustitución (vid. SSTC nº 194/1991, de 17 de octubre; nº 153/1992, de 19 de octubre; nº 40/2003, de 14 de julio; nº 18/2004, de 23 de febrero).

En relación con la sustracción internacional de menores es especialmente interesante la STEDH de 24 de abril de 2003, Silvestre contra Austria, que analiza un supuesto en el que el considerable lapso de tiempo transcurrido desde la orden de retorno había supuesto un cambio

relevante de circunstancias al haber perdido la menor todo contacto con el padre mientras que sus lazos con la madre y parientes maternos se habían vuelto muy estrechos, de tal forma que ello provocó que el retorno de la menor deviniera imposible, ya que la expondría a serios daños psicológicos.

En este sentido, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 6, de Familia, de Zaragoza de 20 de abril de 2004 declara que “es sabido que en el marco del Convenio de La Haya(...) existe una constante preocupación de los Estados Contratantes para que las órdenes de retorno emitidas en cada caso sean rápida y eficazmente cumplidas(...) se ha producido una dilación enorme en el tiempo en la ejecución de la orden de retorno, que va a dar lugar a la imposibilidad de su cumplimiento actual por sustancial alteración de las circunstancias que en su momento se tuvieron en cuenta al emitir dicha orden, que deviene, por ello, de imposible cumplimiento. No ha existido a nivel judicial una falta de voluntad en la ejecución de la orden de retorno, pero existe el hecho incontrovertible de la no localización y averiguación del paradero del menor y de su madre... en un momento y en unas circunstancias tan diversas de aquellas que sirvieron para ordenar el retorno del menor, que hacen imposible la ejecución de la orden de retorno por alteración sustancial de circunstancias”.

4.10 Posibilidad de fijar un régimen de visitas en favor del progenitor responsable del traslado ilícito

Habrán los Sres. Fiscales de partir de que no pueden en el procedimiento sobre sustracción establecerse pronunciamientos en materia de guarda y custodia y derecho de visitas, conforme preceptúa el art. 16 del CH 80 (vid. en este sentido, AAP Almería secc. 3ª nº 28/2004, de 30 de abril).

Ello no empece, como se analizará *infra*, a la posibilidad de que durante la tramitación del procedimiento en España, puedan, como medida cautelar, adoptarse provisiones en orden a garantizar el derecho del progenitor demandante a relacionarse con sus hijos.

5. El sistema del Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre

5.1 Ideas generales

El Reglamento 2201/2003 (también denominado Bruselas II bis), es un instrumento de carácter general y unificador, directamente aplicable.

Este instrumento comunitario profundiza en la necesidad de lograr el retorno inmediato del menor ilícitamente trasladado, reforzando el principio ya consagrado en el CH80.

El sistema se basa en la idea de la libre circulación de resoluciones judiciales y de supresión del exequátur como expresión del principio de confianza mutua, estando además informado por el principio del superior interés del menor (vid. AAP Madrid, secc. 22ª nº 177/2007, de 3 de julio), celeridad (vid. SAP Málaga secc. 6ª, nº 463/2007, de 11 de septiembre), y colaboración tendente a la creación de un verdadero espacio europeo. También se cimienta sobre el principio de cooperación entre autoridades.

En las relaciones entre Estados Comunitarios este Reglamento prevalece sobre las previsiones del Convenio de La Haya y del Convenio de Luxemburgo (art. 60).

Este Reglamento implica la instauración de un subsistema especial en la Unión Europea, pues sobre la base del CH80, el Reglamento 2201/2003 introduce algunas singularidades, permitidas por la mayor cohesión existente entre los países integrados en la UE (vid. art. 60.2).

El engarce con el CH80 puede encontrarse en el art. 36 de este texto, en el que se dispone que *nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían implicar esas restricciones.*

Las disposiciones del Reglamento que abordan lo relativo a la sustracción son básicamente las siguientes: definición de qué se entiende por sustracción (art. 2); competencia judicial (art. 10);

cuestiones relativas a la restitución del menor (art. 11); reconocimiento (arts. 40 y siguientes) y cooperación de autoridades (art. 53 y siguientes.). El modelo de certificado que debe cumplimentarse para solicitar el retorno del menor aparece en el anexo IV del Reglamento.

Debe tenerse presente que en relación con el Reglamento también se ha desarrollado una Guía de Buenas Prácticas.

El Reglamento abarca en relación con la sustracción internacional de menores tanto el reconocimiento y ejecución de las resoluciones sobre guarda y custodia dictadas en el país de su residencia habitual (al modo del CL80) como la acción directa de restitución del menor (al modo del CH80).

5.2 Ámbito de aplicación

5.2.1 Ámbito personal

Aunque el Reglamento no establece una edad tope en el menor sujeto pasivo de la sustracción, parece lo más razonable partir de que existe una remisión tácita al CH80, por lo que no deberá aplicarse más allá de los dieciséis años.

No se tiene en cuenta la nacionalidad sino la residencia habitual en un país comunitario. El Reglamento sería aplicable a supuestos de sustracciones intracomunitarias de menores. Así, se aplicaría a la sustracción de un menor canadiense con residencia habitual en Francia que es desplazado a España.

5.2.2 Ámbito espacial

En tanto sólo es aplicable a secuestros intracomunitarios, es presupuesto de su aplicación que tanto el Estado de origen como el de destino sean miembros de la Unión. Además, no es aplicable a Dinamarca (vid. AAP Valladolid, sec. 3ª, nº 127/2005, de 14 de noviembre).

5.3 Concepto de traslado ilegal

Conforme al art. 2 del Reglamento el traslado o retención de un menor es ilícito cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.

El Tribunal de Justicia ha dado en diversas ocasiones una definición de residencia habitual, en el sentido de que es "el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos".

En el ámbito del Reglamento 2201/2003 se parte de que para determinar la residencia debe considerarse como tal el lugar donde el menor tiene una cierta integración en un entorno social y familiar. En la STJUE 22 diciembre 2010, asunto C-497/10 PPU, B. Mercredi y. R. Chaffe se considera que "importa ante todo la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable". En el caso de menores de corta edad viene "determinado por la persona o las personas de referencia con las que vive el menor, que lo guardan efectivamente y cuidan de él".

5.4 Modificaciones en relación con las excepciones alegables

Conforme al apartado 4 del art. 11 del Reglamento "los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del

Convenio de La Haya de 1980 (esto es, grave riesgo) si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.”

El argumento del riesgo grave del menor para denegar el retorno se diluye en un ámbito espacial donde impera el principio de confianza mutua.

Como con acierto precisa la SAP Málaga, secc. 6ª nº 238/2014, de 1 de abril esta excepción “impone la necesidad de determinar si la restitución inmediata de la menor expone a la niña, no a la madre, a un peligro grave físico o psíquico, o de cualquier otra manera pone a la menor en una situación intolerable (artículo 13 del Convenio), y además si, pese a que la restitución puede exponer a la menor a esos peligros físicos o psíquicos graves o a una situación intolerable, el estado requirente ha adoptado o está dispuesto a adoptar medidas adecuadas para la protección de la menor tras su restitución, como se infiere del artículo 11 del Reglamento CE 2201/2003”.

Por tanto, deberán ser las autoridades del Estado miembro donde residía el menor antes de su desplazamiento las que adopten, si existe un riesgo para el menor en caso de retorno, las medidas de protección adecuadas. Si se demuestra que las han adoptado, el retorno no podrá ser denegado sobre la base del art. 13 b) CH80 (vid. SAP Málaga, secc. 6ª nº 588/2012, de 13 de noviembre). Por el contrario, si el Estado de residencia habitual no ha adoptado estas medidas, cuando sean necesarias, procede denegar la restitución (SAP Málaga secc. 6ª, nº 463/2007, de 11 de septiembre).

Conforme a la Guía práctica para la aplicación del Reglamento la aplicación de esta previsión exige la adopción de medidas de protección concretas –entendidas como una protección jurídica, psicológica y material–, de tal manera que no basta la existencia en el Estado miembro de origen de procedimientos de protección del menor en un plano teórico.

Los demás motivos de denegación de la restitución del Convenio de La Haya se mantienen.

Por lo demás si la invocación de la cláusula de orden público del art. 20 CH80 debe ser excepcional entre los firmantes de La Haya, mucho más lo habrá de ser entre miembros de la Unión.

5.5 Decisión en última instancia sobre el fondo del asunto

La finalidad del Reglamento es la de reducir drásticamente el número de traslados y retenciones ilícitas de los menores. Se pretende disuadir a los potenciales sustractores porque la competencia final para decidir la van a mantener en todo caso los órganos jurisdiccionales donde tenía la residencia el menor antes del traslado, decisión que va a ser directamente ejecutoria en todos los Estados miembros.

Conforme al art. 10 del Reglamento *en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y: a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes:*

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

iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del art. 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos,

iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

El art. 11.8 dispone que *aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor.*

Interpretando estos preceptos, en principio, en caso de traslado o retención ilícita de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que haya sido retenido ilícitamente pueden acordar su no restitución; ahora bien, éstos deberán comunicar su decisión a las autoridades del país en el que residía el menor antes de la sustracción, y si éstas consideran que procede el retorno, su decisión sustituirá a aquella otra, de no retorno, adoptada en el país al que ha sido trasladado el menor. Por tanto, el Estado miembro competente para la cuestión de fondo de la custodia es el que tiene la última palabra acerca del retorno del menor, de modo que el Reglamento sólo contempla una competencia temporal del tribunal del Estado donde se encuentra sustraído el menor, hasta tanto se pronuncie el tribunal donde residía el menor con anterioridad a su desplazamiento. Determinada la competencia para la cuestión de fondo, sobre la responsabilidad parental, y en relación a las medidas sobre custodia y derecho de visitas del citado menor, es claro que el Tribunal que asuma definitivamente dicha competencia, está facultado para solicitar la devolución del menor, decisión judicial que, debidamente certificada conforme a los modelos que incluye en sus anexos el Reglamento, será inmediatamente reconocida y hecha cumplir en el país a donde se ha llevado al menor de modo ilícito, como si se tratase de una decisión nacional (vid. AAP Madrid, sec. 22ª nº 177/2007, de 3 de julio).

La sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 1 de julio de 2010 (C-211/10, caso Povse vs. Alpago) declara que “en los casos de traslado ilícito de menores, el artículo 10 del Reglamento, como regla general, confiere la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado. Dicha competencia se conserva, en principio, y únicamente se transfiere si el menor ha adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y, además, se cumple uno de los requisitos alternativos enunciados en el referido artículo 10”.

5.6 Prohibición de pronunciamiento sobre el fondo

Será también dentro de la Unión plenamente aplicable la disposición del art. 16 CH 80, conforme al que *después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el art. 3, las autoridades judiciales o administrativas a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio.*

Aplicando correctamente el Reglamento, el AAP Almería, secc. 3ª, nº 74/2008, de 9 de junio, frente a los intentos de que los Tribunales españoles se pronuncien sobre la custodia, con acierto fundamenta la imposibilidad de tal proceder en un caso de sustracción, en base al art. 10 del Reglamento (CE) 2201/2003.

5.7 Procedimiento

El procedimiento de restitución entre países de la Unión siguen el cauce establecido en el CH80, modulado con las previsiones del art. 11 del Reglamento, lo que en definitiva supone que la solicitud se formula ante las autoridades del Estado miembro donde el menor haya sido

trasladado o retenido, debiendo éstas resolver en un plazo de seis semanas desde la interposición de la demanda, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, en un proceso sustanciado conforme a los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional (art. 11 apartado tercero párrafo segundo).

El derecho del menor a ser oído en el procedimiento se subraya en el apartado 2 del art. 11, que dispone que *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*. Tal audiencia se puede realizar por los procedimientos establecidos en el Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo de 28 mayo relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros en la obtención de pruebas en materia civil, que permite el empleo de la videoconferencia y la teleconferencia. Se da gran importancia a la audiencia del menor pero se permite al Juez, dependiendo de las circunstancias concretas concurrentes, prescindir de tal audiencia.

En la Guía de Buenas Prácticas se dispone que debe ser objeto de una interpretación restrictiva la posibilidad de no dar audiencia al menor, con base en su edad o grado de madurez.

La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 22 de diciembre de 2010, C-491/10 PPU, caso Aguirre Zagarra considera que la audiencia al menor no tiene necesariamente que realizarse de forma personal y directa ante el Juez, sino que caben otros medios por los que la voluntad del menor sea tenida en cuenta, partiendo de que en determinados casos la presencia física ante el Juez “puede resultar inapropiada, incluso perjudicial para la salud psíquica del menor (...)”.

El derecho de audiencia de los titulares de la responsabilidad parental se asume en el art. 11.5 del Reglamento que dispone que *los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución*.

Para conocer las sedes de los órganos jurisdiccionales en los países de la Unión Europea, con el fin de identificar al Juzgado competente y su dirección, puede consultarse el denominado Atlas Judicial Europeo.

Conforme al art. 116 del Reglamento en casos de urgencia los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán adoptar medidas protectoras de los menores, sin perjuicio de las disposiciones de competencia del Reglamento.

6. El Convenio bilateral con el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997

La importancia del Convenio suscrito con Marruecos *sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores*, publicado en el BOE de 24 de junio de 1997 es evidente, teniendo presente el volumen de inmigrantes marroquíes en España y la proliferación de matrimonios mixtos y -hasta hace poco- el hecho de que Marruecos no era parte en los Convenios plurilaterales sobre esta materia.

Los objetivos del Convenio, conforme a su art. 1 son: a) *Garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes*.

b) *Hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita, dictadas en uno de los dos Estados contratantes en el territorio del otro Estado*.

c) *Favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en territorio de ambos Estados*.

El Convenio también se basa en el interés superior del menor. Según el art. 9, al considerar las circunstancias, *las Autoridades judiciales tendrán en cuenta (...) únicamente el interés del menor, sin ninguna otra restricción derivada de su derecho interno*.

Este Convenio también sigue el sistema de autoridades centrales dejando abierta la posibilidad de que los particulares actúen por sí, al margen de aquellas.

Prevé el apartado g) del número 2 del artículo 4 del Convenio, como una de las funciones de la Autoridad Central la de *promover, en su caso, por mediación del Ministerio Público o del Abogado del Estado, la apertura de un procedimiento judicial o administrativo ante la jurisdicción competente, con el fin de obtener la devolución del menor.*

El resto de las funciones de la autoridad central son las siguientes: a) Localizar a un menor desplazado ilícitamente; b) Evitar nuevos peligros para el menor y, en particular, su desplazamiento hacia el territorio de un tercer Estado; c) Facilitar una solución amistosa, supervisar la entrega voluntaria del menor y el ejercicio del derecho de visita; d) Proporcionar información sobre la situación del menor; e) Garantizar la repatriación del menor; f) Proporcionar información sobre la legislación de su Estado, relativa a la aplicación del presente Convenio; h) Velar por que se tomen, en todos los casos, todas las medidas provisionales, incluso sin procedimiento contradictorio, tendentes a evitar nuevos peligros para el menor o perjuicios para las partes implicadas.

En este convenio la nacionalidad juega un papel importante, ya que el mismo, como indica el art. 2, se aplicará a todo menor de 16 años no emancipado, que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados.

Debe tenerse presente que el 9 de marzo de 2010 Marruecos se ha adherido al CH80, entrando en vigor el 1 de junio de 2010.

Cabe plantear qué Convenio será aplicable una vez que Marruecos ha pasado a ser parte del CH80. Debe partirse de que conforme al art. 34 CH80 el mismo no impide la aplicación de otros instrumentos internacionales para lograr la restitución de un menor.

Por ello debe mantenerse que tras la ratificación por Marruecos del CH80, podrá aplicarse en cada caso la norma más favorable para lograr el retorno del menor y para asegurar la protección efectiva de su superior interés, lo que normalmente conducirá a la aplicación del CH80.

7. El Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980

7.1 Ideas generales

El Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 (en adelante, CL80) se centra básicamente en el reconocimiento y ejecución de decisiones, contemplando la devolución inmediata del menor en supuestos muy concretos. Se le califica por ello de convenio de reconocimiento y ejecución de decisiones.

Conforme al art. 7 CL80 *las resoluciones relativas a la custodia dictadas en un Estado contratante se reconocerán y cuando sean ejecutorias en el Estado de origen, se ejecutarán en cualquier otro Estado contratante.*

El CL80 trata de agilizar al máximo el procedimiento de exequátur. A tales efectos, el art. 14 establece que *todo Estado contratante aplicará un procedimiento simple y rápido para el reconocimiento y la ejecución de una resolución relativa a la custodia. Cuidará a tal efecto que la petición de exequatur pueda efectuarse mediante simple instancia.*

El CL80 parte también de la limitación de las sustracciones a menores de 16 años.

Conforme al CL80 el traslado puede ser ilícito por ejecutarse con infracción de una resolución previa en materia de custodia; por no retornar al menor tras haber expirado el período de tiempo permitido para el ejercicio de un derecho de visita u otra estancia temporal o por haber sido declarado ilícito con posterioridad.

En cuanto a la relación entre el Convenio de Luxemburgo y el de La Haya puede decirse que es de complementariedad, de manera que incluso puede invocarse la aplicación simultánea de ambos convenios, cuando se dan los presupuestos de ambos y los países implicados los han ratificado.

La Autoridad central española suele decantar por aplicar preferentemente el cauce del Convenio de La Haya, por ser más efectivo y haber sido ratificado por mayor número de países.

La delimitación de qué sea un *traslado ilícito* en el sentido del Convenio se establece en su artículo 1.d), entendiéndose por tal *el traslado de un menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a su custodia dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado*.

Por tanto, con carácter general, el concepto de *traslado ilícito* se conecta con un desplazamiento infringiendo una resolución.

Puede recabarse información sobre este Convenio y los Estados signatarios en la siguiente dirección: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/105/signatures>.

7.2 Excepciones

Las posibilidades de plantear excepciones a la reclamación de restitución se recogen en los arts. 8 y ss CL80.

Las posibilidades de excepcionar se amplían si la solicitud de restitución del menor se efectúa una vez transcurrido el plazo de seis meses desde que fue sustraído (vid. art. 10 CL80)

Las causas de denegación del reconocimiento son básicamente, conforme a los art. 9 y 10 el respeto a los derechos de defensa, el interés del menor y la contrariedad con los principio de Derecho de Familia del Estado requerido.

7.3 Procedimiento

El Convenio se estructura sobre un procedimiento simple, rápido y gratuito, así como sobre el principio de confianza entre los Estados parte.

Es necesaria una resolución judicial previa sobre la custodia. Cada estado parte debe determinar también quién será la autoridad que decida sobre el reconocimiento de tal resolución.

El Convenio parte de distinguir las distintas modalidades de sustracción ilícita para otorgarles un distinto tratamiento: 1) cuando padres e hijo poseen la nacionalidad del país de residencia habitual y este país es el que dicta la resolución, el nivel de exigencias para la devolución es mínimo (vid. art. 8).

2) Cuando no se cumplen las condiciones anteriores pero la solicitud se formula antes de los seis meses del desplazamiento, se introducen un número limitado de causas denegatorias (vid. art. 9).

3) Cuando la solicitud se formula en las condiciones anteriores pasados los seis meses se incrementan los requisitos exigibles y las causas de denegación (art. 10).

8. Aspectos procedimentales internos:

8.1 Cuestiones generales

El CH80 establece unos mínimos procesales, y así en su art. 2 dispone que *los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan*. Consiguientemente, el procedimiento debe ser, en todo caso, de urgencia. Parecidas disposiciones se incluyen en el Convenio de Luxemburgo y en el Convenio bilateral con Marruecos.

La LOPJM introdujo un procedimiento específico desde el punto de vista interno para sustanciar las reclamaciones de otros países firmantes de Convenios sobre sustracción de menores. Este procedimiento se ubicó en la Sección Segunda del Título IV del Libro III de la LEC 1881, bajo la denominación "Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de

sustracción internacional” (arts. 1.901 a 1.909 LEC), que conforme a lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única de la nueva LEC, debía mantenerse en vigor hasta el dictado de la futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria.

La Disposición Final Decimoctava preveía que en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de la LEC el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, previsión que dio lugar al Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006 (121/000109) *de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil* que no llegó a ser aprobado.

Ya durante la vigencia de los arts. 1901 y ss LEC, pese a que el procedimiento se ubicaba formalmente en la normativa sobre jurisdicción voluntaria, se admitía siempre que hubiera oposición (como ocurre en la práctica generalidad de los supuestos) su naturaleza material de procedimiento civil contencioso (en este sentido, AAP Valencia, sec. 10ª, nº 236/2002, de 29 de noviembre).

Como ya se adelantó *supra*, la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria* deroga el procedimiento contenido en la Sección Segunda del Título IV del Libro III de la LEC 1881, introduciendo el nuevo Capítulo IV bis del Título I del Libro IV de la LEC, integrado por los arts. 778 quáter a 778 sexies, bajo la rúbrica “medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”.

Conforme al preámbulo de la Ley 15/2015 “la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil sirve también para actualizar el procedimiento para el retorno de los menores en los casos de sustracción internacional, al objeto de asegurar una mejor protección del menor y de sus derechos. Esta reforma revisa la opción legislativa consistente en mantener esta materia dentro del campo de la jurisdicción voluntaria y fuera del ámbito propio de los procesos contenciosos de familia, pues se trata de procesos que poco tienen que ver con las normas relativas a la jurisdicción voluntaria. Por este motivo se aborda ahora su regulación como un proceso especial y con sustantividad propia, a continuación de los procesos matrimoniales y de menores en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

En los procedimientos sobre sustracción ilícita son aplicables las peculiaridades procesales propias de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, y en concreto las señaladas en el art. 752 LEC, sobre la inexistencia de preclusión para la alegación e introducción de hechos, en la investigación de oficio de la verdad material y en la plenitud de efectos del principio de libre valoración de la prueba (AAP Murcia, secc. 4ª, nº 112/2011, de 10 de junio; AAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª nº 175/2006, de 18 de septiembre).

8.2 Ámbito de aplicación

El inciso primero del apartado primero del art. 778 quáter dispone que “en los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo”.

El tenor del art. 778 quáter apunta a que este procedimiento especial será de aplicación cualquiera que sea el Convenio, de entre los suscritos por España, que se alegue (Convenio de Luxemburgo, Convenio de La Haya, Convenio Bilateral con Marruecos y Reglamento Bruselas bis II).

Con el régimen derogado existían discrepancias doctrinales al respecto, defendiendo algunos autores que el procedimiento especial sólo era aplicable a las demandas amparadas en el Convenio de La Haya de 1980. Estas discrepancias deben entenderse superadas a la vista de la claridad con la que se pronuncia el nuevo art. 778 quáter a la hora de determinar el ámbito de aplicación del procedimiento.

El inciso segundo del apartado primero del art. 778 quáter dispone que “no será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional”.

Por tanto, el procedimiento especial sólo es aplicable cuando lo sea alguno de los Convenios que sobre sustracción internacional de menores ha ratificado España.

Consiguientemente no será aplicable el procedimiento especial cuando el Estado requirente no sea parte en ninguno de los Convenios (en este sentido ya se pronunciaron los AAP Málaga, secc. 6ª de 15 de diciembre de 1997 y Cuenca, secc. 1ª, nº 29/2004, de 10 de junio).

Atiende el Legislador la sugerencia realizada por el informe del Consejo Fiscal de 17 de diciembre de 2013 al Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria en el que se reseñaba que “debiera resolverse expresamente otra duda que se ha planteado con la normativa vigente: la no aplicación del procedimiento especial a supuestos en los que el Estado de procedencia no es parte del Convenio. Esta es la opción preferible pues como se ha mantenido por un sector de la doctrina fuera del ámbito convencional sigue existiendo la obligación de asegurar el interés del menor, pero en este caso la garantía de una efectiva tutela del menor viene determinada según los parámetros del ordenamiento español, es decir, se facilita el procedimiento cuando hay condiciones objetivas para ello y se mantiene el cauce ordinario de cooperación judicial internacional o de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras cuando no resulta aplicable un convenio”.

Por tanto, en estos supuestos en los que no es aplicable el procedimiento especial será necesario acudir a los mecanismos generales de exequátur y de cooperación judicial internacional, como también apunta el CGPJ en su informe al Anteproyecto de 27 de febrero de 2014. A estos efectos habrá de tenerse presente la Ley 29/2015, de 30 de julio, *de cooperación jurídica internacional en materia civil*.

8.3 Legitimación y postulación

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

En definitiva, existe una legitimación activa doble: la del titular custodio por sí o la del titular custodio a través de la autoridad central española, que a su vez actúa por medio de los Abogados del Estado.

A efectos de la legitimación, qué sea el derecho de custodia habrá de ser interpretado a la luz de las previsiones del Convenio cuya aplicación se solicite.

El Fiscal no tiene legitimación para promover por sí el procedimiento, aunque tenga la consideración de parte necesaria en el mismo.

Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, la tendrá el progenitor o familiar autor del traslado.

Las actuaciones se practicarán siempre con intervención del Ministerio Fiscal. Los Sres. Fiscales intervendrán en defensa del interés del menor cualquiera que sea la persona o entidad que promueva la restitución.

El apartado cuarto del art 778 quáter aborda los requisitos de postulación, disponiendo que *las partes deberán actuar con asistencia de Abogado y representadas por Procurador. La intervención de la Abogacía del Estado, cuando proceda a instancia de la Autoridad Central española, cesará desde el momento en que el solicitante de la restitución o del retorno comparezca en el proceso con su propio Abogado y Procurador.*

Se modifica el régimen de la LEC 1881, que al guardar silencio sobre este punto generó la interpretación de que por aplicación de las normas generales de la jurisdicción voluntaria (*vide* art. 10.1 y 3 LEC 1881, en relación a la disposición derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000) no era necesaria la asistencia de Letrado ni la representación por Procurador. Una materia extremadamente compleja como es la analizada exige requisitos de postulación.

8.4 Procedimiento

8.4.1 Iniciación

El escrito de iniciación, a diferencia de lo que ocurría en el régimen derogado necesita adaptarse a la forma de demanda y deberá acompañarse de los documentos que el Convenio aplicable requiera.

En efecto, el apartado primero del art. 778 quinquies dispone que *el procedimiento se iniciará mediante demanda en la que se instará la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia e incluirá toda la información exigida por la normativa internacional aplicable y, en todo caso, la relativa a la identidad del demandante, del menor y de la persona que se considere que ha sustraído o retenido al menor, así como los motivos en que se basa para reclamar su restitución o retorno. Deberá igualmente aportar toda la información que disponga relativa a la localización del menor y a la identidad de la persona con la que se supone se encuentra.*

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

No obstante, el incumplimiento en la solicitud de alguno de los documentos exigidos por el Convenio no deberá llevar a la inadmisión sino a la concesión de un plazo de subsanación, conforme al principio *pro actione* y teniendo en cuenta los delicados intereses subyacentes.

La naturaleza de este procedimiento impone una interpretación flexible de los requisitos formales exigibles. La documentación a presentar habrá de ser la imprescindible. Deben evitarse formalismos superfluos o innecesarios, contrarios a la celeridad, *ratio essendi* de este procedimiento.

La tramitación del procedimiento deberá realizarse en el plazo de seis semanas desde la fecha en que se hubiere solicitado ante el Juez la restitución del menor.

La calificación de preferente del procedimiento (apartado quinto del art. 778 quáter) debe tener como consecuencia concreta que otros procesos sobre guarda y custodia no podrán ser resueltos hasta tanto no se decida primero sobre el proceso de sustracción internacional y sólo cabrá pronunciarse sobre la guarda y custodia cuando en el proceso de sustracción internacional se haya acordado la improcedencia de la restitución.

También las previsiones nuevas de los apartados sexto del art. 778 quáter (efectos de la prejudicialidad penal) y séptimo (cooperación internacional) se orientan a la implementación del principio de celeridad.

Habrán los Sres. Fiscales de partir de la improcedencia, por aplicación de su carácter de urgente y preferente, de la acumulación de este procedimiento a cualquier otro.

El *petitum* puede ser doble: bien la restitución del menor, bien el retorno. Aunque la norma no especifica, habrá de entenderse que el “retorno” consistirá en el traslado del menor al lugar de su residencia, mientras que la “restitución”, sería la entrega del menor a la persona que la ha reclamado, sea ésta realizada en el Estado dónde el menor se encuentra sustraído, en el de su residencia habitual o, incluso, en un tercer Estado. Si la sentencia de este proceso de sustracción internacional de menores es estimatoria de la pretensión de restitución del menor a una persona, el mandato judicial se cumplirá con la entrega del menor a esa concreta persona, que será la responsable de desplazarlo ulteriormente a su Estado de residencia. Si la sentencia del proceso de sustracción internacional de menores es estimatoria de la pretensión de retorno del menor, entonces el mandato judicial se cumplirá con el desplazamiento del menor al Estado requirente.

8.4.2 Competencia

La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya dispone que para determinar qué autoridades judiciales o administrativas son competentes para decidir sobre solicitudes de

decisión de retorno en el marco del Convenio, deben tenerse en cuenta los principios de funcionamiento del Convenio, y particularmente los de rapidez y coherencia.

Disponía el derogado art. 1902 que *será competente el Juez de Primera instancia en cuya demarcación judicial se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos*. Pese a la aparente claridad del art. 1902 LEC se plantearon dudas, pues al intervenir en la mayoría de los casos el Abogado del Estado surgía la cuestión de la aplicabilidad del art. 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de *Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas* que dispone que *para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sea parte el Estado (...) serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla*.

El apartado segundo del art. 778 quáter disipa las dudas al establecer ahora que *en estos procesos, será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si lo hubiere y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda. El Tribunal examinará de oficio su competencia*.

La opción del Legislador es acertada pues teniendo en cuenta los intereses en juego, son necesarios fueros que favorezcan la especialización y la concentración de las competencias. En este sentido se pronunciaron la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya y la Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II.

La claridad de la norma evita también posibles dudas sobre la competencia en los casos en los que por instar la restitución el propio progenitor no intervenga la Abogacía del Estado: también en estos casos será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital.

El carácter preferente debe llevar a atribuir competencia al Juzgado de Guardia en caso de inicio de actuaciones en días inhábiles. Será aplicable el art. 70 LEC en relación con el art. 42.5 del Acuerdo Reglamentario 1/2005, de 27 de abril, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales; ello siempre, claro está, que no exista en el concreto Partido Judicial el servicio especial dentro de la jurisdicción civil que prevé el art. 42.6 del Reglamento 1/2005.

Conforme al art. 42.5 *el Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones urgentes e inaplazables que se susciten en el ámbito de la Oficina del Registro Civil así como de las atribuidas a los Jueces Decanos en el art. 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*.

Recordemos que conforme al art 70 LEC *los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias podrán, a instancia de parte, adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable*.

Conforme al apartado tercero del art. 778 quinquies “cuando el menor no fuera hallado en el lugar indicado en la demanda, y si, tras la realización de las correspondientes averiguaciones por el Secretario judicial sobre su domicilio o residencia, éstas son infructuosas, se archivará provisionalmente el procedimiento hasta ser encontrado.

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

Debe entenderse que el desplazamiento del menor a otra provincia no supone automáticamente la modificación de la competencia. El Juez deberá decidir si continúa conociendo del asunto o si lo remite al Juzgado de la capital de provincia a la que se ha desplazado el menor. Los Sres. Fiscales promoverán la *perpetuatio iurisdictionis* del Juez

inicialmente competente cuando de las circunstancias concurrentes pueda colegirse un comportamiento fraudulento tendente a frustrar la celeridad del procedimiento.

En este sentido, el informe del CGPJ al Anteproyecto consideraba que “el hallazgo del menor en provincia distinta de la inicial no comporta necesariamente la pérdida de competencia del Juzgado que hubiera empezado a conocer del procedimiento, lo cual es razonable, pues desincentiva posibles comportamientos itinerantes de la persona que ha sustraído o retiene al menor, con el ánimo de ir frustrando sucesivamente los procedimientos instados antes autoridades judiciales españolas”.

8.4.3 Medidas cautelares durante la sustanciación del procedimiento

Cabe al tiempo de promover el procedimiento de restitución adoptar medidas cautelares en relación con la custodia del menor y cualquier otra medida de aseguramiento que se estime pertinente.

El apartado octavo del art. 778 quáter dispone a tales efectos que “el Juez podrá acordar a lo largo de todo el proceso, de oficio, a petición de quien promueva el procedimiento o del Ministerio Fiscal, las medidas cautelares oportunas y de aseguramiento del menor que estime pertinentes conforme al artículo 773, además de las previstas en el artículo 158 del Código Civil.

Del mismo modo podrá acordar que durante la tramitación del proceso se garanticen los derechos de estancia o visita, relación y comunicación del menor con el demandante, incluso de forma supervisada, si ello fuera conveniente a los intereses del menor”.

Por tanto, habrá de entenderse admisible la adopción de medidas cautelares de oficio por el Juez. Queda fuera de toda duda la legitimación del Fiscal para promover la tutela cautelar. Se confiere expresa legitimación al Fiscal, en coherencia con su papel constitucional como defensor de los derechos de los ciudadanos y especialmente de los menores.

A efectos de ponderar la pertinencia de promover la adopción de medidas cautelares deberán los Sres. Fiscales evaluar si concurre riesgo de que tras la noticia de la incoación del procedimiento el demandado pueda decidir salir de España con el menor para marchar a un tercer país.

La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya alienta la adopción de medidas cautelares al entender que *pueden jugar un papel muy importante en el éxito y en la rapidez con que avance un caso de retorno de La Haya. En algunos casos, puede ser necesario que los tribunales protejan el bienestar del menor antes de una decisión definitiva. En otros casos, puede ser necesario que los tribunales prevengan la huida de uno de los padres y del hijo fuera de la jurisdicción o que se le esconda en el interior de la jurisdicción. A tal efecto, la ley de aplicación puede contemplar la posibilidad que el juez pueda dar una orden previniendo el desplazamiento del menor para evitar una solicitud de retorno, o ordenar la colocación de un menor en situación de custodia temporal a modo de protección si existe riesgo de que el menor sea desplazado fuera de la jurisdicción o escondido en ésta antes de una orden de un tribunal.*

También podrá acordarse como medida cautelar el reconocimiento de un derecho de visitas provisional al progenitor reclamante, si se encuentra en España. Esta previsión merece un juicio positivo. La conclusión 7ª del Seminario Judicial Internacional sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores celebrado en Ruwenberg, Países Bajos, entre el 20 y el 23 de octubre de 2001 declaraba que *un tribunal competente para tratar de una solicitud de restitución de un menor debería tener también autoridad para decidir sobre una solicitud provisional de visita estando en trámite el procedimiento de restitución.*

El ya reseñado art. 9.3 CDN (derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular) aconseja que los Sres. Fiscales apoyen tal posibilidad, salvo que concurren en el caso concreto circunstancias que, a la luz del superior interés del menor, justifiquen el mantenimiento de la situación inicial.

El inciso segundo del apartado quinto del art. 778 quinquies de nuevo prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares cuando al primer llamamiento el demandado no comparece o no lo hace en forma, no presentando al menor. Es claro que en estos casos el comportamiento procesal del demandado pone de manifiesto un incremento en el *periculum in mora*, por lo que será especialmente aconsejable la adopción, si no se hubiera hecho ya, de medidas cautelares.

8.4.4 Comparecencia del demandado

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

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

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

Será una buena práctica la de promover ya en este momento procesal la audiencia del menor, pues se prevé su asistencia, a fin de evitarle ulteriores comparecencias en el Juzgado.

8.4.5 Resolución sin oposición

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

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

Habrán de entender los Sres. Fiscales que en esta modalidad de allanamiento no será necesaria la audiencia del menor.

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

8.4.6 Contestación

Conforme al apartado sexto del art. 773 ter “si en la primera comparecencia el requerido formulase oposición a la restitución o retorno del menor al amparo de las causas establecidas en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable, lo que deberá realizar por escrito, el Secretario judicial en el mismo día dará traslado de la oposición y citará a todos los interesados y al Ministerio Fiscal a una vista que se celebrará dentro del improrrogable plazo de los cinco días siguientes”.

8.4.7 Celebración de la vista. Asistentes

Conforme al párrafo primero del apartado séptimo del art. 773 ter “la celebración de la vista no se suspenderá por incomparecencia del demandante. Si fuera el demandado que se hubiera

opuesto quien no compareciere, el Juez le tendrá por desistido de la oposición y continuará la vista”.

Si la inasistencia se produjese por parte de la representación de la autoridad central, habrá de entenderse que el interés público subyacente en este procedimiento hace inaplicable el instituto del desistimiento, por lo que o se suspende el acto o continúa la tramitación del mismo. En estos casos, partiendo de que la inasistencia del Abogado del Estado necesariamente debe traer causa en una disfunción organizativa, los Sres. Fiscales promoverán la suspensión. Por ello deben impugnarse resoluciones como la adoptada en el AAP Valencia, secc. 10ª, nº 236/2002 que declara que la exigencia de asistencia a la vista es una carga a las partes demandantes en todo caso, sean particulares o sea la Abogacía del Estado, avalándose la resolución del Juez de instancia de tener por desistido al Abogado del Estado pese a que comunicó vía fax la imposibilidad de asistir a la comparecencia. Este desistimiento *sui generis* se compadece mal con la intervención necesaria del Fiscal y con los elementos de orden público concurrentes.

Solamente podrá darse operatividad al desistimiento del demandante mediante una declaración de voluntad documentada, por encontrarnos ante una materia de orden público internacional. No cabrá deducir un desistimiento por actitudes pasivas.

El art. 1815 LEC 1881 habilitaba al Fiscal para emitir su informe por escrito. Con el nuevo marco procesal y teniendo presente que en estos procedimientos la celeridad es vital, salvo la concurrencia de causas excepcionales, deberá evitarse el traslado del expediente a Fiscalía, a fin de conjurar posibles dilaciones.

La asistencia de los Sres. Fiscales a la vista debe considerarse, teniendo presente los intereses en juego, como absolutamente prioritaria.

No debe exigirse la comparecencia personal del requirente al acto de la vista. Esta comparecencia ni se prevé en los Convenios ni en la Ley. Su exigencia supondría una complicación injustificada al retorno. En este sentido se pronuncia la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya: “debido al carácter internacional del Convenio y a las distancias geográficas que se dan, la exigencia jurídica en algunos países de la comparecencia personal del solicitante en el procedimiento en el Estado requerido puede ocasionar retraso en los procedimientos y añadir unos gastos excesivos para el solicitante. Requerir la presencia personal del demandante en los procedimientos, puede provocar, en algunos casos, la imposibilidad de recurrir al Convenio”.

Conforme al párrafo segundo del apartado séptimo del art. 773 quinquies durante la celebración de la vista “se oirá a las partes que comparezcan para que expongan lo que estimen procedente, en concreto, a la persona que solicitó la restitución o retorno, al Ministerio Fiscal y a la parte demandada, incluso si compareciere en este trámite por vez primera”.

En cuanto a la prueba, se practicarán, en su caso, 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, dentro del plazo improrrogable de seis días. El Juez podrá también recabar, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, los informes que estime pertinentes cuya realización será urgente y preferente a cualquier otro proceso.

Deben los Sres. Fiscales tener presente que sólo son admisibles pruebas para decidir sobre la ilicitud o no del traslado o retención, sobre la concurrencia de presupuestos fácticos de las excepciones y sobre las medidas a adoptar. Habrán de ser rechazadas las pruebas que traten de articularse para decidir sobre quien tiene mejor derecho para ser custodio del menor.

La previsión de que el Juez acuerde la elaboración de informes tras oír al menor ha de coherencia con la necesidad de celeridad. Debe en cada caso sopesarse la utilidad de estos informes. Teniendo en cuenta el limitado objeto del proceso, debe aplicarse rigor a la hora de admitir sólo la prueba pertinente y necesaria, respetando los plazos breves marcados por la Ley y los Convenios.

Deben los Sres. Fiscales tener en cuenta la experiencia del Servicio Social Internacional (SSI) en asuntos de sustracción de menores y su papel a instancias de los órganos jurisdiccionales para informar sobre las condiciones de vida del niño en su nuevo entorno o en su entorno anterior, así como para mediar entre los progenitores.

También puede ser del máximo interés la prueba del derecho extranjero del lugar de residencia habitual del menor, para calibrar si ha existido traslado ilegal. A este respecto, el informe Pérez Vera considera en su punto 94 que (...) en el caso de que el traslado haya tenido lugar antes de que se haya dictado una resolución relativa a la custodia del menor, la Autoridad central del Estado de la residencia habitual de este menor podrá expedir una certificación sobre el contenido del derecho de dicho Estado, con vistas a la aplicación del Convenio. Este mismo informe, en su punto 101 declara que la prueba del contenido del derecho del Estado de la residencia habitual del menor se puede establecer bien con una certificación, bien con una declaración responsable, es decir mediante documentos que incluyan declaraciones solemnes que comprometan la responsabilidad de sus autores. En cuanto a quién puede realizar tales declaraciones, el Convenio ha elegido una fórmula amplia que debe facilitar la tarea del demandante... Así pues, además de las Autoridades centrales y de las demás autoridades competentes del Estado de la residencia habitual del menor, las declaraciones en cuestión pueden proceder de cualquier persona cualificada, por ejemplo de un notario, de un abogado o de instituciones científicas. Por su parte, el punto 119 propugna una flexibilización de la prueba del derecho extranjero.

Si no se ha podido practicar toda la prueba en el acto de la vista, y se estima que ésta es indispensable, puede fijarse un nuevo plazo improrrogable de seis días para su práctica.

8.4.8 Audiencia del menor

Conforme al párrafo primero del apartado octavo del art. 778 quinquies “antes de adoptar cualquier decisión relativa a la procedencia o improcedencia de la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia, el Juez, en cualquier momento del proceso y en presencia del Ministerio Fiscal, oirá separadamente al menor, a menos que la audiencia del mismo no se considere conveniente atendiendo a la edad o grado de madurez del mismo, lo que se hará constar en resolución motivada”.

El párrafo segundo del apartado octavo del art. 778 quinquies reproduce la previsión ya contenida en la regla 4ª párrafo tercero del art. 770 LEC, añadida por la disposición final 1ª de Ley 15/2005 de 8 julio: “en la exploración del menor se garantizará que el mismo pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Esta actuación podrá realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar”.

Por tanto, la audiencia al menor no debe tener lugar en la vista del juicio verbal. Debe oírsele separadamente. Ha de llevarse a cabo a solas y sin posible contradicción por ninguno de los activa o pasivamente implicados en el expediente. El Fiscal debe, como regla general, asistir a la exploración del menor, pudiendo formularle preguntas. Será especialmente recomendable que el Fiscal asista, a fin de que pueda formarse adecuadamente su criterio. La intermediación en estos casos es fundamental para calibrar las circunstancias del menor y para valorar adecuadamente lo que el mismo exponga.

Debe aquí recordarse que nuestro máximo intérprete constitucional, en relación con una causa civil en la que no se permitió al Fiscal asistir a la exploración, declara que si bien los arts. 138.2 y 754 LEC permiten celebrar las audiencias de menores sin asistencia de las partes “tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso de forma imparcial como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias” (STC nº 17/2006, de 30 de enero). Tal doctrina es plenamente aplicable en el ámbito del proceso sobre retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional.

Los Sres. Fiscales promoverán la grabación del acto de la audiencia al menor, o en su defecto, su transcripción lo más extensa y exacta posible, a fin de que pueda en su caso ser debidamente valorada en segunda instancia sin necesidad de una nueva y siempre perturbadora comparecencia del menor en dependencias judiciales.

Podrá omitirse la audiencia del menor tanto cuando se estime que no tiene suficiente juicio para ello como cuando éste, voluntariamente, deje de comparecer, si se considera que tiene suficiente madurez.

En cuanto a las pautas de valoración, debemos remitirnos a lo reseñado en el epígrafe 4.6.7.

8.4.9 Decisión

El apartado nueve del art. 778 quinquies dispone que “celebrada la vista y, en su caso, practicadas las pruebas pertinentes, dentro de los tres días siguientes a su finalización, el Juez dictará sentencia en la que se pronunciará únicamente sobre si el traslado o la retención son ilícitos y acordará 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. 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”.

El anterior art. 1908 LEC 1881 preveía la resolución en forma de auto, lo que dio lugar a una práctica dispersa. Con la nueva regulación, queda claro que la decisión ha de adoptar la forma de sentencia, como es lógico y coherente con la naturaleza contenciosa del procedimiento.

La sentencia debe pronunciarse además sobre las costas, que han de imponerse a la persona que hubiere trasladado o retenido al menor. El mismo régimen será aplicable a 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.

8.4.10 Recursos

La sentencia es apelable. El apartado decimoprimer del art. 778 quinquies desarrolla su tramitación, basada en el principio de celeridad.

El recurso de apelación tiene en la nueva regulación, además de los devolutivos, efectos suspensivos, y coherentemente, la nueva redacción del art. 525 LEC declara que las sentencias dictadas sobre las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional y derechos honoríficos no serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional. En el procedimiento de la LEC 1881 se regulaba un recurso de apelación en un solo efecto, con el fin de evitar dilaciones y preservar el plazo máximo de seis meses de duración del procedimiento. No obstante, tal previsión generaba problemas, pues la ejecución de la restitución antes de la resolución de la apelación podía llevar a situaciones gravemente perturbadoras.

Por todo ello, la opción del Legislador por configurar la apelación con efecto suspensivo debe estimarse acertada. La recta aplicación de la LEC no debiera generar dilaciones incompatibles con el espíritu del Convenio: la apelación debe ser resuelta en el improrrogable plazo de 20 días. Los plazos procesales, cuando afectan a causas en las que el interés del menor resulta directamente afectado, han de ser escrupulosamente respetados.

Debe ponerse fin a las disfunciones detectadas durante la vigencia de la apelación prevista en la Sección Segunda del Título IV del Libro III de la LEC 1881 en que se han venido detectando graves dilaciones incompatibles con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país.

En este sentido, el informe del Consejo Fiscal consideraba que *el reconocimiento de la apelación en ambos efectos debiera traer consigo un riguroso cumplimiento del plazo de veinte*

días para su resolución. En otro caso, los efectos pueden ser demoledores para el procedimiento.

Por último, debe tenerse en cuenta que en atención a la naturaleza de la pretensión que se sustancia, los requisitos formales del recurso de apelación deben verse atemperados. Así en el caso examinado por la SAP Asturias, secc. 7ª, nº 8/2008, de 15 de enero, en el que se alega de forma sorpresiva la excepción de grave riesgo para el menor, para la Sala “dicha alegación no se ve afectada por el principio de inmutabilidad de los términos del debate que resultaría de la aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur* y lo dispuesto en el artículo 456-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civi(...) por serle de aplicación la excepción que, en procedimientos como el que nos ocupa, en que se ven involucrados intereses de personas menores de edad o incapacitadas, establece el artículo 752.1 del citado Texto Legal”.

8.4.11 Ejecución

En cuanto a las disposiciones adoptadas para materializar la restitución, ante las lagunas que en este punto presenta el CH80 parece conveniente especificarlas en la resolución judicial con el máximo detalle: mientras más pormenorizadamente se determinen, menores posibilidades de conflicto habrá.

El punto 6.7 de la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya también postula la necesidad de que la decisión de retorno establezca en detalle la forma en que ha de ejecutarse.

La necesidad de una rápida ejecución de las decisiones de retorno fue destacada por la Comisión en su cuarta reunión, insistiéndose, por la delegación española, en la conveniencia de establecer medidas cautelares para evitar el ocultamiento del menor con posterioridad a su adopción.

Debe también recordarse que una de las obligaciones de las autoridades centrales es la de la puesta en práctica de las medidas administrativas necesarias y pertinentes en cada caso para garantizar el retorno sin peligro del menor, por lo que habrá en su caso de prestar la necesaria asistencia al Juzgado ejecutante.

Es claro que ante una actitud renuente o rebelde del progenitor sustractor habrán de acordarse las medidas procedentes, incluso la actuación coactiva a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya en su punto 4.2.2.8 bajo la rúbrica “asegurar la ejecución de la decisión” dispone que “los servicios sociales y de policía pueden ser requeridos para que aporten toda la asistencia necesaria a la Autoridad central para asegurar la ejecución de la orden de retorno o impedir el desplazamiento del menor fuera del país antes del retorno”.

El nuevo apartado decimotercero del art 778 quinquies incorpora estas recomendaciones disponiendo que “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”.

La decisión de retorno no necesariamente conlleva la entrega del menor al progenitor promotor del procedimiento. En ocasiones, por más que pueda ser aparentemente paradójico, habrá de garantizarse el retorno del menor al Estado de origen junto a su secuestrador, que puede ser quien habitualmente ejerza la guarda y custodia.

Si la sentencia del proceso de sustracción internacional de menores es estimatoria de la pretensión de restitución del menor, a una persona, institución u organismo que tenga atribuida

la custodia, el mandato judicial se cumplirá con la entrega del menor a esa concreta persona, que será en su caso la responsable de desplazarlo a su Estado de residencia.

La multiplicidad de situaciones que pueden darse en la realidad impide una mayor concreción, más allá de la exposición de los recursos potencialmente aprovechables para articular la ejecución.

8.4.12 Mediación

El apartado decimosegundo del art. 778 quinquies establece la posibilidad de acordar la suspensión de la tramitación del procedimiento para articular una mediación.

La previsión de un procedimiento de mediación respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva es expresamente recogida por el CH80, que en su art. 7 impone a las Autoridades centrales la obligación de facilitar una solución amigable del conflicto poniendo los medios necesarios para ello, entre los que se encuentra la mediación familiar.

El Informe Pérez Vera en su punto 92 consagra el deber de las Autoridades centrales de tratar de encontrar una solución extrajudicial al asunto: el número de casos que es posible resolver sin tener que recurrir a los tribunales es considerable. Ahora bien, una vez más, es la Autoridad central la que, en esas etapas previas a un eventual procedimiento judicial o administrativo, dirige la evolución del problema; así pues, a ella le corresponde decidir en qué momento han fracasado los intentos llevados a cabo para garantizar la "restitución voluntaria" del menor, para facilitar una "solución amigable".

Todas las actuaciones de mediación quedan subordinadas a que no supongan "un retraso injustificado del proceso". Deberán tenerse presentes las prescripciones de la Ley 5/2012, de 6 de julio *de mediación en asuntos civiles y mercantiles* y las previsiones de la Guía de Buenas Prácticas (Parte V Mediación), aprobada en 2012.

9. Procedimiento para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional

El art. 15 CH80 prevé que la autoridad central requerida podrá exigir una decisión o certificación que acredite en el Estado solicitante que el traslado ha sido ilícito.

Con carácter novedoso, e implementando las previsiones del art. 15 CH80, el art. 778 sexies LEC incorpora un procedimiento para obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención han sido ilícitos. Esta previsión se refiere a supuestos en los que un menor con residencia habitual en España sea objeto de un traslado o retención internacional.

Este precepto dispone que cuando un menor con residencia habitual en España sea objeto de un traslado o retención internacional, conforme a lo establecido en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable, cualquier persona interesada, al margen del proceso que se inicie para pedir su restitución internacional, podrá dirigirse en España a la autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención lo han sido ilícito (...).

Tal pretensión deberá articularse bien por los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, o a través de las medidas del artículo 158. En todo caso, habrá de entenderse que el Ministerio Fiscal deberá intervenir, dictaminando sobre si el traslado o retención es o no lícito. El despacho de estos asuntos será competencia de los Fiscales encargados de los asuntos de familia, salvo que conforme a las potestades auto-organizativas de cada Fiscalía se acuerde otra regla de reparto.

Desde el punto de vista de nuestro Derecho interno, debe tenerse presente que la Jurisprudencia considera que la guardia y custodia es una parte de las facultades comprendidas en la patria potestad. Se integraría por las disposiciones necesarias para el cuidado diario y cotidiano del menor. Las decisiones trascendentes excederían de la guarda y custodia y requerirían el concurso de los titulares de la patria potestad. Por decisiones trascendentes que requieren el concurso de los titulares de la patria potestad pueden mencionarse la decisión sobre el tipo de enseñanza, sobre la variación del domicilio del hijo o

hija menor de forma que lo aparte de su entorno habitual, sobre la disposición de su patrimonio más allá de lo necesario para atender a sus necesidades ordinarias, la selección del centro educativo y la decisión sobre educación religiosa o laica.

No podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia del menor, y los posteriores traslados de domicilio de éste que lo aparten de su entorno habitual. En este sentido se pronuncia la STS (civil) 642/2012, de 26 de octubre.

En el ámbito de los Derechos propios de las Comunidades Autónomas, el art. 236-11 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, *del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia* requiere el consentimiento de ambos progenitores para variar el domicilio de los hijos menores si el cambio los aparta de su entorno habitual, y en defecto de consentimiento exige que se solicite autorización judicial en la forma regulada en el artículo 236-13 que atribuirá la facultad de decidir a uno de ellos. La facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores forma parte del contenido de la potestad parental (art. 236-17.2) cuyas responsabilidades no quedan alteradas por la nulidad, divorcio o separación de los padres (art. 233-8) que mantienen las mismas responsabilidades que en la medida de lo posible se han de ejercer conjuntamente.

Desde el punto de vista de nuestro Derecho si la sentencia de separación, nulidad o divorcio atribuye la guarda y custodia a un progenitor correspondiendo el ejercicio de la patria potestad a ambos, ambos tendrán que decidir sobre los asuntos de mayor trascendencia relativos a la vida y gobierno del menor. Por ello, en estos casos debe haber acuerdo de los dos progenitores ante cualquier modificación de la residencia del menor que suponga un cambio de su entorno físico y social.

Por tanto, cuando se dicta una resolución estándar en la que, atribuyéndose la patria potestad conjunta y la guarda y custodia a uno de los progenitores, no se hace ningún pronunciamiento en cuanto a la facultad de decidir la residencia, la misma ha de entenderse corresponde a ambos progenitores de común acuerdo y, en su defecto, a la decisión judicial.

Es especialmente esclarecedora en este punto la SAP Castellón, secc. 2ª nº 54/2010, de 10 de septiembre, que dispone que “la atribución de la guarda y custodia sobre un menor no conlleva que el titular de aquella tenga la libérrima facultad de decidir, sin limitaciones, el domicilio del menor sometido a dicha guarda y custodia. Nos parece evidente que el derecho fundamental... del progenitor custodio a elegir su lugar de residencia, no puede desvincularse de los intereses del menor que tan drásticamente pueden verse afectados por un ejercicio irresponsable de dicho derecho fundamental (...) Este es también el planteamiento que se sigue en el auto del TC 127/86 (...) sobre la existencia de cargas, gravámenes o limitaciones que puedan afectar a la libertad de establecimiento y de fijación del lugar de residencia, en supuestos en los que la limitación viene impuesta por un interés protegido de manera privilegiada en el Ordenamiento jurídico, como es el de los hijos menores (...) En principio, por tanto, un cambio de domicilio relevante para la vida del menor es una cuestión que debería ser decidida conjuntamente por los dos cotitulares de la patria potestad, y, en defecto de acuerdo, por la autoridad judicial”. En el mismo sentido se pronuncian las SSAP Castellón, secc. 2ª nº 158/2012, de 28 de noviembre y Castellón, secc. 2ª nº 101/2013, de 6 de septiembre.

Por ello, los Sres. Fiscales habrán de partir a la hora de dictaminar en estos expedientes del principio de que desde la perspectiva de nuestro Derecho, un traslado con cambio de residencia de un menor por uno de los progenitores a un tercer país sin consentimiento del otro, cuando ambos son cotitulares de la patria potestad, es un traslado ilícito, aún en el caso en que la guarda y custodia esté atribuida exclusivamente al progenitor que lleva a cabo el traslado.

10. Autorización judicial del cambio de residencia

Lógicamente, que no pueda decidirse el cambio de residencia del menor unilateralmente no significa que no pueda ser autorizado judicialmente en caso de discrepancias. Este escenario sería el anverso de las actuaciones de sustracción. Si un progenitor que comparte la patria potestad con el otro quiere modificar la residencia del menor y establecerla en un tercer país

debe pedir al otro progenitor que preste su consentimiento. Si el otro progenitor no lo presta, deberá acudir al Juez para que en su caso autorice el cambio de residencia.

En estos supuestos de solicitud de autorización judicial para el cambio de residencia, a la hora de fijar posición, son de interés, como manifestación del denominado *soft law*, los Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la responsabilidad parental, elaborados por la Comisión Europea de Derecho de familia en los que se sugiere que en estos casos se tenga en cuenta: (a) la edad y la opinión del niño; (b) el derecho del niño a mantener relaciones personales con los otros titulares de la responsabilidad parental; (c) la capacidad y voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar; (d) la situación personal de los titulares de la responsabilidad parental; (e) la distancia geográfica y las facilidades de acceso; (f) la libre circulación de personas.

En el ámbito de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado tras la reunión de expertos celebrada en Washington en marzo de 2010 se alcanzaron unas conclusiones recogidas en la Declaración sobre la reubicación familiar internacional, estableciendo una lista de elementos que debían ser tenidos en cuenta por la autoridad competente en el ejercicio de la facultad discrecional de autorizar o no el traslado. Así se hace referencia al derecho del niño a mantener relaciones personales con ambos progenitores; la opinión del menor; las razones del traslado; la existencia de un clima familiar violento; las relaciones familiares previas; las decisiones familiares previas en materia de custodia y derechos de visita; el impacto de una negativa al traslado sobre el niño y los padres; la naturaleza de las relaciones paternofiliales y el compromiso del progenitor que quiere trasladarse respecto al mantenimiento de las relaciones personales con el otro progenitor; si las propuestas para el ejercicio del derecho de visita son realistas, entre otras.

La STS nº 536/2014, de 20 de octubre fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: “el cambio de residencia del extranjero progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con el”.

11. Medidas frente a la sustracción internacional de menores

La finalidad de estas medidas preventivas entronca con la protección al menor frente a los daños que pueden derivarse de un traslado ilegal, con la salvaguarda de su derecho a relacionarse con ambos progenitores, y con la defensa también del derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos.

La LO 9/2002, de 10 de diciembre introdujo tres medidas tendentes a evitar la sustracción en caso de *periculum* en el art. 103 CC relativo a las medidas provisionales que cabe adoptar en los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio: prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; prohibición de expedición del pasaporte al menor o la retirada en su caso y sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio en el domicilio del menor.

El art. 158 CC reproduce los contenidos del art. 103, pero además deja la puerta abierta (*numerus apertus*) a la posibilidad de adoptar otro tipo de medidas tendentes a neutralizar el *periculum* de sustracción.

Quien impetra estas medidas debe acreditar que concurre el *fumus boni iuris* (derecho a decidir en cuanto al domicilio del hijo) y el *periculum in mora* (indicios de que se puede producir una sustracción). No obstante, a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad debe tenerse presente que algunas de las medidas previstas en el art 158 CC para conjurar el riesgo de sustracción no suponen ningún sacrificio para el destinatario, y simplemente implican poner trabas a la eventual realización de un acto antijurídico.

Las medidas del art. 158 CC, a diferencia de las previstas en el art. 103 CC, pueden adoptarse al margen de los procesos matrimoniales. Conforme a lo dispuesto en el art. 158 CC en su párrafo último *podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.*

Cabe la posibilidad cautelar de que -en caso de separación, nulidad o divorcio de matrimonios de distinta nacionalidad, para el supuesto de que se otorgue la guarda y custodia al progenitor

español- se establezca un derecho de visitas a disfrutar obligatoriamente en España, sin posibilidad de trasladar al menor al extranjero. Esta medida debiera en todo caso entenderse subordinada a que se acredite indiciariamente un riesgo de sustracción, ponderando a tales efectos si el país del progenitor no custodio es parte o no del CH80.

El dato de que el país al que puede ser trasladado el menor haya ratificado o no el CH80 es tenido especialmente en cuenta a fin de descartar el *periculum* (ATSJ de Cataluña, secc. 1ª de 19 de junio de 2014; SAP Barcelona, secc. 12ª nº 308/2014, de 9 de mayo; SAP Madrid, secc. 22ª, nº 185/2012, de 6 de marzo; SAP Barcelona, secc. 12ª, nº 554/2013, de 18 de julio; SAP Asturias, secc. 6ª, nº 284/2013, de 28 de octubre; SAP Baleares secc. 4ª nº 58/2011, de 2 de marzo). Con mayor fundamento habrá de ser tenido en cuenta el dato de que el país al que puede ser trasladado el menor sea de la Unión Europea y pueda aplicarse el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre (SAP Madrid, secc. 22ª, nº 755/2014, de 19 de septiembre).

No obstante, cuando el *periculum* sea de más intensidad, cabrá adoptar medidas preventivas aun cuando el país al que puede ser trasladado el menor sea firmante del CH80 (SAP Murcia, secc. 4ª, nº 109/2014, de 20 de febrero).

La resolución que acuerda la prohibición de salida del país por considerar que concurre riesgo de sustracción implica una serie de actividades de ejecución complementarias, tales como el libramiento de los correspondientes oficios a las autoridades de interior y de aduanas. Estas actividades de ejecución complementarias deben adoptarse de oficio y sin demora. En la STEDH de 22 de diciembre de 2009 caso Tapia Gasca y D. contra España en un supuesto de sustracción internacional se constata falta de diligencia al no haber sido ejecutada en su debido tiempo la orden de cierre de fronteras.

Entre tales actividades, además de la notificación de la prohibición de traslado al progenitor, puede incluirse la comunicación de tal circunstancia a las autoridades policiales para impedir que el progenitor expida pasaporte para la hija y para que provisionalmente se lo retiren en caso de tenerlo ya (SAP Cádiz secc. 5ª de 6 octubre de 2006).

12. Cláusula de vigencia

Al no haberse dictado con anterioridad Circulares, Instrucciones o Consultas sobre sustracción internacional de menores, la presente no sustituye disposiciones de documentos anteriores. Se confirma el criterio de la Instrucción 3/2008, de 30 de julio, *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores* en cuanto a la atribución de la función de intervenir en los procesos civiles de sustracción internacional de menores a los Fiscales de las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales.

13. Conclusiones

1ª En los supuestos de sustracción internacional de menores, debe partirse de la presunción legal de que el interés del menor consiste en ser restituido o retornado al país de su residencia habitual en el plazo más breve posible una vez comprobado que concurren todos los requisitos exigidos en el Convenio aplicable.

Esta regla general admite derogaciones a través del sistema de excepciones a la restitución que los propios Convenios suscritos por España contienen. La apreciación de excepciones debe hacerse siguiendo pautas interpretativas restrictivas.

2ª Corresponde a los Fiscales de las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales la función de intervenir en los procesos civiles de sustracción internacional de menores.

El despacho de los procedimientos para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional (art. 778 sexies LEC) será competencia de los Fiscales encargados de los asuntos de familia, salvo que conforme a las potestades auto-organizativas de cada Fiscalía se acuerde otra regla de reparto.

3ª El Ministerio Fiscal tiene legitimación para plantear *per se* las excepciones al retorno contenidas en los artículos 13 y 20 CH80, para proponer prueba en orden a acreditar o

descartar la concurrencia de los presupuestos de las excepciones a la restitución y para promover la adopción de medidas cautelares.

4ª 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 del procedimiento.

5ª Los Sres. Fiscales deberán oponerse a la práctica de pruebas que se orienten a decidir cuál de los progenitores debe ostentar la custodia de los menores afectados y habrán de recurrir las resoluciones dictadas en el curso del procedimiento sobre retorno que supongan una decisión sobre el derecho de custodia.

6ª En el sistema del CH80 el derecho de custodia quebrantado por el traslado ilícito puede derivar de una resolución judicial o directamente de la aplicación del Derecho vigente en el Estado de residencia.

7ª Aunque el traslado de residencia se lleve a cabo por el progenitor al que se había atribuido la guarda y custodia, si conforme al Derecho del país de origen la facultad de decidir sobre la residencia del menor correspondía conjuntamente a ambos progenitores, a salvo la posible concurrencia de excepciones, procede acordar el retorno.

8ª Cuando España sea el país requerido, habrá de estarse al Derecho aplicable en el país de residencia para calibrar si el progenitor reclamante tenía el cuidado de la persona del menor o disponía de la facultad de decidir sobre su lugar de residencia.

9ª Entran dentro del radio protector del CH80 todas las modalidades del ejercicio del derecho de custodia de menores, pudiendo ser sus titulares tanto personas físicas como jurídicas.

10ª Deberán los Sres. Fiscales partir de que si el menor afectado cumple los dieciséis años durante la tramitación del procedimiento no procederá adoptar resolución alguna sobre su retorno o restitución.

11ª Las excepciones al retorno del menor han de ser objeto de una interpretación restrictiva.

12ª A efectos de evaluar la concurrencia de la excepción de integración, deberán los Sres. Fiscales entender que la reclamación determinante para el cómputo del año es la que se realiza ante las autoridades españolas.

13ª En ningún caso podrá prosperar la alegación de que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio si aún no ha transcurrido ese plazo de un año.

14ª No puede a través de la excepción de concurrencia de grave riesgo, denegarse el retorno porque el menor se encuentre bien en España o porque sea dolorosa la separación del progenitor que ha trasladado ilícitamente al menor o porque el retorno sea incómodo para el menor. Debe evitarse a toda costa que a través de la articulación de la excepción de grave riesgo se decida quién tiene mejor derecho para ser custodio del menor.

15ª Es frecuente la alegación de grave riesgo de peligro psicológico en relación con menores de corta edad que siempre han vivido con el custodio/sustractor. En este punto debe recordarse que el daño potencial no traerá causa en el retorno del menor, sino en una eventual negativa del custodio/sustractor a acompañarle. Ello debe llevar como regla general a oponerse a la aplicación de esta excepción ante estas alegaciones, pues de otro modo se permitiría que quien ha cometido un ilícito y quien tiene el dominio del hecho para evitar el daño se prevalga de tal situación.

16ª La opinión del menor como pauta para concretar su interés superior se torna absolutamente esencial, en función de dos criterios: su edad –a mayor edad más peso debe reconocerse a sus opiniones- y su grado de madurez, que modula la importancia de la edad. También es fundamental la argumentación con la que el menor justifica su elección. Debe en estas audiencias tenerse especial cuidado en plantearla de modo que no se haga recaer sobre el menor la carga de la decisión.

17ª El Fiscal no solo puede estar presente e interrogar al menor sino que debe, como regla general, asistir a la exploración del mismo.

18ª La audiencia al menor no debe tener lugar en la vista del juicio. Debe oírsele separadamente. Ha de llevarse a cabo a solas y sin posible contradicción por ninguno de los activa o pasivamente implicados en el expediente.

Los Sres. Fiscales promoverán la grabación del acto de la audiencia al menor, o en su defecto, su transcripción lo más extensa y exacta posible, a fin de que pueda en su caso ser debidamente valorada en segunda instancia sin necesidad de una nueva y siempre perturbadora comparecencia del menor en dependencias judiciales.

19ª El nuevo procedimiento regulado en la LEC es aplicable cualquiera que sea el Convenio, de entre los suscritos por España, que se alegue como fundamento de la petición de restitución (Convenio de Luxemburgo, Convenio de La Haya, Convenio Bilateral con Marruecos y Reglamento Bruselas bis II).

20ª No será aplicable el procedimiento de la LEC cuando el Estado requirente no sea parte en ninguno de los Convenios.

21ª La omisión en la solicitud de alguno de los documentos exigidos por el Convenio en el procedimiento de restitución no debe llevar a la inadmisión sino a la concesión de un plazo de subsanación, conforme al principio *pro actione* y teniendo en cuenta los delicados intereses subyacentes.

22ª El carácter preferente y urgente del procedimiento debe llevar a la improcedencia de la acumulación de este procedimiento a cualquier otro.

23ª Ante los cambios de domicilio de los demandados, los Sres. Fiscales promoverán la *perpetuatio iurisdictionis* del Juez inicialmente competente cuando de las circunstancias concurrentes pueda colegirse un comportamiento fraudulento tendente a frustrar la celeridad del procedimiento.

24ª A efectos de ponderar la pertinencia de promover la adopción de medidas cautelares deberá evaluarse si concurre riesgo de que tras la noticia de la incoación del procedimiento el demandado pueda decidir salir de España con el menor para marchar a un tercer país.

25ª El derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, reconocido en la CDN, aconseja que como regla general los Sres. Fiscales apoyen las medidas cautelares que se promuevan a fin de activar el derecho de visitas provisional, salvo que concurren en el caso concreto circunstancias que, a la luz del superior interés del menor, justifiquen el mantenimiento de la situación inicial.

26ª No debe exigirse la comparecencia personal del requirente al acto de la vista.

27ª Deben los Sres. Fiscales tener presente que sólo son admisibles pruebas para decidir sobre la ilicitud o no del traslado o retención, sobre la concurrencia de presupuestos fácticos de las excepciones y sobre las medidas a adoptar. Habrán de ser rechazadas las pruebas que traten de articularse para decidir sobre quien tiene mejor derecho para ser custodio del menor.

28ª El Fiscal debe intervenir en el procedimiento para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional previsto en el art. 778 sexies LEC.

29ª A la hora de dictaminar en los procedimientos para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional, los Sres. Fiscales habrán de partir del principio de que desde la perspectiva de nuestro Derecho, un traslado de un menor por uno de los progenitores a un tercer país sin consentimiento del otro, cuando ambos son cotitulares de la patria potestad, es un traslado ilícito, aún en el caso en que la guarda y custodia esté atribuida exclusivamente al progenitor que lleva a cabo el traslado.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en los procedimientos de sustracción internacional de menores, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

Madrid, 17 de noviembre de 2015.- La Fiscal General del Estado, Consuelo Madrigal Martínez-Pereda.