

La integración europea en el Derecho de Familia. Sustracción internacional de Menores: el caso *Juana Rivas*

European Integration in Family Law. International Child Abduction: The Juana Rivas Case

Isabel LORENTE MARTÍNEZ

Abogada Colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

Doctora en Derecho

Profesora Asociada de Derecho internacional privado. Universidad de Murcia

isabel.lorente@um.es

Fecha de recepción: 30 de junio de 2019

Fecha de aceptación definitiva: 30 de septiembre de 2019

Resumen

El caso de Juana Rivas ha sido, sin duda alguna, uno de los casos de sustracción internacional de menores más mediáticos de los últimos tiempos. Ha sido un caso instrumentalizado, y se han vertido sobre el mismo numerosas informaciones que han oscurecido y tergiversado la verdadera cuestión que ha ocupado a los tribunales españoles en relación con los niños: dar una solución jurídica a la sustracción de dos

Abstract

Juana Rivas's case has been, undoubtedly, one of the cases of international child abduction of more media minors of last times. It has been a case carried out, and there has been spilt on the same one numerous information that have got dark and distorted the real question that has occupied to the Spanish courts in relation with the children: to give a juridical solution to the international

menores por parte de su madre, trasladados ilícitamente de Italia a España.

child abduction of two minors on the part of his mother, moved illicitly from Italy to Spain.

Palabras clave: sustracción internacional de menores; restitución del menor; Reglamento Bruselas II-bis; interés superior del menor; custodia.

Key words: *international child abduction; return of the child; Brussels II Regulation; best interest of the child; custody.*

1. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ASPECTOS PREVIOS

1.1. *Perspectiva social*

La sustracción internacional de menores constituye un problema social de primer orden. Este fenómeno social ha tenido un aumento ascendente progresivo desde la década de los setenta hasta nuestros días. Y su evolución resulta imparable. Es, por desgracia, un fenómeno cada vez más frecuente en todo el mundo. Y son muchos los trazos que dibujan el paisaje de esta cuestión.

Esta compleja problemática requiere una visión global de la misma para explicar las causas de su origen, que se pueden enumerar sin ánimo exhaustivo en las siguientes:

a) Ruptura de un matrimonio mixto. Se percibe un gran aumento de disoluciones en los matrimonios entre personas de distinta nacionalidad y distinta cultura. Son frecuentes las separaciones y los divorcios. Son «parejas de alto riesgo»¹. b) El paso rápido por las fronteras. El espacio *Schengen*, que en Europa facilita el paso de un Estado a otro, ya que se eliminan las fronteras personales interiores, transportes internacionales veloces o transporte por carretera sin control policial en la UE son elementos que se prestan a que los traslados se hagan con cierta rapidez y facilidad. c) El uso del derecho de visitas para realizar el secuestro, o incluso la utilización del derecho de custodia de algunas madres que secuestran para huir de una situación de maltrato o abuso por parte del padre. d) Y sin olvidar un importante dato, el transcurso del tiempo. En estos casos, como

1 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y SEATZU, F. 2009: «Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento "Roma III"». *RDIPP*, 2009: 567-588. *Vid.* SEATZU, F. y CARRASCOSA, J. 2010: «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III». *Studi sull'integrazione europea*, 2010: 49-78. ANCEL, B. y MUIR-WATT, H. 2011: «La désunion européenne: le Règlement dit *Bruxelles II*». *RCDIP*, 2011: 403-457; ANCEL, B. y MUIR-WATT, H. 2005: «L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis». *RCDIP*, 2005: 569-605; DAVÍ, A. 1989: «Separazione personale». *EdD*, 1989: vol. XLI, 1412-1434; ALPA, G. 2016: *I nuovi confini del diritto privato europeo. New borders of European Private Law*, 33 ss. DETHLOFF, 2003: «Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe». En K. Boele-Woelki (ed.): *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. Intersentia, 51-59.

acertadamente señala C. BÖHMER², se trata de una lucha contrarreloj. Los procedimientos legales siguen su vía, el menor crece y se adapta a su nuevo medio, su centro social de vida se encuentra en ese país al que ha sido trasladado. En estos supuestos la lucha contra el reloj es primordial y la respuesta a los casos ha de ser veloz. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 31 de enero de 2013³, FD SEGUNDO: «Posiblemente, en esta clase de asuntos el carácter adecuado de una medida depende de la celeridad en su aplicación»⁴.

Es un hecho constatado que algunos de estos casos han tenido un gran eco en la sociedad por la relevancia que han alcanzado a través de los medios de comunicación y en algunos casos por ser casos politizados. Los casos de sustracción internacional de menores están íntimamente relacionados con la dignidad personal y con la defensa de la posición jurídica de la mujer. Estos casos han mutado desde que comenzaron a plantearse estas cuestiones ante los órganos jurisdiccionales. El caso tipo de los años ochenta tenía como notas comunes que el progenitor secuestrador era el progenitor al que tras una ruptura matrimonial se IE había atribuido el «derecho de visita»; durante el periodo de visita sustraía al menor y lo trasladaba a otro país, lugar donde este progenitor intentaba obtener la custodia ante las autoridades de ese nuevo país. Hoy día los casos de secuestro internacional de menores han cambiado esas notas comunes. En nuestra época la gran mayoría de progenitores secuestradores son madres que ostentan la custodia sobre el menor y que huyen de una situación de violencia y abusos del padre⁵. Llevan al menor a otro país distinto del de su residencia habitual para protegerlo de una situación de violencia doméstica. Social y jurídicamente, el secuestro internacional de menores ha sufrido cambios contextuales en los últimos 40 años.

Se observa que desde el primer caso de sustracción internacional de menores que llegó al Tribunal Supremo en España, el caso Bornes contra Fuentes⁶ en 1975,

2 BÖHMER. C. 1985: «Der deutschspanische Vollstreckungsvertrag vom 14. November 1983 und das Allgemeine Ausführungsgesetz vom 30. Mai 1988». *IPrax*, 1985, 334-338.

3 STS 31 de enero de 2013 «posiblemente, en esta clase de asuntos el carácter adecuado de una medida depende de la celeridad en su aplicación». ECLI: ES:TS:2013:373

4 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*. vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, 545.

5 CAÑADAS LORENZO, M. J. «La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores», ponencia de la Fiscal Adscrita a la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer, <file:///C:/Users/Isabel/Downloads/EX1829%20Mesa%20V%2001%20Protecci%C3%B3n%20menores.%20%20Incidencia%20de%20la%20VG%20en%20la%20sustraccioin%20internacional%20de%20menores.%20M%C2%AA%20Jes%C3%BAs%20Ca%C3%B1adas.pdf>.

6 Sentencia de la sala primera del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1975, caso Bornes contra Fuentes Bobo. *Jurisp. Civil*, marzo abril, 1975, núm. 153; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. 1983: *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*. Madrid: Tecnos, 270-273.

han sido numerosos casos los que le han seguido. En este caso un español y una noruega contrajeron matrimonio civil en Oslo, del que nació un hijo. La esposa interpuso prontamente demanda de separación ante las autoridades noruegas, consiguiendo la custodia del menor. El padre se trasladó a España con el mismo al tiempo que la madre trataba de que se reconociera en nuestro país la sentencia noruega. La petición fue denegada, pero mediante medidas provisionales se le otorgó la guarda del menor compartida con los abuelos paternos; tales medidas fueron revocadas con atribución de la guarda al padre. En última instancia el TS declaró que el niño quedara bajo la custodia de la madre hasta alcanzar la edad de 7 años. La madre se desplazó a Noruega con su hijo y al amparo de la sentencia noruega hizo caso omiso al pronunciamiento del TS. De este suceso se hizo eco el telediario de Televisión Española, precisamente por ese carácter insólito que acompaña a un caso aislado y que sucede por primera vez⁷. Sin embargo, desde aquel niño noruego trasladado ilícitamente por su padre a España, el número de secuestros internacionales de menores no ha hecho más que crecer exponencialmente.

1.2. Perspectiva jurídica

Son numerosos los instrumentos legales internacionales que regulan y combaten el secuestro internacional de menores. La proliferación de normas de Derecho Internacional Privado complica el panorama legal y en ocasiones puede perjudicar el «interés del menor»⁸. El problema de la sustracción internacional de menores solo se puede atajar de un modo correcto si los Estados colaboran entre sí, es por esta razón por la que son precisos los convenios internacionales que regulen esta cuestión. Si no existiesen esos convenios los secuestros internacionales de menores se lograrían sin posibilidad de retorno del menor a su residencia habitual. Si los Estados no celebran Convenios de producción internacional entre ellos, el secuestro internacional de menores es inevitable. Un ejemplo muy mediático fue el del caso del niño Eneko. Eneko Baumgart Emparanza vivía en San Sebastián con su madre. Su padre, Axel Baumgart, decidió en las Navidades de 1998 romper el régimen de visitas que le había asignado un juzgado de San Sebastián, secuestrarle y sacarle de España. La juez dictó una orden internacional de busca y captura contra Baumgart, acusado de un delito de detención ilegal, secuestro y coacciones contra un menor. Eneko ha vivido desde entonces retenido en Yakarta (Indonesia) y Sanaá (Yemen), Estados no contratantes

7 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. 2002: *Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva*, *Derecho Privado y Constitución*. Núm. 16, 41.

8 HERRANZ BALLESTEROS, M. 2004: *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*. Valladolid: ed. Lex Nova, 57-59.

del Convenio de La Haya de 1980, lo que resultó una dificultad añadida a la complicada situación que se le planteó a la madre. Eneko, con siete años de edad, tras casi un año y medio retenido por su padre, vestía como un niño yemení, hablaba árabe y había olvidado casi el español y el euskera. Su libertad dependía de un jeque de Yemen a quien su padre le entregó, antes de que fuese detenido por las autoridades de esa república arábiga, con un documento que decía que no debía entregar el niño a su madre, Myriam Emparanza, bajo ningún concepto. El padre, Axel Baumgart, se encontraba encarcelado en la prisión alemana de Herford, país del que era originario. Mientras se hallaba en Yemen cambió de religión y se convirtió al islamismo con el objeto de impedir que su hijo pudiese volver con la madre. Las leyes islámicas otorgan la patria potestad de los menores de ocho años a los hombres. Pero si el progenitor no se encuentra en el país se le puede conceder la patria potestad del niño a la madre. Esa fue una de las razones por las que el Gobierno yemení expulsó a Baumgart, el padre del menor. Este caso, finalmente, se resolvió con asistencia política en el país donde se encontraba el menor, Yemen. Finalmente, en abril de 2000 Eneko regresó al País Vasco (DEP 1.IV.2000)⁹.

De todos esos instrumentos legales que conforman la regulación internacional de esta materia, el instrumento legal internacional más eficaz, más aplicado y más extendido por todo el mundo es el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, creado el 25 de octubre de 1980. Este es un convenio multilateral creado en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que tiene como objetivo la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su pronta restitución. Este es un instrumento legal multilateral, a día de hoy son 96 los Estados contratantes. Este Convenio posee un gran impacto: regula esta cuestión como si se tratara de un «Derecho mundial» de protección de menores en casos de sustracción internacional de menores.

El objetivo único y central de este convenio es crear una acción directa dirigida a lograr la restitución del menor. No se entra en el fondo del asunto, el objeto de dicha acción es la mera restitución del menor al país de su residencia habitual¹⁰ y el objetivo es evitar que se consolide la situación creada por un secuestro internacional del mismo. Hay numerosa jurisprudencia donde se apunta que en este punto no se trata de decidir otras cuestiones, como la custodia del menor. Así lo señala, por ejemplo, el AAP de Madrid de 5 de septiembre de 2005, en este caso donde la madre sufre un trastorno de bipolaridad; en ese momento, el trastorno mental es asintomático y está

9 *El País*, 2018: https://elpais.com/diario/2000/04/01/ultima/954540002_850215.html; https://elpais.com/diario/2000/04/04/paisvasco/954877215_850215.html.

10 MARÍN PEDREÑO, C. 2015: *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*. Málaga: ed. Ley 57, 15-16.

estabilizado, y además cuenta con un apoyo sociofamiliar importante, que auxiliaría a la madre en caso de recaídas en su trastorno mental no constituyen los requisitos contemplados como excepción a la restitución del menor, sino que son elementos importantes para decidir sobre la guarda y custodia, lo cual es una cuestión de fondo que escapa del ámbito de este convenio, debiendo recordarse que su artículo 19 dispone 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. El tribunal acuerda la restitución del menor, que regresa con su padre a Maryland.

La jurisprudencia española revela la importancia que tiene que un Estado sea o no contratante en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. La influencia que tienen las normas del precitado Convenio en el pronunciamiento del tribunal sobre la restitución o no restitución de un menor es innegable. Unos ejemplos ilustran esta cuestión. Un primer ejemplo, la SAP Barcelona de 2 de junio de 2014: el tribunal estima que no hay riesgo de que las menores sean retenidas en Argentina, además de que Argentina es Estado contratante y la aplicación del Convenio permite garantizar la evitabilidad de las situaciones de riesgo de las menores. Un segundo ejemplo: la SAP de Barcelona de 2 de mayo de 2001¹¹, se observa en este caso que el padre ha tenido ocasión de realizar un traslado ilícito del menor a Venezuela, y no lo ha realizado, pero el tribunal prefiere mantener el pronunciamiento de prohibición de salida al extranjero con el menor, primero, porque no se ha impugnado este extremo y, segundo, porque Venezuela no es Estado contratante del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

Además, existe otro convenio en este marco normativo que trazo sobre las normas relativas a la sustracción internacional de menores. Se observa la existencia del Convenio de 20 de mayo de 1980, conocido como Convenio de Luxemburgo. Este Convenio lucha contra el secuestro internacional de menores a través del tradicional mecanismo del *exequatur*. Funciona del siguiente modo: cuando, mediante el traslado del menor a otro país, se ha infringido una sentencia que atribuye la custodia o el derecho de visita a ciertas personas, tales personas pueden instar en el país donde se encuentra ahora el menor el *exequatur* de la sentencia que establece el régimen de custodia o visita del menor. Logrado el *exequatur* de dicha decisión, esta se ejecuta en el país donde se halla el menor, de modo que se puede ordenar el retorno del mismo al país desde donde fue ilícitamente trasladado¹². Este convenio es poco utilizado en España (ATS 23 mayo 2006)¹³. Esto obedece a varias razones:

11 SAP Barcelona de 2 de mayo de 2001 [El riesgo efectivo de sustracción del menor no es objetivable, máxime por cuanto ha habido ocasión y tal evento no se ha producido hasta hoy. Venezuela no es parte en el CH de 1980]. ECLI:ES:APB:2001:4734.

12 GÓMEZ BENGOCHEA, B. 2012: *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*. Madrid, 58.

13 ATS 23 de mayo de 2006 [*Exequatur* a las sentencias dictadas por el Tribunal de Menores de Génova, Italia, de fecha 7 de febrero y 23 de octubre de 2000]. ECLI:ES:TS:2006:6504A.

- 1.º) El *exequatur* es, se quiera o no se quiera, un trámite lento y costoso. Por ello, los particulares prefieren ejercitar la «acción directa de retorno del menor» contenida en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que es más eficaz que los mecanismos contenidos en este Convenio de Luxemburgo y que permite lograr la restitución del menor sin *exequatur* alguno de una decisión extranjera.
- 2.º) Este Convenio de Luxemburgo no es aplicable en las relaciones entre Estados de la UE desde la entrada en vigor, el 1 marzo 2005, del Reglamento Bruselas II-bis (art. 60.d RB II-bis), lo que ha reducido de modo muy significativo su campo de acción¹⁴. El ocaso aplicativo del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 se constata en la realidad, por todas las razones apuntadas anteriormente.

En relación con las normas de producción interna se ha de apuntar que las medidas legales que pueden adoptarse en el plano del Derecho Privado vienen condicionadas porque en numerosos supuestos no pueden utilizarse los instrumentos jurídicos internacionales en vigor para España con el objetivo de lograr el retorno de un menor a su país de residencia habitual. En ese caso, las normas de DIPr. de producción interna ofrecen soluciones poco eficaces. Al menos tres casos deben diferenciarse¹⁵:

Primer caso: menor con residencia habitual en España y trasladado al extranjero. Cuando el menor ha sido ya desplazado al extranjero, y se constata la sustracción de ese menor, cabe intentar dos vías de tipo civil y una vía de tipo penal:

- 1.º) Litigar en el país en el que se encuentra el menor. Esta vía puede ser poco eficaz: los tribunales extranjeros tienden a favorecer las prerrogativas del progenitor extranjero.
- 2.º) Litigar en España y lograr una resolución judicial que posteriormente intentará reconocerse y ejecutarse en el país extranjero al que ha sido trasladado el menor. El *exequatur* debe lograrse a través de las normas de producción interna del país donde se halla el menor. Surgirán gravísimos problemas con la cláusula de orden público internacional: un país musulmán activará dicha cláusula para negar el *exequatur* de una resolución judicial occidental que concede la custodia a una madre no musulmana, porque aceptar el *exequatur* significaría que el menor no se va a educar en la fe musulmana del padre, lo que constituye un principio fundamental del Derecho de Familia musulmán.

14 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, 546-547.

15 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, 580.

3.º) Acudir a la vía penal. Se puede intentar obtener en España una condena penal del secuestrador (art. 225 bis CP). Pero ello puede resultar inútil: dicha condena no será ejecutada en el país extranjero y, además, tampoco se podrá obtener la extradición del padre secuestrador, pues normalmente este ostenta la nacionalidad del país de destino del menor. El principio de «no extradición de los nacionales», todavía muy difundido, impide un adecuado final.

Segundo caso. Menor con residencia en España y «en peligro» de ser trasladado al extranjero. Si el menor todavía no ha sido desplazado al extranjero, cabe adoptar vías preventivas, como las que a continuación se exponen:

1.º) En los litigios que afectan a los hijos, el juez español puede adoptar diversas cautelas (arts. 103 CC y 158.3.º CC): (a) Limitar *espacialmente* el ejercicio del derecho de visita, por ejemplo, al territorio español, mediante una «prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa»; (b) Prohibir la expedición del pasaporte al menor o acordar la retirada del mismo si ya se hubiere expedido; (c) Someter a autorización judicial previa cualquier cambio de domicilio del menor (SAP Islas Baleares 28 de julio de 2010 [sustracción de menor a la República Checa]¹⁶).

Estas medidas se pueden adoptar cuando se aprecie serio riesgo de traslado del menor y de no retorno del mismo, por ejemplo, por no existir convenios internacionales al respecto ni colaboración judicial en materia de protección y restitución de menores con el país de origen del padre extranjero, al que potencialmente puede ser trasladado el menor extranjero (SAP Tarragona 4 de julio de 2014 [riesgo de sustracción de menores a Argelia]¹⁷, SAP Murcia 26 de septiembre de 2013¹⁸, SAP Murcia 8 de febrero de 2006¹⁹). Varios datos deben subrayarse al respecto: (a) Estas «restricciones de circulación» no son contrarias a los derechos humanos, ya que están justificadas por el interés del menor; (b) Si el menor, pese a la prohibición judicial de traslado al extranjero, es efectivamente llevado a otro país, puede obtenerse una indemnización por mal funcionamiento de la Administración, –responsable de la salida indebida del menor de España–, por la vía contencioso-administrativa. Pobre remedio, sin embargo, porque el menor es trasladado al extranjero y allí se queda; (c) Puede afirmarse que los tribunales españoles, como regla general, no deben restringir los movimientos internacionales del menor en el caso de que el país de destino del mismo sea un país con el que España ha firmado un convenio

16 ECLI:ES:APIB:2010:1656.

17 ECLI:ES:APT:2014:796.

18 ECLI:ES:APMU:2013:2272.

19 ECLI:ES:APMU:2006:615.

internacional bilateral de restitución de menores o en el que está en vigor el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores de 25 octubre 1980. En tal caso, el riesgo de sustracción ilícita del menor disminuye considerablemente (SAP Barcelona 17 de febrero de 2016 [traslado de menor a Marruecos]²⁰, SAP Barcelona 9 de mayo de 2014²¹, SAP Madrid 6 de marzo de 2012²², SAP Barcelona 18 de julio de 2013²³, SAP Asturias 28 de octubre de 2013²⁴, SAP Baleares 2 de marzo de 2011, SAP Barcelona 3 de julio de 2014²⁵ [divorcio entre cónyuges ecuatorianos y alimentos], SAP Barcelona 2 de junio de 2014²⁶ [padre con residencia en Argentina y patria potestad]). De todos modos si subsiste peligro de secuestro, aunque el país de posible destino del menor sea un Estado parte en un convenio internacional firmado por España, el juez español podrá adoptar medidas preventivas de tal sustracción (SAP Murcia 20 de febrero de 2014)²⁷; (d) El juez no debe necesariamente restringir la circulación internacional del menor incluso si el país de destino de los menores no es parte en un convenio internacional de restitución de menores. Para restringir tal circulación internacional, debe acreditarse la existencia de un auténtico y real riesgo de sustracción, que no existe, por ejemplo, en caso de un viaje puramente vacacional a un país concreto (SAP Barcelona 11 de junio de 2014 [precauciones ante traslado de menor a Túnez]²⁸); e) El hecho de que uno de los progenitores tenga familia en otros países o haya vivido en varios países no justifica una restricción al derecho de circulación internacional del menor (SAP A Coruña 3 de julio de 2015 [hipotética sustracción de menores]²⁹).

2.º) Reviste especial importancia el art. 4.2 RD 896/2003 de 11 de julio de 2003, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características, modificado por RD 411/2014, de 6 de junio de 2014 (BOE núm. 154 de 25 de junio de 2014), que indica: «[p]ara la expedición del pasaporte a los menores de edad o personas incapacitadas, deberá constar el consentimiento expreso de quienes tengan atribuido el ejercicio de la patria potestad o tutela con la indicación, por su parte, de que su ejercicio no se encuentra limitado para prestarlo, debiendo en caso contrario suplir su falta con autorización

20 ID. VLEX: VLEX-632774133.

21 ECLI:ES:APB:2014:4856.

22 ECLI:ES:APM:2012:3059.

23 ECLI:ES:APB:2013:7593.

24 ECLI:ES:APO:2013:2741.

25 ECLI:ES:APB:2014:8102.

26 ECLI:ES:APB:2014:5729.

27 ECLI:ES:APMU:2014:423.

28 ECLI:ES:APB:2014:8818.

29 ECLI:ES:APC:2015:1660.

judicial». Igualmente, el art. 5.6 RD 896/2003 de 11 de julio de 2003: «[t]ambién podrá limitarse la validez del pasaporte a determinados países o territorios, cuando así se disponga por la autoridad judicial en relación con las personas en que concurra alguna de las circunstancias contempladas en el apartado 1, a), b) y c), del artículo 2 o se solicite motivadamente por las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela, respecto a sus hijos o a las personas que estén bajo su guarda».

- 3.º) El juez español, al decidir sobre la guarda y custodia del menor, puede aceptar que el «derecho de visita» se lleve a cabo en el extranjero si se prestan determinadas «garantías previas judiciales o administrativas», tales como: (a) Obtener previamente el *exequatur* de la resolución española en el país extranjero. No obstante, esta garantía tiene efectos limitados, pues el juez extranjero puede *modificar* la decisión sobre la custodia pese a la existencia de un *exequatur*; (b) Obtener garantías consulares del retorno del menor, lo que lleva el caso al deslizante terreno de la diplomacia.

Tercer caso. Menor residente en el extranjero y trasladado ilícitamente a España. Dos supuestos pueden diferenciarse:

- 1.º) Si el progenitor que desea obtener el retorno del hijo sustraído con destino a España ha logrado una resolución judicial en el extranjero puede intentar su *exequatur* en España con arreglo a convenios internacionales bilaterales firmados entre España y el país de origen del menor o, en su caso, a través del art. 954 LEC 1881. Ello supone un procedimiento judicial largo y complejo.
- 2.º) Puede ejercitarse una «nueva acción» en España, aportando como dato importante la sentencia extranjera, solicitando a los jueces españoles que modifiquen o sustituyan las medidas sobre custodia adoptadas por las autoridades del país de la anterior residencia habitual del menor. El «nacionalismo judicial» puede operar como obstáculo para lograr el retorno del menor³⁰.

En este trabajo se va a reflexionar sobre el secuestro internacional de menores a partir de la oportunidad que ofrece el examen del caso de Juana Rivas. Se va a realizar un test para saber si la normativa actual es adecuada para atajar esta detestable práctica que va en aumento como es la sustracción internacional de menores. Este es un trabajo de Derecho internacional privado, y, aunque accesoriamente se hace referencia a cuestiones penales, el objetivo principal y la perspectiva del trabajo es de Derecho privado, en concreto, de Derecho internacional privado; se van a trazar las

30 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, 580-583.

cuestiones jurídicas concernientes a las cuestiones que se suscitan de Derecho internacional privado.

2. DESCRIPCIÓN DEL CASO JUANA RIVAS (AGOSTO 2017)

2.1. *Iter fáctico del supuesto*

El caso de Juana Rivas se ha convertido, en España, en uno de los casos más mediáticos de sustracción internacional de menores de los últimos tiempos. Los aspectos civiles de este asunto merecen ser estudiados minuciosamente, y este trabajo se propone realizar ese estudio. Juana Rivas y Francesco Arcuri se conocieron en Londres, tras iniciar un noviazgo se trasladaron a vivir a Granada, donde Juana regentaba una tienda de alimentación ecológica. En ese tiempo nació el primer hijo de la pareja, que en la actualidad cuenta con once años de edad. Tiempo después, tras interrumpir temporalmente la relación, la pareja se dio una nueva oportunidad. Juana se trasladó con Francesco a Carloforte, un pequeño pueblo situado en la isla de Cerdeña, donde regentaban un hotel rural, y tras esa nueva oportunidad nació su segundo vástago, de tres años de edad en la actualidad.

Este caso ha sido instrumentalizado y contaminado con tintes sensacionalistas. Ello ha hecho que el caso haya sido considerado un supuesto de violencia de género y, solo subsidiariamente, un caso de sustracción ilícita de menores con carácter internacional. Sin embargo, lo cierto es que esa instrumentalización ha distorsionado la realidad y la verdad jurídica. El objeto del debate ante los tribunales españoles ha sido un caso de sustracción internacional de menores por parte de la madre de los mismos, la Sra. Dña. Juana Rivas. La cuestión central, en efecto, era decidir si los menores debían o no ser restituidos a Italia. Se ha manipulado informativamente este asunto y se ha perdido de vista el núcleo jurídico del caso. Se ha utilizado la agitación social y el movimiento de las masas para desviar la atención del centro jurídico fundamental de este asunto, que es el retorno o no retorno de los menores al Estado de su previa residencia habitual, Italia. Y la realidad es esa y no otra, por más que la prensa, la televisión, los foros de Internet y las plataformas mediáticas hayan pretendido lo contrario.

Francesco Arcuri, padre de los niños y expareja de Juana Rivas, corrige una verdad judicial que lo condenó por maltrato hace ocho años: fue una condena de conformidad, contra el criterio de su abogado de entonces, para poder seguir viendo a su hijo. Hay una sentencia que establece que a las 5.30 de la mañana del 7 de mayo de 2009, cuando Juana Rivas regresó al domicilio que la pareja compartía entonces en Granada «y al pedirle explicaciones de dónde había estado esa noche, la ha golpeado repetidamente cuando la misma intentaba entrar en la habitación, causándole lesiones que han necesitado de asistencia facultativa». Francesco ahora se arrepiente de haber

aceptado esa versión de aquel fatídico día de mayo que en el momento actual pesa, con una condena por unos hechos que debieron ser matizados y corregidos, en palabras del padre de los niños: «Ella regentaba una tienda de alimentación ecológica. Salía casi todas las noches. Aquella madrugada, al volver, puede usted suponer cómo, le dije que se acostase en otra habitación, pero ella me golpeó y se puso a dormir en el mismo cuarto. Al levantarse para ir a la tienda, entre insultos, muy enfadada, me decía que “no sirves para nada”, entró en la habitación donde yo tenía mi ordenador, donde me comunicaba con Italia, y empezó a romper cosas. Yo se las quité de la mano y ella se fue a la tienda». Horas después, «cuando le di el desayuno al niño, salimos a dar un paseo, íbamos para la tienda...» una persona de paisano se acercó a Francesco. «Se identificó como policía. Me dice “¿sabe por qué estoy aquí?”. Pues no se me ocurre nada y entonces me dice que Juana me ha denunciado por malos tratos». De allí, en coche al calabozo. Una noche y, a la mañana siguiente, «esposado junto a otras personas» comparece en el Juzgado asistido por un abogado de oficio, no aceptó los hechos y salió con una orden de alejamiento. «Fui con la Policía a recoger mis cosas», pero en el domicilio de la pareja no le abrieron la puerta: «¡Abran, Policía!», decía el agente, pero al otro lado de la puerta solo se escuchó al niño: «¡Papi, papi...!». Aconsejado por la Policía, Francesco presentó denuncia y buscó abogado particular. «Nuestra estrategia era decir la verdad» en el juicio del 26 de mayo donde debían sustanciarse las dos denuncias cruzadas por la pareja, pero en la espera «le pregunté a mi abogado qué posibilidades tenía». Todas las posibilidades estaban abiertas, según el letrado, y fue entonces cuando Arcuri se decidió por un acuerdo de conformidad que lo condenó a tres meses de prisión, unos antecedentes sobre los que gira la estrategia de Juana en su litigio por los niños.

Hacía un tiempo que la relación de pareja había vuelto a deteriorarse. Pero, según la versión del padre, no existían grandes tensiones. Francesco Arcuri asegura que la separación estaba en el horizonte de la pareja, pero en un escenario de entendimiento mutuo en el que Juana Rivas comunicó que viajaría a España con los menores. Lo hizo el 18 de mayo de 2016. Hacia finales de junio, cuando se acercaba la fecha de regreso, la madre le comunicó que se encontraba enferma con problemas de estómago, que no se sentía con fuerzas para viajar. El padre le ofreció ayuda para cambiar los pasajes, le pidió que le enviase un certificado médico y él mismo cambiaría en Italia la fecha de los billetes. Así lo hizo y los pasajes aéreos pasaron al día 15 de julio. Pero en los días previos nuevamente Juana comunicó que no encontraba bien. Fue entonces cuando el padre empezó a preocuparse, él mismo se ofreció a ir a España a por los niños. Sin embargo, Juana Rivas lo tranquilizó, siempre en un escenario en el que las conversaciones telefónicas con ella y los niños eran diarias.

No obstante, lo definitivo fue que a primeros de agosto Francesco Arcuri recibió un correo electrónico en el que la madre le comunicaba su intención de no regresar a Italia. En ese momento, el padre puso en conocimiento de las autoridades judiciales

italianas ese secuestro. Inició los trámites judiciales con una denuncia por sustracción internacional de menores en el lugar donde los menores tenían su residencia habitual antes de viajar con su madre a Granada. Francesco Arcuri mantuvo conversaciones por teléfono con los menores hasta noviembre de 2016, ya que un día el mayor de sus hijos le dijo que no se estaba comportando bien. A partir de ese momento, no volvió a tener contacto con los menores. Aunque el padre llamaba todos los días. En diciembre de 2016, la magistrada Dña. María del Carmen Siles del Juzgado n.º 3 de Granada ordena la «inmediata restitución» de los niños a Italia, país de su residencia habitual³¹.

Las versiones de los progenitores chocan como dos trenes que van por la misma vía en direcciones opuestas. Juana Rivas denunció a Francesco Arcuri el 12 de julio de 2016 por amenazas, insultos, vejaciones y agresiones desde 2013. La denuncia fue interpuesta ante un Juzgado de Violencia de Género en Granada, España. Fuera de que la interposición de la demanda ante ese Juzgado sea un movimiento de estrategia procesal, para que este Juzgado conozca también de los aspectos civiles del asunto, lo que se ha de resaltar es que se ha realizado un uso espurio de un instrumento que debería servir para defender a la mujer víctima de violencia de género.

Cronológicamente ordenado, y si se observa propiamente la cuestión del secuestro de los menores, todo comenzó el 17 de diciembre de 2016 cuando un Juzgado de Granada ordena a Juana Rivas la «inmediata restitución» de los dos menores a Italia, país de la residencia habitual de los menores justo antes de su traslado ilícito a España. El Juzgado de Primera Instancia 3 de Granada de lo Civil condenó a Rivas no solo a devolver a los niños a Italia, sino a pagar las costas del procedimiento. La causa se inició mediante una demanda de la Abogacía del Estado sobre devolución de menores transmitida por la Autoridad Central de Italia respecto a los niños al entender que habían sido raptados por la madre de su residencia habitual. La Audiencia de Granada también intervino y argumentó que «no cabe tomarse la justicia por propia mano, salvo en los excepcionales supuestos en que la ley lo autoriza»³².

El 27 de diciembre de 2016 Juana Rivas acude a la sede de la Abogacía del Estado en Granada para depositar 100.000 firmas a favor de no entregar a sus hijos e interpone un recurso.

El 31 de enero de 2017 Juana Rivas aparece por primera vez ante los medios de comunicación. Lo hace junto a la Sra. Vanesa Skewes, nacional chilena que sustrajo ilegalmente a sus hijos de 8 y 9 años de edad a España. Según la señora Skewes huía de su pareja que, la maltrataba a ella y a los niños. Un juzgado de Familia, el de Primera Instancia 10 de Alicante, estimó la demanda interpuesta por la Abogacía del

31 *Diario Público*, 2018: <http://www.publico.es/sociedad/juana-rivas-hay-margen-justicia-espanola-amparo-hijos-juana-rivas.html>.

32 *El Confidencial*, 2018: https://www.elconfidencial.com/espana/2017-08-28/caso-juana-rivas-cronologia-hijos-francesco-arcuri_1434651/.

Estado española a instancias del Estado chileno por sustracción internacional de menores contra la señora Skewes. La juez falló que los niños debían regresar a su país de origen, de donde habían sido sacados de forma ilegal con documentación presuntamente falsa, y ordenó en un auto el pasado 28 de abril ejecutar de forma forzosa la resolución, ya que la madre había ignorado previamente varios requerimientos judiciales para que ella misma efectuara el traslado. En virtud de ese auto, la Policía Nacional retiró a los menores a su progenitora y los llevó a un centro de protección antes de entregárselos al padre para que volvieran con él a Chile. La señora Skewes denunció al padre de sus hijos unos días antes del regreso de los menores a Chile, país de su anterior residencia habitual. El auto de sobreseimiento de la causa concluye que la declaración de la denunciante «ha sido contradictoria, ambigua y se ha venido adaptando a las distintas resoluciones que se han venido dictando en el procedimiento de sustracción internacional de menores». La magistrada destaca, además, las «numerosas contradicciones apreciadas en las sucesivas declaraciones de la denunciante» para imputar al denunciado. Ambas mujeres, la señora Rivas y la señora Skewes, entregaron al Ministerio de Justicia más de 150.000 firmas para evitar que los hijos volvieran con su padre maltratador³³.

Las autoridades italianas remitieron a nuestros juzgados la precitada demanda, y el 14 de diciembre de 2016 la sección tres del Juzgado de Primera Instancia de Granada dictó sentencia por la que se ordenaba la pronta restitución de los menores³⁴.

La abogada de Juana, la letrada Castillo Pozo, interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que fue desestimado por la sección 5 de la Audiencia Provincial de Granada el 21 de abril de 2017³⁵. A consecuencia de ello, Juana debía entregar a los menores a su padre en los tres días siguientes a la notificación del fallo, pero no fue así.

Posteriormente, el Juzgado de Primera Instancia de Granada dictó auto de ejecución requiriéndola a entregar a Daniel y Gabriel en el plazo de tres días, es decir, el 14 de julio. Desatendido nuevamente el requerimiento, el mismo juzgado dictó resolución el día 24 de julio por el que se la conminaba a entregar a los menores dos días después a las 16.30 horas, en lugar determinado, hasta el que se desplazarían Francesco, las autoridades consulares de Italia y un equipo policial.

Frente a estos requerimientos, Juana decidió hacer pública su situación y concedió, tanto ella como su, en ese momento, asesora, diferentes entrevistas ante los medios de comunicación donde mostraban su oposición a la entrega de los menores.

33 *El Mundo*, 2018: <http://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2017/06/01/592f0785468aeb9f7e8b460b.html>.

Diario *ABC*, 2018: http://www.abc.es/sociedad/abci-otros-casos-juana-201707272105_noticia.html.

34 ECLI: ES:JPI:2016:723.

35 ECLI: ES:APGR:2017:486.

El 26 de julio, fecha en la que debía dejar a los menores con su padre, Juana desapareció con sus dos hijos. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado trataron durante semanas de localizarlos sin éxito. Ante este hecho, Francesco interpuso una denuncia por la desaparición de Gabriel y Daniel, que fue resuelta por el Juzgado de Instrucción de Granada que ordenó nuevamente a Juana entregarlos.

El 28 de agosto Juana se presentó en las dependencias de la Guardia Civil de Granada con sus hijos. Allí se reunieron con su padre entre llantos, y este los trasladó horas después a Italia.

En octubre de ese año, 2017, se inició en Italia el juicio por la guarda y custodia de los menores y, debido a ello, Juana pasó más tiempo en Italia y podía ver a sus hijos muchos fines de semana.

El 18 de julio de 2018, el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Granada dictó condena contra Juana por dos delitos de sustracción de menores, imponiéndole dos años y seis meses de prisión por cada uno, privación del ejercicio de la patria potestad durante seis años y una indemnización para Arcuri de treinta mil euros. No conforme con lo decretado por el Juzgado, Juana interpuso recurso de apelación ante la Audiencia.

El 14 de marzo de 2019 la Sección 1 de la Audiencia Provincial de Granada confirmó la sentencia, aunque rebajó a doce mil euros la cantidad de la indemnización. Sentencia que podrá recurrir en casación ante el Tribunal Supremo en los próximos días.

Mientras tanto, en Italia, el juicio de la custodia avanza, y se resuelve finalmente el 20 de marzo de 2019: Francesco obtuvo la custodia de los menores, aunque sería controlado por los servicios sociales. A Juana se le establece un régimen de visitas según el cual podrá estar con sus hijos un fin de semana cada dos o uno cada cinco si vive en España.

Desde 2016 hasta 2019 Juana Rivas ha interpuesto un total de ocho denuncias por malos tratos, la primera la que los juzgados de Granada remitieron a Italia y las restantes directamente en Italia. Todas ellas fueron archivadas en bloque, y sin ningún tipo de investigación el pasado mes de febrero. Según diferentes medios de comunicación, lo que motivó el archivo de las denuncias fue un informe elaborado por Ludovica Lesu, perito oficial nombrada por el juzgado, en el que se afirma tras examinar a los menores que estos están totalmente alienados por su madre. Sin embargo, en España en CGPJ ha declarado varias veces que este «síndrome de alienación parental» carece de base científica. Es por ello por lo que el equipo jurídico de Juana pidió su nulidad por ser ideológico y elaborarse en base a una metodología que no tiene cabida ante los tribunales.

La abogada de Rivas recurrió el archivo de las denuncias por violencia de género y la jueza ya ha admitido a examen el proceso de archivo. En julio se celebrará una vista para determinar si deben permanecer archivadas o debe proseguir (o más bien iniciar) la investigación sobre los hechos que en ellas se declaran.

2. Cuestiones jurídicas suscitadas

Las cuestiones jurídicas más relevantes que plantea este concreto caso relativo a una sustracción internacional de menores son las siguientes:

1. La cuestión de saber si debe procederse a la devolución de los menores desde España a Italia.
2. La cuestión concerniente al ámbito penal referente al supuesto maltrato infligido a la madre por parte de su pareja y padre de los menores y producido en territorio italiano. Así como las posibles consecuencias de tipo penal que puedan derivar para la madre por el secuestro de los menores³⁶.
3. La posible incidencia de ese maltrato, presuntamente, infligido por el padre sobre la madre en los hijos, dilucidar la cuestión de saber si a esos menores se les consideran víctimas de ese supuesto maltrato.
4. La cuestión de la decisión sobre el fondo en cuanto al derecho de custodia sobre los menores.
5. Las cuestiones civiles y penales que derivan de unos posibles daños a los derechos de la personalidad de las partes implicadas en este caso.
6. La cooperación entre las autoridades públicas de los Estados, en este caso, Italia y España, para lograr un efectivo cumplimiento de las órdenes dictadas en uno y otro Estado.

Son múltiples las aristas que conforman este caso, pero en este trabajo la atención total se va a poner en la cuestión relativa a la acción de retorno inmediata de los menores a Italia, país de su residencia habitual anterior a su sustracción.

3. EL DEBATE NUCLEAR EN LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES CONECTADOS CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ¿RESTITUCIÓN DE LOS MENORES A ITALIA?

3.1. Violencia de género y maltrato de menores

Del relato de las partes y del trabajo de los profesionales que han examinado y valorado a los niños no se detecta que el padre los maltrate o no actúe como un buen padre. Y el debate que ha encendido todas las alarmas sociales y que ha servido de

³⁶ *El País*, 2018: https://politica.elpais.com/politica/2018/01/12/actualidad/1515760264_104425.html.

El Mundo, 2018: <http://www.elmundo.es/andalucia/2018/01/12/5a58aa3aca47418a268b4597.html>.

base a la actitud de la Sra. Juana Rivas ante los tribunales, y de sus asesores, ha sido que el padre de los niños, Francesco Arcuri, fue un maltratador. Probablemente muchos de los detractores de Arcuri no se hayan detenido a observar lo que el art. 25.2 de nuestra carta magna manifiesta en relación con nuestro sistema penitenciario español de reeducación y reinserción social, promovido desde el Ministerio del Interior a través de instituciones penitenciarias³⁷. Este artículo expone literalmente: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social».

Un dato a resaltar y sin intención de profundizar en la parte penal del asunto de violencia contra la madre de los niños es el siguiente: la condena a Francesco Arcuri se produjo en mayo de 2009, hace ya ocho años. Juana Rivas y gran parte de los medios de comunicación han hecho una utilización macabra de ese dato. Sin ahondar más en el asunto y sin descender a detalles, la mayoría de medios de comunicación han presentado a Francesco Arcuri como un peligro para su familia, un maltratador y una persona muy poco recomendable para el cuidado de su familia³⁸. Lo han difamado, ultrajado, injuriado y calumniado. Y no solo eso, sino que han hecho uso de todas esas informaciones para justificar un acto delictivo, como es en este caso el secuestro internacional de los menores. Si respetamos el mandato constitucional, expuesto en el artículo 25.2 de la Constitución española, el señor Arcuri no debería ser estigmatizado de por vida por una sentencia que lo condenó hace ocho años a tres meses de prisión por un delito de lesiones en el ámbito familiar (artículos 153. 2, 3 y 4 del Código Penal). Además, y como se verá más adelante, los dos tribunales que han conocido de este asunto no valoran que exista un peligro para los menores que haga que no retornen al Estado de su residencia habitual.

Desde una perspectiva de Derecho internacional privado, el debate debe centrarse en concretar si los menores secuestrados por su madre deben de ser restituidos a su país de residencia habitual, Italia.

Porque ¿qué ocurre cuando aparece la palabra «maltratador»? ¿El juez ya sobra del proceso? Como expone el magistrado Miguel Pasquau Liaño es claro que el conflicto de intereses de esta pareja ha de resolverlo el juez, y el juez ha de resolverlo con arreglo a lo que establezcan las normas aplicables. No lo decide la mujer, ni los hijos, ni los psicólogos, ni los servicios sociales del Ayuntamiento de Maracena. Tiene que ser un juez³⁹. La tutela judicial efectiva salvaguarda los derechos fundamentales.

37 Web oficial del Ministerio del Interior de España, <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion> [22 enero 2018].

38 Diario *El Español*, 2018: http://www.elespanol.com/reportajes/20170727/234477599_0.html.

39 PASQUAU, M. 2017: Blog Cuaderno de notas [blog], <https://www.miguelpasquau.es/juana-rivas-el-maltrato-y-los-jueces/> [27 julio 2017].

3.2. *Precisión de la controversia jurídica*

El presente estudio debe abordar las dos cuestiones relevantes que conciernen al mismo: 1. El supuesto maltrato o violencia de género del padre hacia la madre y 2. La restitución de los menores al país de su residencia habitual. El tratamiento que se ha de hacer de estas cuestiones debe ser el adecuado, con la metodología correcta, sin confundir ambas cuestiones y en el orden adecuado, hay que tener en cuenta cuál es el objetivo del proceso. El objetivo de este concreto proceso es la restitución de los menores al Estado de su residencia habitual, esta es la cuestión principal. La cuestión relativa al presunto maltrato es una cuestión que puede incidir en la solución del debate sobre la restitución de los menores, pero que no constituye el objeto central de este procedimiento. Si esto es así, y es así, el centro de gravedad de la resolución del conflicto son los menores y su situación, no la cuestión en sí del presunto maltrato del padre hacia la madre de los menores.

Las cuestiones penales, en este sentido, pueden tener influencia en la determinación de la solución que se le dé a conceder la acción directa de retorno de los menores o no. La orden de retorno de los menores, en agosto de 2017, se produjo con anterioridad a la fecha en la que la Audiencia de Granada, a finales de noviembre, desestima el recurso de la señora Rivas contra los dos autos del Juzgado de Violencia sobre la Mujer 2 de Granada. En esos autos se deniega la reapertura de las diligencias por supuestos malos tratos contra su expareja, el italiano Francesco Arcuri. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial expone que el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer descartó abrir el caso porque «ya obraba una resolución firme sobre la falta de jurisdicción» española para investigar el asunto. Además, a instancias del Ministerio Fiscal, se había remitido a la autoridad italiana la denuncia que Juana interpuso en Granada. En ella se refiere a unos supuestos malos tratos sufridos por parte de Arcuri (como insultos, vejaciones, humillaciones y agresiones), durante su convivencia en Carloforte (Italia) a partir de junio de 2013, cuando reanuda la convivencia después de un periodo de separación, hasta su llegada a España para disfrutar de unas vacaciones en mayo de 2016⁴⁰.

40 *El Confidencial*, 2018: https://www.elconfidencial.com/espana/2017-11-28/juana-rivas-recurso-malos-tratos_1485006/?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=BotoneraWeb.

4. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO SUSCITADO EN ESPAÑA: LA RESTITUCIÓN/NO RESTITUCIÓN DEL MENOR

4.1. Normativa aplicable. Un laberinto normativo de Derecho internacional privado

La normativa aplicable a la sustracción internacional de menores constituye en la actualidad un auténtico laberinto normativo de Derecho internacional privado como ya se ha expuesto en el apartado anterior.

El Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 de 27 noviembre 2003 regula la sustracción internacional de menores cuando el menor es trasladado desde un Estado miembro en el Reglamento a otro Estado miembro también en el Reglamento. Las normas de este Reglamento relativas a la sustracción internacional de menores entraron en vigor el 1 de marzo de 2005. El régimen jurídico fijado por el Reglamento Bruselas II-bis se aplica cuando se verifica un traslado o retención de un menor que es «ilícito», en los dos casos contemplados por el art. 2.11 Reglamento Bruselas II-bis⁴¹.

Se puede detallar la complementariedad de estos instrumentos del siguiente modo: en el caso de no ser aplicable el Reglamento Bruselas II-bis, las relaciones entre el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y el Convenio europeo de 20 de mayo de 1980 son relaciones de «complementariedad» (art. 19 Convenio europeo y art. 34.2 Convenio de La Haya). Por tanto, se aplicará la norma más favorable para el restablecimiento de la situación anterior al secuestro (*Günstigkeitsgrundsatz*): el juez puede acordar y/o la parte interesada puede solicitar la aplicación del Convenio más favorable a la restitución del menor (ATS 23 mayo 2006)⁴². Cabe incluso solicitar la «aplicación simultánea» de los dos convenios internacionales citados⁴³.

41 Art. 2.11 Reglamento Bruselas II-bis: «11) Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor 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».

42 ATS 23 de mayo de 2006 [*Exequátur* a las sentencias dictadas por el Tribunal de Menores de Génova, Italia, de fecha 7 de febrero y 23 de octubre de 2000]. ECLI:ES:TS:2006:6504A.

43 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.^a ed. Granada: Comares, 579. También en REIG FABADO, I. 2008: «Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción

La normativa aplicable para dar solución al concreto caso de secuestro internacional de menores que se plantea en el caso de Juana Rivas es el Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003; el ámbito de aplicación de este instrumento se verifica cuando los menores son trasladados desde un Estado miembro en el Reglamento a otro Estado miembro también en el Reglamento.

El Reglamento Bruselas II-bis prima siempre sobre el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 y también sobre el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 (art. 60 RB II-bis). Por tanto, en el ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II-bis y en las relaciones entre los Estados de la UE excepto Dinamarca, es siempre aplicable el Reglamento Bruselas II-bis y no los Convenios citados (AAP Valladolid 14 de noviembre de 2005)⁴⁴. Asimismo, la primacía del Reglamento Bruselas II-bis 2003 sobre el Convenio europeo de 20 de mayo de 1980 comporta su total inaplicación en el ámbito espacial citado.

El legislador europeo, cuando gestó y creó el Reglamento Bruselas II bis, optó por acoger la solución de incorporar por referencia al texto de este Reglamento la solución del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, con ciertas alteraciones en sus normas de aplicación. El legislador europeo «altera» las reglas jurídicas a seguir en el caso de ejercicio de la acción de restitución del menor sustraído ilícitamente con arreglo al Convenio de La Haya de 25 octubre 1980. Es la tesis conocida como la de la alteración del Convenio. En consecuencia, se produce la paradoja hermenéutica de que el TJUE es competente para interpretar las normas de Convenio de La Haya citado en tanto en cuanto estas han sido copiadas y/o incorporadas por referencia al Reglamento Bruselas II-bis o en tanto en cuanto este Reglamento se remite a las normas de dicho convenio (STJUE 9 de octubre de 2014, as. C-376/14 PPU, C – M, FD 58⁴⁵)⁴⁶. Esta regulación alterada se aplica con primacía sobre el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de

con el Convenio de La Haya de 1980». En P. LLoria García: *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Madrid: lustel, 241.

44 AAP Valladolid 14 de noviembre de 2005 [Intervención procesal de la Abogacía del Estado. Id Cendoj: 47186370032005200081. ECLI:ES:APVA:2005:996A.

45 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de octubre de 2014. ECLI:EU:C:2014:2268.

FD 58 (subrayados añadidos): «Como sea que el Gobierno francés y la Comisión consideran que la admisibilidad de la segunda cuestión prejudicial es dudosa, ya que se refiere a la interpretación del Convenio de La Haya de 1980, se debe observar, como ha señalado el Abogado General en los puntos 54 y 57 de su opinión, que, toda vez que el Reglamento recoge en algunas de sus disposiciones los términos de ese Convenio o se refiere a éste, la interpretación solicitada es necesaria para una aplicación uniforme del Reglamento y del referido Convenio en la Unión, y no se manifiesta carente de pertinencia para la solución del litigio principal».

46 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.^a ed. Granada: Comares, 573.

menores, en las relaciones entre los Estados miembros del Reglamento Bruselas II-bis (art. 60.e Reglamento Bruselas II-bis). Cuando el menor se encuentra en un Estado miembro y la solicitud de su restitución es a otro Estado miembro se aplica esta norma de producción europea. Las alteraciones que hace el legislador europeo al Convenio de La Haya se contienen en el art. 11 del Reglamento Bruselas II-bis. La acción de restitución directa se ejercitará ante las autoridades del estado donde se encuentre el menor. En España, el órgano competente para conocer de esta materia es el juez de primera instancia de la circunscripción donde se halle el niño⁴⁷.

El Reglamento Bruselas II-bis arranca de un presupuesto fundamental que es clave también en el sistema del Convenio de La Haya 1980: los tribunales del Estado miembro donde ahora se encuentra el menor no pueden decidir sobre la custodia de este hasta que no se haya determinado si procede o no procede restituir al mismo a otro Estado miembro (AAP Almería 9 junio 2008)⁴⁸. Las «correcciones» sobre el texto del CH 1980 que incorpora el art. 11 RB II-bis son las siguientes⁴⁹.

- 1.º) Primera corrección (art. 11.2 RB II-bis). En caso de aplicarse los arts. 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor la posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez (Sent. House of Lords 16 noviembre 2006)⁵⁰.
- 2.º) Segunda corrección (art. 11.3 RB II-bis). El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor contemplada en el art. 11.1 RB II-bis actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda. Salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda.
- 3.º) Tercera corrección (art. 11.4 RB II-bis). Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado «medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución» (SAP Málaga 13 noviembre 2012)⁵¹. En el caso de que el Estado de

47 REVILA PÉREZ, L. 2019: «La sustracción internacional de menores: Aspectos teórica prácticos». En A. Monge Fernandez: *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*. Barcelona: ed. Bosch, 39.

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

49 MARÍN PEDREÑO, C. 2015: *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Málaga, ed. Ley 57, 75-78.

50 Sent. House of Lords 16 de noviembre de 2006. Referencia INCADAT: HC/E/UKe 880.

51 SAP Málaga de 13 de noviembre de 2012 [CH 1980 y Reglamento 2201/2003, el juez o tribunal del Estado requerido ha de aplicar el Convenio de La Haya citado, completado por el

residencia habitual del menor no haya acordado estas medidas, se procederá a la denegación de la restitución (SAP Málaga 11 septiembre 2007)⁵². Debe tratarse de medidas de protección concretas y no de sistemas abstractos de protección de menores. El Reglamento 2210/2003 trata de evitar una aplicación del art. 13.b del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 marcada por el detestable «nacionalismo judicial», que se emplea para «bendecir» los secuestros internacionales de menores.

- 4.º) Cuarta corrección (art. 11.5 RB II-bis). 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»⁵³.

El traslado que hace la madre de los menores de Italia a España es un traslado ilícito porque vulnera el derecho de custodia del padre de los menores, en el sentido que plasma el art. 2.11 RB II-bis, que sigue muy de cerca lo que marca el art. 3 del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980. El Reglamento Bruselas II-bis persigue, como objetivo fundamental de su regulación, obtener la restauración de ese derecho de custodia mediante la restitución del menor al país de su residencia habitual. En este caso, se vulnera el derecho de custodia del padre, el art. 11 del Reglamento Bruselas II-bis indica que se aplicará el Convenio de La Haya de 1980, pero con las «correcciones» que indica el mismo art. 11 Reglamento Bruselas II-bis. En consecuencia, el art. 11 Reglamento Bruselas II-bis lleva a cabo una «incorporación por referencia» de las normas del citado Convenio de La Haya de 1980, que se aplican, en dicho caso, como normas del Reglamento Bruselas II-bis, aunque hayan sido «copiadas» de la normativa del convenio citado y no como normas del convenio *stricto sensu*. Cuando el menor se encuentra en un Estado miembro y se solicita su restitución a otro Estado miembro, se aplica el Reglamento Bruselas II-bis y no el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. En estos casos el ámbito de aplicación de la norma de producción europea prima sobre la norma de producción convencional.

En los casos de sustracción de menores, como es el caso de Juana Rivas, se ha de estar al interés superior del menor, interés que constituye el principio base de todo el derecho relativo a los menores, y que se ha conformado como uno de los principios esenciales del derecho moderno de la persona y de la familia (SAP Barcelona 4 de

Reglamento de la Comunidad Europea], ECLI:ES:APMA:2012:2549.

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

53 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, Vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, 573-574.

febrero de 2014 [traslado de menor a México y guarda]⁵⁴). El TC español indica que el juez competente debe valorar si la restitución del menor a su país de residencia habitual encaja y responde al «interés superior del menor». Esta valoración es decisiva. En consecuencia, el juez español debe valorar «el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual del mismo...». El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior del menor. El Fiscal interviene en este caso como parte imparcial, guardián de la legalidad y defensor de los derechos del menor (Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015, de la FGE sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores).

4.2. La acción directa de retorno del menor al país de su residencia habitual

La acción directa de retorno tiene como objetivo único que los menores vuelvan a su centro social de vida, en Italia. La residencia habitual es un concepto fáctico y, en este caso, los menores la tenían en Italia. Este punto no ha sido discutido por nadie. Con carácter previo al estudio de la regla general de la acción directa de retorno del menor al país de su residencia habitual se ha de establecer cuál es el contenido de esta cuestión, qué es la residencia habitual del menor.

Por «residencia habitual» debe entenderse el lugar donde radica el «centro social de vida del menor», el lugar donde radican sus vínculos afectivos no necesariamente familiares, derivados de su vida cotidiana (Sent. Cass. Italia 2 febrero 2005)⁵⁵, el «espacio físico en el que el menor desarrolla sus actividades diarias, espacio en el que se encuentra el centro de sus intereses» (Sent. 1 Juzgado Mixto Carabayllo, Perú 19 de julio de 2005 [sustracción desde Argentina al Perú]⁵⁶). La residencia habitual del menor radica en el lugar donde este tiene el centro de sus vínculos afectivos, y no solo parentales, derivados de su vida cotidiana, y es una «noción de hecho» (Sent. Corte Cass Italia 30 de junio de 2014 [Menor trasladado desde Grecia a Italia]⁵⁷). El tribunal del Estado parte requerido es competente para concretar el país de la residencia habitual del menor (SAP Barcelona 1 de octubre de 2013⁵⁸ [Sustracción de menores desde Madeira]).

54 SAP Barcelona de 4 de febrero de 2014 [Sustracción de menor a México, pero ya reside siete años en dicho país]. ECLI:ES:APB:2014:1539.

55 Sentencia Corte Cassazione Italia, 2 de febrero de 2005. *Rivista di Diritto internazionale privato e procesuale*, 2006, anno XLII, n.º 2, aprile, giugno: Edizione Cedam Padova, 425-429.

56 Texto en INCADAT.

57 Texto en INCADAT.

58 SAP Barcelona 1 de octubre de 2013 [Restitución de los menores a Madeira]. ECLI:ES:APB:2013:11168.

- (a) No es definitiva a estos efectos la duración de la residencia en un país, de modo que el menor puede tener su residencia habitual en un país, aunque lleve poco tiempo habitando en el mismo siempre que su centro social de vida se localice en tal país (AAP Vizkaia 18 de diciembre de 2007⁵⁹ [Inexistencia de sustracción internacional de menores desde Holanda a España]).
- (b) Debe realizarse un *day-to-day test* para acreditar el lugar de residencia habitual del menor (Sent. Jerusalem District Court, Israel, 11 noviembre 2004 [Denegación de restitución desde Israel a USA]⁶⁰).
- (c) La residencia habitual es un concepto fáctico, que no depende de datos jurídicos como la inscripción del menor en Registros, padrones municipales u otros sistemas de control administrativo, o el domicilio legal o la nacionalidad o la autorización de residencia o trabajo en un país⁶¹.

La regla general del Reglamento Bruselas II bis y del Convenio de La Haya de 1980 es el retorno inmediato del menor al Estado de su residencia habitual. Esta legislación internacional no ordena que el retorno de los menores sea a una persona, véase el padre, sino lo que se pretende es que los menores regresen a su residencia habitual, y que no sean cosificados y trasladados como si fueran un equipaje. Esto es lo que garantiza el interés superior del menor. El menor debe ser restituido a su residencia habitual, siempre que no existan razones para evitar ese retorno. Y, en este caso, los tribunales no han observado motivos para denegar el retorno de los menores a Italia.

Los daños psicológicos que los secuestros de menores por sus progenitores causan a dichos menores deben ser expuestos, de forma previa, al estudio de la normativa internacional que regula esta cuestión. Este es un importante perfil que se ha de destacar ya que la piedra angular sobre la que gira todo el Derecho relativo a la sustracción internacional de menores es el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Este convenio expone que el interés superior del menor está en que el menor permanezca en el Estado de su residencia habitual. Las disposiciones del convenio reflejan la presunción fundamental de que el traslado o retención ilícitos del menor son generalmente perjudiciales para su bienestar⁶² y de que, en la mayoría de los casos, se atenderá al interés superior

59 SAP Vizcaya de 18 de diciembre de 2007 [Determinación de la RH de los menores, no aplicación de CH 1980 porque no hay traslado ilícito]. ECLI:ES:APBI:2007:1571A.

60 Texto en INCADAT.

61 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, 550-551.

62 La afirmación de que la sustracción internacional de niños tiene efectos perjudiciales para su bienestar ha sido confirmada en varios estudios, p. ej.: M. FREEMAN M. (2014), *International Child Abduction: the Effects*, Reunite International Child Abduction Centre, 2006 and *Parental Child Abduction: The Long-Term Effects*, International Centre for Family Law, Policy and

del menor si se lo restituye al Estado de su residencia habitual. Esta solución también obedece a que esa restitución inmediata del menor responde a la voluntad de restablecer una situación modificada unilateralmente por uno de los progenitores, es decir, reponer el *statu quo ante*.

La declaración de intenciones del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la Sustracción internacional de Menores, establece que es deseo de los Estados signatarios proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita que el progenitor no custodio ostente respecto al menor⁶³.

Trasladar al menor de forma ilegal desde el país de su residencia habitual a otro país es siempre negativo. Y las razones que explican por qué el resultado es negativo se exponen a continuación.

El secuestro ocasiona en los niños una grave descompensación en su desarrollo normal y, dependiendo de la edad, pueden sufrir severos traumas de tipo psicológico. Pasado el secuestro, el menor puede presentar desde pequeños cambios en el estado de ánimo (periodos oscilantes entre alegría y tristeza), regresiones significativas en su comportamiento (volver a orinarse en la cama, volver a chuparse el dedo, hablar a media lengua, etc.). Y reconocidos estudios señalan que los menores que han sido secuestrados están expuestos con mayor probabilidad a una serie de desventajas psicológicas y sociales. Estas desventajas los hacen vulnerables a influencias perjudiciales exteriores. Y se pueden resumir en los siguientes los efectos que pueden sufrir las víctimas infantiles: depresión; pérdida de arraigo; pérdida de seguridad, estabilidad y confianza; timidez excesiva, aunque sea en acontecimientos ordinarios; soledad; cólera; impotencia; interrupción en la formación de la identidad; miedo al abandono; y, en muchos casos, los menores tienden a culpabilizarse de lo ocurrido, sin llegar a entender lo que ocurre.

Según el *Informe Girdner y Johnston* (dirigido por las Dra. Linda K. Girdner y Dra. Janet Johnston, para el U.S. Department of Justice) llamado *Prevention of Family Abduction Through Early Identification of Risk Factors*⁶⁴, se determinan ciertos de perfiles de personalidad que indican una propensión a llegar a ser un progenitor abductor. Se señalan seis perfiles compatibles con el «secuestro potencial»:

Practice; L. GREIF, G. L. 2009, «*The long-term aftermath of child abduction: Two case studies and implications for family therapy*, *American Journal of Family Therapy*». 2009, vol. 37: 273-286.

63 En este sentido lo declara el FD Tercero del AAP Guipuzcoa de 14 de septiembre de 2005 [No restitución, madurez de los menores para ser escuchados] ECLI:ES:APSS:2005:700A.

64 Informe del U.S. Department of Justice, *Prevention of Family Abduction Through Early Identification of Risk Factors*, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojdp/185026.pdf>.

Perfil 1. Padres que han amenazado con cometer un secuestro que ya lo cometieron antes.

Perfil 2. Padres que consideran que se ha cometido un abuso y hay otras personas que apoyan su creencia.

Perfil 3. Padres paranoicos.

Perfil 4. Padres que son sociópatas o psicópatas.

Perfil 5. Padres que tienen fuertes nexos con otro país y se encuentran en una situación de ruptura de pareja.

Perfil 6. Padres que se sienten desfavorecidos por el sistema legal y cuentan con apoyo familiar y social.

En las situaciones concretas en las que un niño es sustraído por uno de sus padres, la presión psicológica y la vivencia de los niños es doblemente destructiva, ya que, a la falta de contacto con uno de sus progenitores, se une la creencia de que este progenitor les ha abandonado o ha muerto, siendo estas dos situaciones las empleadas como argumento fundamental por el padre sustractor. Durante las sustracciones parentales cabe destacar la plena conciencia que el progenitor sustractor tiene de la situación psicológica que sus hechos están creando en su hijo ya que, tras la recuperación de algunos de estos niños, se ha podido valorar la cuidada estrategia seguida por el sustractor, teniendo como finalidad el crear en los niños una falsa vivencia emocional que les vincula de forma permanente al sustractor. Las secuelas psicológicas que una sustracción deja en un menor son comparables a las secuelas que un secuestro deja en una persona mayor, con la diferencia de que los niños no temen por su vida física, sino por si les encuentran, ya que esta situación puede apartarles de «su gran protector», es decir, de su sustractor⁶⁵.

Entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona⁶⁶. En este sentido, conviene recordar la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa⁶⁷ cuyo primer principio general señala que «los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios».

En efecto, como ha señalado el Sr. Dyer, en la literatura científica dedicada al estudio de este problema «la opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada, es que la verdadera víctima de una sustracción de menores» es el propio menor. Es él el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las

65 *Sustracción parental de menores. Aspectos psicológicos*. Fundación Child Care.

66 *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, 6.

67 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. 31 Sesión ordinaria. *Recomendación relativa a una Carta Europea de los derechos del niño*. Texto adoptado el 4 de octubre de 1979.

incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida⁶⁸.

4.3. Motivos de no restitución de los menores

4.3.1. Un escenario específico: violencia de género y menor maltratado

El convenio acoge también una regla excepcional, una regla que como excepción da la posibilidad de que el menor no retorne al país de su residencia habitual anterior a su secuestro. Esa regla se basa siempre en que ese retorno podría perjudicar el interés de ese menor. Esta regla sí toma en consideración los datos del caso concreto. Las causas de denegación de la restitución de los menores son tasadas, constituyen un elenco cerrado y no deben de ser interpretadas en un sentido amplio⁶⁹.

Fuera de estas causas, ninguna otra puede aducirse. Además, el convenio distingue dos supuestos: 1) Que no haya transcurrido más de un año desde que se produjo el traslado ilícito. En este caso, las únicas causas para denegar el retorno directo del menor son las que se exponen y cuya interpretación ha de ser restrictiva, por ser la excepción al normal funcionamiento de estas normas. 2) Que haya transcurrido más de un año desde que se produjo el traslado ilícito. En este caso, se adiciona a las causas enumeradas a continuación el hecho de que el menor pueda haber quedado integrado en su nueva residencia habitual. Y, que el traslado del mismo a su anterior residencia habitual le pueda generar más perjuicios que beneficios. La integración del menor en el nuevo medio debe ser probada por la parte que se opone a la restitución del menor. Y además, debe tratarse de una integración no sólo física, sino emocional y psicológica del menor a su «nuevo medio»⁷⁰. Las causas tasadas para denegar la acción de retorno inmediata son las que se enumeran a continuación:

- (a) Custodia no ejercida de hecho o traslado consentido del menor; esta excepción no se da en el caso.
- (b) Menor que se opone a su restitución; la opinión del menor debe ser considerada atendiendo a su madurez y edad.

68 DYER, A. 1977: «Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents». *Doc. Prel.*, 1977, N1, 1, 21.

69 CASTELLÓ PASTOR, J. J. 2018: «Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, 563, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>.

70 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, 545.

- (c) Restitución del menor que vulnera los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20); en este caso tampoco se da la excepción.
- (d) Grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable (art. 13 b). En principio, los menores retornan al Estado de su residencia habitual, Italia.

La regla que acoge el Reglamento Bruselas II bis, y que altera en cierto modo la regla base del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, se contiene en su art. 11.4. Señala que los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado «medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución» (SAP Málaga 13 de noviembre de 2012)⁷¹. En el caso de que el Estado de residencia habitual del menor no haya acordado estas medidas, se procederá a la denegación de la restitución (SAP Málaga 11 de septiembre de 2007)⁷². Debe tratarse de medidas de protección concretas y no de sistemas abstractos de protección de menores. El Reglamento 2210/2003 trata de evitar una aplicación del art. 13.b del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 marcada por el detestable «nacionalismo judicial», que se emplea para «bendecir» los secuestros internacionales de menores.

El caso del progenitor con «personalidad agresiva» hacia la madre, pero no contra el hijo es un supuesto complejo, aunque la jurisprudencia tiende a conceder la restitución (AAP Barcelona 5 de septiembre de 2005 [La personalidad agresiva del padre se ha mostrado contra la madre y no contra el hijo: se restituye]⁷³).

Pero, ¿qué incidencia tiene el presunto maltrato a la madre en este supuesto? La madre se negó a cumplir con la sentencia italiana que la obligaba a entregar los niños al padre para que retornen al Estado de su residencia habitual, Italia. Hasta el momento final, el lunes 28 de agosto de 2017, día en el que no tuvo más remedio que entregar a los niños, estuvo en paradero desconocido con los menores. Todo esto genera unas potenciales consecuencias, ya que incumplir gravemente la obligación de restituir a los menores establecido por una resolución judicial se encuentra tipificado en el Código Penal español (artículo 225 bis 2. 2.º del Código Penal: «2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa»). Aun así, el código prevé la exoneración de responsabilidad penal si, en el plazo de veinticuatro horas (desde

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

72 SAP Málaga 11 de septiembre de 2007. ECLI:ES:APMA:2007:2052.

73 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, 564 *in prime*.

que la denuncia se le notifica a la madre), comunica el paradero de los menores y se compromete en firme a su restitución inmediata.

Y más allá de las consecuencias a las que se expuso la madre con sus actos y sus asesores por inducción a la comisión de ese delito, están las consecuencias que al Estado español le puede acarrear la no aplicación correcta de un convenio internacional, como es el Convenio de La Haya de 1980. En estos procesos interviene el Abogado del Estado. Ahora bien, el Abogado del Estado interviene como representante de la Autoridad Central española en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, que es el Ministerio de Justicia. Por tanto, no es, en sentido estricto, «parte» en el procedimiento», sino que protege la responsabilidad internacional del Estado español en el cumplimiento de los convenios internacionales. En realidad, el Abogado del Estado no representa a la persona o al particular que solicita la restitución del menor a otro país.

A pesar de que los defensores de la posición de la madre hayan citado el art. 56.2 del Convenio de Estambul⁷⁴, sobre prevención y lucha contra la violencia de las mujeres y la violencia machista: «2. Se deberán disponer, en su caso, medidas de protección específicas que tengan en consideración el interés superior del menor que haya sido víctima y testigo de actos de violencia contra la mujer y de violencia doméstica». Este artículo no tiene ninguna incidencia sobre este caso, ya que como se ha señalado este es un supuesto de secuestro internacional de menores. No se trata de establecer las medidas en relación con la situación de violencia vivida por la madre. Algunos medios de comunicación tienden a confundir esta cuestión y a mezclar todos los elementos que componen este caso.

Si se razona en el caso concreto, que es como se debe proceder en todo caso relativo a las cuestiones jurídicas de los menores, la condena por maltrato que se impuso al padre, Francesco Arcuri, en el año 2009 por unos malos tratos no probados que él aceptó por conformidad no presupone, automáticamente, que el niño se encuentre en grave peligro si retorna a Italia. Sobre todo, porque después de esa condena del año 2009 la pareja retomó su relación y fruto de ella nació su segundo hijo. Los menores tampoco están en grave peligro porque los servicios sociales italianos velarán por esos menores. Y el dato clave y definitivo es que el padre tiene la custodia legalmente atribuida, esa custodia no la ha perdido. Por lo tanto, el razonamiento en este caso en concreto muestra que no hay peligro para los menores al ordenar su restitución al país de su residencia habitual, Italia.

No se puede negar la realidad, y la realidad es que este es un caso de sustracción internacional de menores, que debe ser resuelto en el marco jurídico que impone el Reglamento Bruselas II-bis. La defensa de la legalidad y del cumplimiento de las órdenes

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

judiciales ofrece seguridad jurídica, y de este modo, la administración de Justicia es eficiente y eficaz. El daño que se le produce a los menores es enorme y no se vela por su interés superior si se toleran estas conductas lamentables que se han observado en este caso. De este modo se cosifica a los menores, se utiliza a los menores como una mercancía para chantajear al padre, en este caso. Y se produce el complejo del «niño mochila»: niños sin identidad que no saben muy bien a qué lugar pertenecen.

4.3.2. Los concretos motivos de no restitución de los menores

Los concretos motivos de denegación de la restitución de los menores son motivos tasados y cerrados⁷⁵. Las causas de denegación de la restitución del menor son tasadas, constituyen un elenco cerrado y son las siguientes: (a) Custodia no ejercida de hecho o traslado consentido del menor; (b) Menor que se opone a su restitución; (c) Restitución del menor que vulnera los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20); (d) Grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable (art. 13 b). Fuera de estas causas, ninguna otra puede aducirse. Así, el hecho de que el menor, tras su traslado, conviva cada día con el progenitor sustractor no constituye causa alguna de no restitución del menor al país de su residencia habitual (Sent. Corte Cass. Italia, 30 de mayo de 2014 [menor trasladado desde Grecia a Italia]⁷⁶). Las circunstancias genéricas o generales no recogidas en el convenio, como el «beneficio del menor», el «interés del menor», la «salud del menor», la «unidad de la familia», etc., no constituyen «causas de oposición» a la restitución según el convenio de La Haya y no pueden ser empeladas para denegar tal restitución en el marco de dicho instrumento legal (AAP Barcelona 4 de abril de 2006⁷⁷, AAP Las Palmas 10 de marzo de 2009⁷⁸)⁷⁹.

75 CALAZA LÓPEZ, S. 2015: *Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*. Madrid: Ed. La Ley, 110-130.

76 Referencia INCADAT: HC/E/IT 1367.

77 AAP Barcelona de 4 de abril de 2006. [Restitución de menores a Alemania]. ECLI:ES:APB:2006:5294A.

78 AAP Las Palmas de 10 de marzo de 2009 [Restitución de las menores a Italia]. ECLI:ES:APGC:2009:532A.

79 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, 559. Vid. HERRANZ BALLESTEROS, M. 2004: *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*. Valladolid: Lex Nova, 109-113.

4.3.2.1. Custodia no ejercida de hecho o traslado consentido del menor

Se puede denegar la restitución del menor si se demuestra que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención (art. 13.a del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980). En el caso de Juana Rivas el padre ejercía la custodia sobre los menores, y el consentimiento del traslado de estos fue para un período vacacional, limitado temporalmente y siempre con el objetivo de que los niños regresasen a Italia.

4.3.2.2. La opinión del menor como causa de denegación de la restitución del menor

Contexto legal: La reforma de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor 1/1996 por la Ley Orgánica 8/2015.

El art. 2 Ley Orgánica de Protección jurídica del menor 1/1996 fue modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 23 de julio de 2015). Y, en particular, el art. 2.2 letra b) atiende a la cuestión de la opinión del menor. La relevancia de esta reforma legal es que, por primera vez, se ha puesto por escrito una lista de circunstancias concretas que determinan cuáles son los criterios generales para determinar qué es el interés del menor. En concreto, la letra b) del art. 2.2 de la LO de protección jurídica del menor señale la importancia de considerar los deseos, sentimientos y opiniones del menor. Con la consideración de que el menor sea participe según su edad, madurez, desarrollo y evolución personal en la determinación de su interés superior. Art. 2.2.b) LO de Protección jurídica del menor:

A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

Hay que destacar que el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y el Reglamento Bruselas II-bis se aplican con arreglo a sus propios criterios, esto es, criterios internacionales y europeos. Las normas españolas se pueden aplicar, pero siempre que no vulneren lo establecido en la normativa europea o internacional. En caso contrario, el efecto uniforme de la normativa supranacional desaparece. Por lo que el art.

2.2 de la LO Protección jurídica del menor servirá de guía para los tribunales españoles siempre y cuando no vulnere lo establecido en la normativa internacional o europea.

Una de las causas de denegación de la restitución de un menor es la oposición del mismo a esa restitución. El artículo 13 b) *in fine* del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 así lo establece: «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». Esta causa de denegación es una causa completamente autónoma y su valoración se ha de realizar al margen de la existencia de un peligro para el menor por dicha restitución. Pero en este caso, el auto indica que, durante los 27 días de su desaparición, a pesar de que los asesores de Juana Rivas invocaron reiteradamente la necesidad de que los hijos, en especial el mayor, fuesen escuchados en sede judicial: «*Se hace constar que la no entrega de los menores conlleva la imposibilidad material de ser oídos en su caso y si se estimare necesario*».

Es el juez el que tiene la potestad de determinar la restitución o no del menor, es optativo, «podrá» dice la norma jurídica. El juez puede ayudarse del peritaje de expertos sobre la opinión del menor, pero la decisión final sobre el valor y el peso de la opinión del menor corresponde al juez. Es cierto que son muchas las variables que hay en relación con esta causa de no restitución: la edad del menor, la libertad del mismo para expresar su opinión, su grado de madurez y los argumentos que emplea el menor para justificar su voluntad de retornar o no al país de su residencia habitual. Un dato fundamental a tener en cuenta es que el menor no es un incapaz, sino que el menor es una persona con plena capacidad, pero limitada. Esa capacidad está limitada por las circunstancias que a continuación se van a analizar: 1. Edad. 2. Grado de madurez del menor. 3. Argumentación empleada por el menor para expresar su voluntad de retornar o de no retornar. 4. Opinión libre del menor. 5. Claridad y determinación en la opinión del menor⁸⁰.

– Edad

En el convenio no se establece una edad a partir de la cual se puedan tener en cuenta las opiniones del menor. Una regla de la lógica y del sentido común es que, a mayor edad del niño, más deben tenerse en cuenta sus opiniones. En el caso que nos ocupa se tuvo en cuenta la opinión del niño mayor de 11 años de edad, el menor de los niños cuenta con solo 3 años.

– Grado de madurez del menor

¿Qué debe entenderse por madurez? La madurez es «la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente».

80 CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.^a ed. Granada: Comares, 560.

Este criterio permite modular y matizar la opinión expresada por el menor según su edad. Existen casos en los que un menor de corta edad puede presentar un grado de madurez considerable y trascendental para determinar o no su restitución y viceversa.

– *Argumentación empleada por el menor para expresar su voluntad de retornar o de no retornar*

Se debe analizar si en la argumentación del menor existen «motivos sólidos y racionales» para atender a su opinión, o si, por el contrario, existe una manipulación emocional del menor o emplea criterios de escaso valor para que su opinión sea determinante a la hora de pronunciarse sobre su restitución o no restitución. La jurisprudencia se pronuncia sobre este aspecto en el AAP Barcelona de 23 de junio de 2004, anteriormente citado: «sus motivaciones tengan un fundamento objetivo, serio, con perspectiva ponderada de lo racionalmente ajustado al interés del declarante, a medio plazo, faltando una reflexión y un discurso maduro». En tal sentido, el juez debe valorar si el menor «tiene vínculos existenciales y afectivos fuertemente queridos» por este como parte de sus legítimas aspiraciones de un proyecto de vida en dicho Estado.

– *Opinión libre del menor*

La formación y la emisión de la opinión del menor no debe verse condicionada por el progenitor sustractor. Y realmente en este caso hay datos que indican que la madre ejerció una gran influencia en los menores para formar su opinión. El menor debe haber formado y emitido su opinión de permanencia en el Estado a cuyo territorio ha sido trasladado de modo libre. Si se detecta contradicción en las opiniones expresadas por el menor en diferentes momentos, antes y después de su sustracción, es indicio de que probablemente esa opinión no refleje la verdadera voluntad del menor y, por lo tanto, no sea tenida en cuenta por el tribunal para determinar su no restitución. La objeción u oposición del menor a la restitución ha de ser propia, firme, clara e inequívoca. Un ejemplo que ilustra esta cuestión se encuentra en la SAP Barcelona 8 de marzo de 2016. En este caso, en el que el padre sostenía que era voluntad del menor quedarse en España, el tribunal ha de analizar si la voluntad expresada por el menor es real, sólida y fundada y obedece o se corresponde con una auténtica objeción o se trata por el contrario de una mera preferencia o está mediatizada. El tribunal subraya que la objeción u oposición del menor a la restitución ha de ser propia, firme, clara e inequívoca. En el Informe aportado por la madre emitido en Holanda se recogen manifestaciones del menor muy diferentes a las expresadas ante los Juzgados de España al existir motivos fundados para pensar que el padre ejerce una importante presión en el menor y que la voluntad manifestada por este está claramente mediatizada. Por este motivo, el tribunal no toma en consideración la opinión del menor para decidir sobre su retorno, ya que su opinión no está libremente formada.

– *Claridad y determinación en la opinión del menor*

Esa opinión del menor sobre su deseo de regresar o no al país donde antes tenía su residencia habitual ha de ser firme y transparente, además de motivada. Una «ligera preferencia» por vivir en un país o en otro no constituye un elemento sobre el que fundar la no restitución del menor, así se observa en la SAP La Rioja 6 junio 2016 relativa a un traslado de menor desde Tailandia a España, los menores, de manera lógica en atención a su edad, manifiestan una ligera preferencia para estar con su padre o con su madre, o estar en Bangkok o en Logroño. El tribunal no puede tener en cuenta esta opinión de los menores, no resulta contundente ni transparente para determinar su restitución o no al Estado de su residencia habitual.

En relación con el peso que ha de tener este criterio en la decisión del tribunal, se revela que la jurisprudencia española es poco sistemática y no aporta un criterio claro y determinante que ayude al operador jurídico a tener claro lo que puede ser favorable o no para la no restitución del menor a su país de residencia habitual. Los jueces atienden al caso concreto, y deciden con arreglo a equidad al observar los detalles de cada supuesto.

Algunos tribunales se muestran muy generosos con menores de corta edad y tienen en cuenta su opinión. Así lo demuestra el AAP Sevilla 12 de septiembre de 2008 donde se tiene en cuenta la voluntad de un menor de 5 años que no quiere volver a Paraguay con su padre. Otros tribunales son más estrictos y aplican con rigor la regla madre del convenio, que se basa en identificar «interés del menor» con «restitución a su país de residencia habitual», así se constata en el AAP Cáceres 3 de junio de 2003, un menor de cuatro años no puede expresarse libremente en cuanto a su restitución internacional, ya que no ha alcanzado el grado de madurez apropiado para poder considerar necesaria su audiencia.

Lo que resulta claro de todo lo expuesto es que la sola oposición del menor a su restitución no supone la automática denegación de la misma, pero sí la obligación del tribunal de tener en cuenta dicha oposición. Tal como expone el AAP Valencia de 5 de diciembre de 2011⁸¹: «La dicción del precepto es clara respecto al carácter facultativo, que no imperativo, de la negativa judicial a la restitución».

4.3.3. Restitución del menor que vulnera los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales

Se puede denegar la restitución del menor cuando vulnere los «principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y

81 AAP Valencia de 5 de diciembre de 2011. Id Cendoj: 46250370102011200395.

de las libertades fundamentales» (art. 20 Convenio de La Haya de 1980). Se trata de una «cláusula limitada de orden público» (*beschränkte ordre public-Klausel*). Así, será posible denegar la restitución cuando esta infringe la «libertad religiosa del menor» o cuando la atribución de la custodia se haya producido en función de circunstancias discriminatorias y sin tener en cuenta el «interés del menor» (Auto AP Barcelona 21 de abril de 1997)⁸². Esta concreta circunstancia no se da en el caso de Juana Rivas.

4.3.4. Grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable

La clave para que los menores no retornaran a su Estado de residencia habitual, esto es Italia, está en que lo debe provocar el peligro es el propio retorno del menor, y no lo que el menor encontrará cuando regrese a su país de origen. Es decir, si estos menores tuviesen que volver en un medio no seguro a su país (= por ejemplo, en pa-ta) o si el país al que retornan está inmerso en un conflicto bélico (= por ejemplo, una guerra civil), existiría un peligro para esos menores.

Como señalan los profesores D. Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y D. Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ⁸³ es necesaria una cierta prospectiva, de modo que es preciso analizar la situación que se produce debido a ese retorno. En el caso que nos ocupa, el retorno es muy seguro y no ofrece peligro para los menores. Los menores retornan a Italia, su país de residencia habitual y a lo que están expuestos no se considera un peligro objetivo para ellos. Los menores estarán al cuidado de su padre, que es titular de la custodia según la Ley aplicable a la misma. Por lo que no existe un peligro provocado por el retorno de esos menores a su país de residencia habitual. Han de retornar a Italia ya que no existe ningún dato concreto en este caso que permita excepcionar esta regla general, la del retorno inmediato de los menores a su país de residencia habitual. La madre no puede actuar unilateralmente cogiendo a los niños y llevándoselos a España, y una vez aquí intentar que le otorguen su custodia, es decir, intentar legalizar el secuestro de esos menores.

La única vía que a la madre le queda en el caso de que no esté de acuerdo con esta solución será la de litigar por la custodia de los menores. Este asunto tendrá que ser discutido en un litigio en Italia, que es el Estado cuyos tribunales tienen competencia para conocer de este caso y poder dictaminar una solución sobre el fondo de esta cuestión.

82 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, 561.

83 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, 562.

4.4. El necesario razonamiento en el caso concreto y las pruebas de los motivos de no restitución

La regla general, es decir, la orden de retorno inmediato del menor está diseñada por el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sin tomar en consideración los «datos del caso concreto» y responde al principio del interés del menor. El retorno del menor a su país de residencia habitual debe operar como «regla básica» porque así se realiza el interés del menor⁸⁴: (a) Se evitan así rupturas bruscas del menor con su «ambiente»; (b) Se desincentivan de este modo los secuestros internacionales de menores (*policy of deterring abduction*); (c) El país de residencia habitual del menor es el país cuyos tribunales serán competentes para decidir en torno a la «responsabilidad parental del menor» (*forum conveniens*) y son los tribunales mejor situados para decidir sobre las medidas de protección del menor y los que pueden llevar a cabo una buena administración de la Justicia. Esta «primera regla» tiene alcance general y debe interpretarse expansivamente (AAP Madrid 31 de marzo de 2015 [Sustracción de menores desde Grecia a España])⁸⁵.

Puede afirmarse que el convenio pivota sobre una presunción a tenor de la cual se presume que el retorno del menor a su país de residencia habitual es la solución que encaja en mayor medida con el interés de dicho menor (Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015, de la FGE sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores).

La regla excepcional recogida en el convenio es la posible no restitución del menor. El convenio acoge también una «segunda regla»: la posibilidad de «no ordenar el retorno del menor» porque ello podría perjudicar el «interés del menor». Esta regla sí toma en consideración los datos del caso concreto (*welfare of the particular child*) para evitar que la regla general cause injusticias en un supuesto específico (Ontario CA Canada 31 de marzo de 1999, AAP Almería 30 de abril de 2004, AAP Barcelona, 4 de abril de 2006, AAP Sevilla 12 de septiembre de 2008). Esta segunda regla es excepcional y debe interpretarse restrictivamente. Por tanto, estos motivos de denegación de la restitución no se presumen jamás, de forma que deben siempre probarse y demostrarse. Su aplicación es excepcional (SAP Islas Baleares 9 de mayo de 2016 [Menor trasladado desde Argentina a España]). Por ello, debe indicarse que la restitución del menor no es una «restitución de plano». En efecto, cabe alegar ciertas causas para denegar el retorno del menor y a tal efecto, deben distinguirse dos supuestos. Y en este caso,

84 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, 558. También en este sentido GARCÍA CANO, S. 2003: *Procedimientos de CIA, Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*. Madrid: Colex, 204.

85 AAP Madrid de 31 de marzo de 2015 [Restitución de la menor a Suiza. Proceso ante el juzgado de violencia de género]. ECLI:ES:APM:2015:142.ª

los tribunales han dictaminado a la luz de los datos de este concreto caso que no hay razón para denegar la restitución de los menores al Estado de su residencia habitual, Italia.

La interpretación jurídica de las normas del convenio se encuentra en sintonía con la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado del art. 8 del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, en el sentido de que el órgano competente para pronunciarse sobre el retorno del menor ha de emitir una decisión suficientemente motivada. Y si finalmente se deniega la restitución de los menores al país de su residencia habitual, el órgano jurisdiccional debe realizar un examen eficaz de los motivos de denegación de la restitución⁸⁶. Esto quiere decir, que se han de tomar en consideración los motivos del caso concreto para ofrecer una justa solución a ese caso concreto.

5. RECURSOS ANTE UNA ORDEN DE RESTITUCIÓN DEL MENOR A ITALIA

5.1. *Recursos ordinarios*

Contra la resolución que se dicte solo cabrá recurso de apelación con efectos suspensivos, que tendrá tramitación preferente, debiendo ser resuelto en el improrrogable plazo de veinte días. Esta regulación es más correcta que la anterior, en la que el recurso de apelación se podía admitir «a un solo efecto», con lo que, si se había ordenado restituir al menor en primera instancia, el menor era devuelto a su país de origen, y el recurso de apelación quedaba vacío de contenido (Auto AP Madrid 4 de diciembre de 1998), si bien el TC había indicado que el órgano competente para resolver la apelación debe entrar a conocer del caso aunque el menor hubiera sido devuelto a otro país (STC 120/2002 de 20 de mayo). Por fortuna, el legislador ha estado acertado esta vez y el recurso de apelación, en la actualidad, es un recurso que produce siempre efectos suspensivos de la restitución del menor al extranjero.

En esta línea, el art. 525 LEC dispone 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 la tramitación del recurso de apelación se seguirán las siguientes especialidades: a) Se interpondrá en el plazo de tres días contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución, debiendo el órgano judicial acordar su admisión o no dentro de las 24 horas siguientes a la presentación. b) Admitido el recurso, las demás

86 CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M. 2016: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 8 (2): 85, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>.

partes tendrán tres días para presentar escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación. En este último supuesto, igualmente el apelante principal dispondrá del plazo de tres días para manifestar lo que tenga por conveniente. c) Tras ello, el secretario judicial ordenará la remisión de los autos en el mismo día al Tribunal competente para resolver la apelación, ante el cual deberán comparecer las partes en el plazo de 24 horas. d) Recibidos los autos, el Tribunal acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de 24 horas. Si hubiere de practicarse prueba o si se acordase la celebración de vista, el secretario judicial señalará día para dentro de los tres días siguientes. e) La resolución deberá ser dictada dentro de los tres días siguientes a la terminación de la vista o, en defecto de esta, a contar desde el día siguiente a aquel en que se hubieran recibido los autos en el Tribunal competente para la apelación (art. 778 quinquies 11 LEC).

La práctica jurisprudencial española ha destacado que no debe operar en el recurso de apelación el principio *pendente appellation nihil innovetur*. Ello significa que en apelación pueden introducirse nuevas alegaciones y se pueden hacer valer, por ejemplo, ciertas causas de denegación de la restitución del menor que no se hicieron valer en primera instancia. Ello se produce por la preferencia que debe otorgarse a la «verdad material» sobre la «verdad procesal» en procesos tan sensibles como estos, que afectan a la protección internacional de los menores (= ceden los formalismos procesales tradicionales frente al interés material y superior del menor) (SAP Asturias 15 de enero de 2008)⁸⁷.

5.2. La vía constitucional

La vía constitucional, específicamente en el recurso de amparo, ofrece respuestas en los casos de sustracción internacional de menores. En concreto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2002, de 20 de mayo de 2002 da respuesta y admite el recurso de amparo en un concreto caso, cuyos datos fácticos se exponen a continuación:

Dos nacionales polacos contrajeron matrimonio en 1992; de esta unión nace un año más tarde una niña. En 1995 la madre decide trasladarse a España mientras la menor continúa residiendo en Polonia. Dos años más tarde (1997) la madre vuelve a Polonia donde insta un procedimiento de divorcio. En este procedimiento el Tribunal Provincial de Tarnow acuerda «mientras duren los procedimientos referentes al presente caso la hija menor de las partes Agata Kolarz, [...], debe vivir con el demandado en su domicilio en Bochnia [...]; se ordena a la demandante entregar a la menor, Agata

87 CALVO CARAVACAM, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, 569-570.

Kolarz, al demandado Pawel Kolarz». Hasta el momento de entregar a la menor, la madre al padre, se prohíbe a la demandante sacar a la niña fuera de la República de Polonia sin obtener previamente el permiso del Tribunal. En 1998 la madre se trasladó a España con la menor sin consentimiento del padre. En junio de ese mismo año el progenitor solicitó al Ministerio de Justicia, como autoridad central española, a través de la autoridad central de Polonia, la restitución de su hija. El 10 de agosto de 1998 el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid dictó un auto en el que estima la demanda interpuesta por el Abogado del Estado en representación del Ministerio de Justicia como autoridad central de España, para el cumplimiento del Convenio de La Haya, frente a la madre de la menor; y, en consecuencia, declara «que la menor Agata ha sido trasladada a España ilegalmente por parte de su madre, por lo cual, dicha menor deberá ser reintegrada a Polonia bajo la custodia de su padre, atribuida por el Tribunal de Tarnow, para que éste resuelva en el correspondiente procedimiento de divorcio». El proceso de divorcio todavía estaba en curso y, por tanto, no existía aún decisión firme sobre los derechos de custodia y visita. Sin embargo, el Tribunal sí había resuelto que, durante el transcurso del procedimiento, la menor sería entregada al padre. A lo anterior hay que sumar que el Tribunal Provincial de Tarnow (órgano que conocía del proceso de divorcio) había prohibido desplazar a la menor sin su autorización previa. Por tanto, el padre era quien debía cuidar de la menor reservándose el órgano judicial la autoridad para decidir sobre su traslado fuera de Polonia.

En este caso, la Audiencia Provincial de Madrid decide no entrar a conocer del fondo del asunto, y la madre promueve recurso de amparo cuya admisión a trámite se efectúa el 29 de noviembre de 1999. El citado recurso, dados los términos en los que se plantea la demanda, tiene por objeto «determinar si la Sentencia de la Audiencia, que declaró no haber lugar a entrar en el examen de la cuestión de fondo suscitada en el recurso de Audiencia Provincial [...] vulneró o no su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 ce». El derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional, comprende, entre otros, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, sea o no favorable a las pretensiones del actor; resolución que podrá ser de inadmisibilidad⁸⁸. Si bien es cierto que el principio *pro actione* se manifiesta con toda intensidad en el acceso a la justicia, en el caso de los nacionales polacos en examen estamos ante un recurso, fase procesal en la que el citado principio, como afirma el Alto Tribunal, pierde intensidad.

Ahora bien, a pesar de que la Constitución no establece como derecho fundamental la doble instancia civil, una vez previsto el recurso, el acceso al mismo se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁹; de manera que, aunque la segunda instancia no

88 STC 160/1985, de 28 de noviembre, *BOE*, núm. 301, de 17 de diciembre de 1985.

89 STC 113/1998, de 1 de junio, *BOE*, núm. 158, de 3 de julio de 1998.

forme parte de las garantías en las que se concreta la tutela judicial efectiva, una vez configurado legalmente se encuentra garantizado por el artículo 24.1 de la CE.

Por tanto, lo primero que cuestiona el Tribunal Constitucional en el presente recurso es si la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid de no entrar a conocer sobre el fondo del asunto vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos. Al respecto, el Tribunal afirma que excluir un pronunciamiento sobre el fondo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando, entre otros, se apoye en causa legal inexistente; en efecto, tal y como sostiene el mencionado órgano judicial, la Audiencia debió entrar en el fondo de la cuestión planteada por la demandante de amparo, al no existir causa legal que excluyera esta obligación del órgano *ad quem*.

En consecuencia, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, la negativa por parte de los órganos judiciales de pronunciarse sobre el fondo del caso carente de base legal supondría manifiestamente una negativa a la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁰. Nos interesa ahora fijar la atención en el análisis que el Tribunal Constitucional realiza de los dos argumentos que la Audiencia Provincial esgrime para la fundamentación jurídica del auto recurrido.

En primer lugar, la postura mantenida por la Audiencia Provincial en cuanto a la ineficacia práctica de la decisión en apelación tras la devolución del menor. Para desestimar este argumento el Tribunal Constitucional se basa: por un lado, en que es labor del legislador prever la circunstancia de que el auto sea ejecutado mientras se sustancia el recurso de apelación, por tanto, el órgano judicial no puede dejar sin resolver el fondo del asunto; por otro lado, quizá lo más interesante es el argumento que aporta en relación a la finalidad práctica que puede tener la decisión. En este aspecto, como sostuvo el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, una cosa es la difícil recuperación de la niña (tras la ejecución del auto) y otra que la resolución carezca de finalidad. Ahora bien, en ambas exposiciones se detecta que la decisión tomada en apelación, lejos de tener una eficacia práctica por sí misma, podrá servir ante los Tribunales de Polonia, lugar donde se estaba conociendo del procedimiento matrimonial, con el fin de beneficiar los intereses en la decisión sobre la guarda de la menor.

En segundo lugar, en cuanto a la falta de elementos de juicio, argumento empleado por la Audiencia Provincial, no puede ser causa que justifique la falta de pronunciamiento sobre el fondo tal y como afirma el Tribunal Constitucional. Hay que tener presente que la celeridad en la tramitación del procedimiento, por muy acorde que esté con el objetivo convencional, no puede sortear la realización de aquellas pruebas que sirven a la resolución del proceso judicial. La Audiencia Provincial contaba con el instrumento procesal, para poder practicar las pruebas oportunas con el fin de lograr la convicción necesaria para resolver (ad. ex. las diligencias para mejor proveer previstas

90 STC 171/1988, de 30 de septiembre, *BOE*, núm. 247, de 14 de octubre de 1988.

en el artículo 340 de la antigua LEC de 1881 aplicable). Por lo demás, no hay que olvidar que los órganos judiciales en apelación están obligados a no resolver más allá de lo solicitado, pero también tienen el deber de pronunciarse sobre aquello que sea sometido por las partes a su enjuiciamiento (*tantum appellatum quantum devolutum*). La Audiencia Provincial de Madrid parece haber olvidado en su actuación la obligación que tienen los órganos judiciales de resolver el fondo del asunto, así como la prohibición de *non liquet*. En definitiva, el Tribunal Constitucional decide otorgar el amparo solicitado por doña Malgorzata Kolarz, declarar la nulidad del Auto de 4 de diciembre de 1998 dictado por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la citada resolución, a fin de que la Sala resuelva el recurso de apelación en los términos que resulten procedentes en Derecho⁹¹.

En el caso de Juana Rivas, el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso el pasado 31 de julio por considerar que aún no ha habido agotado todos los niveles judiciales previstos en la ley ante los Juzgados y Tribunales ordinarios. Y el Tribunal Constitucional volvió a rechazar por una cuestión temporal el recurso de amparo presentado por la defensa de Juana Rivas. Los abogados lo interpusieron después de que la Audiencia Provincial de Granada desestimara el incidente de nulidad de actuaciones para evitar la entrega de sus hijos al padre. El Tribunal Constitucional alegó «extemporaneidad» en la presentación del recurso «por haberse prolongado, de modo manifiestamente impropio, la vía judicial previa». En concreto, se ha superado el plazo de 30 días respecto a la resolución recurrida, que es la ratificación del fallo inicial de la Audiencia Provincial de Granada notificada el pasado 26 de abril.

6. UNA PERSPECTIVA CORRECTA DE LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: LA LOCALIZACIÓN ESPACIAL DEL DEBATE DE FONDO

El art. 16 del Convenio de La Haya de 1980 contiene la prohibición de litigar sobre el fondo del asunto relativo al menor. Esta es una norma de competencia judicial internacional negativa. El art. 16 del convenio dispone que, una vez trasladado ilícitamente el menor de un país a otro y una vez formulada reclamación para la restitución, las autoridades judiciales o administrativas del país al que ha sido trasladado el menor o donde está retenido ilícitamente no pueden decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido según lo dispuesto en el convenio o hasta que haya transcurrido un periodo

91 HERRANZ BALLESTEROS, M. 2002: «La sustracción internacional de menores. A propósito de la STC 120/2002, de 20 mayo 2002». *RDJ*, 2002, 754-770.

de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del convenio. Es una regla de «competencia judicial internacional negativa». En efecto, dicha regla impide que un tribunal del Estado donde se encuentra ahora el menor conozca y decida, temporalmente, sobre el «fondo de la cuestión». Por lo que, si se ordena el retorno del menor a otro país, no cabrá entrar en el fondo del asunto. Y si la decisión de retornar o no retornar al menor no es firme, tampoco podrán entrar en el fondo del asunto los tribunales del Estado donde ahora se encuentra el menor (AAP Valladolid 14 de noviembre de 2015)⁹². Cuando un tribunal se pronuncia sobre la restitución del menor, en ningún caso se está pronunciando sobre la custodia del menor (AAP Barcelona 13 de marzo de 2012)⁹³. Así lo expone el art. 19 del Convenio de La Haya de 1980: «una decisión adoptada en el marco del presente convenio sobre la restitución del menor no afectara a la cuestión de fondo del derecho de custodia». Sólo podrá conocer del fondo del asunto relativo a la guarda y custodia del menor si los jueces del país donde se encuentra el menor disponen de competencia judicial internacional y si se acuerda «no restituir a dicho menor» (STS 22 de junio de 1998⁹⁴, AAP Barcelona 4 de abril de 2006⁹⁵, AAP Toledo Sec. 1.ª 20 de noviembre de 1995, Sent. Cass. Francia, 9 de julio de 2008)⁹⁶.

7. CONCLUSIONES

El caso de Juana Rivas constituye un supuesto de fuerte impacto social y numerosas implicaciones de tipo social y jurídico. Se trata de un caso que presenta caracteres propios de los elementos que componen la sociedad actual: 1. En la sociedad actual no hay un único modelo de familia. Existen familias como la del caso de Juana Rivas donde se refleja un modelo donde los rasgos son los que siguen: la pareja no está casada, son convivientes de hecho, con residencia en distintos países europeos, en este caso, Inglaterra, España e Italia; tienen problemas de pareja, con una ruptura traumática y que requiere una solución concreta a los problemas que se plantean. La solución en este caso la aporta la normativa de producción europea, la normativa que crea el legislador europeo. 2. Hoy día la movilidad internacional está al alcance de muchas personas, la facilidad en las comunicaciones y la posibilidad de ampliar relaciones personales es un hecho. Estas cuestiones forjan una sociedad fuertemente

92 AAP Valladolid 14 de noviembre de 2005. ECLI:ES:APVA:2005:996.^a

93 AAP Barcelona 13 de marzo de 2012. ECLI:ES:APB:2012:2580.^a

94 STS de 22 de junio de 1998. ECLI:ES:TS:1998:4153.

95 AAP Barcelona 4 de abril de 2006. ECLI:ES:APB:2006:5294A.

96 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed. Granada: Comares, 549.

internacionalizada. Da lugar a que muchos de los conflictos que surgen de las relaciones personales a menudo tengan un componente internacional. 3. La cooperación entre los Estados se hace vital para superar estos conflictos. Tras el análisis realizado, pueden formularse las siguientes conclusiones:

Primera. Los casos de sustracción internacional de menores: un problema social creciente que no se detiene. En la actualidad es un hecho incuestionable la internacionalización de la sociedad. Hoy día resulta extremadamente sencillo desplazarse a lo largo y ancho del planeta. El mundo es plano, como subraya con acierto Thomas Friedman en su fascinante libro *The World is Flat: A Brief History of the Twenty-first Century*, «la tierra es plana» porque todo está interconectado. El mundo se encuentra fuertemente globalizado, esa es la verdad. Resulta muy sencillo traspasar las fronteras y realizar desplazamientos internacionales, gracias, fundamentalmente, a la disminución o eliminación de barreras geográficas y el significativo crecimiento de los avances técnicos y tecnológicos de la revolución digital. Se observa, cada vez con más frecuencia, que existen familias con una vida altamente internacional. Por consiguiente, los niños también se desplazan con sus padres, viajan, viven en distintos lugares. En los últimos tiempos se ha observado un crecimiento exponencial de casos de secuestro internacional de menores. El operador jurídico del siglo XXI ha de estar formado y preparado para, aportar soluciones jurídicas a estos casos internacionales y para de este modo, satisfacer el interés del menor en el caso concreto. De estos datos apuntados deriva la importancia de conocer bien las normas que regulan estos supuestos internacionales, y sobre todo el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, para afrontar los casos de sustracción internacional de menores. Y la realidad muestra que estos casos no se pueden evitar. La libre circulación es una premisa que no se puede obviar. Y no se puede ejercer un control férreo sobre esta cuestión. Lo que sí se puede hacer es garantizar la inmediata restitución del menor al país de su residencia habitual. Y esa solución la aporta de un modo muy adecuado el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 2015.

Segunda. La importancia de la argumentación jurisprudencial. El Convenio de La Haya de 1980 establece una guía de máximos y mínimos legales en los casos de sustracción internacional de menores. Pero se debe subrayar que el interés - del menor se determina siempre en el caso concreto, por lo que es necesario descender a detalles, se hace preciso buscar y estudiar casos similares. No hay dos casos iguales, pero sí que existen casos equivalentes. El buen jurista desciende a detalles y explora argumentaciones jurisprudenciales de casos concretos y reales. El razonamiento no debe ser *in abstracto*, sino *in concreto*. Esta es la idea de la que arranca el Convenio de La Haya. En estos casos, la ley tiene su papel: regula con carácter general las cuestiones relativas al secuestro internacional de menores. Y la jurisprudencia también juega un papel muy trascendental en esta materia: permite ajustar la generalidad de las leyes a los casos concretos. Las normas jurídicas, como ya escribiera ARISTÓTELES en su

Moral, a Nicómaco (= libro V: *Teoría de la justicia*. Capítulo X. «De la equidad. Relaciones y diferencias entre ella y la justicia»), son generales. La ley debe emplear, necesariamente, fórmulas generales, que no pueden aplicarse a todos los casos particulares. La equidad repara y completa la ley pues pone en práctica los conceptos y normas generales en relación con los *hard cases*. Es labor de la jurisprudencia adaptar la «Ley general» a los casos particulares. Lo equitativo es también justo, y vale más que lo justo en ciertas circunstancias. En este sentido, el legislador crea normas para los casos generales, los casos ordinarios, los casos en abstracto. De ahí la gran importancia que la jurisprudencia tiene en estos casos internacionales. La importancia radica en que solo es posible definir el interés del menor en relación con el caso concreto y con el menor concreto del caso de que se trate. El poder pasa a los jueces. Los jueces trazan unas soluciones específicas, sirviéndose de la guía general que les ofrecen las normas, son soluciones que dan respuesta a los casos concretos. La normativa internacional, en este caso, el Convenio de La Haya de 1980, establece los principios básicos, las líneas maestras, y los jueces en su aplicación desarrollan tales principios con reglas concretas. Los jueces deciden en los casos concretos cuándo supone realmente un peligro para los menores su restitución; por ejemplo, si el padre es drogadicto, probablemente esto suponga un grave peligro para los menores y no se restituyan. Si el padre que pide la restitución es nudista, pues los niños retornan a su país de residencia habitual, puesto que eso no comporta un grave peligro para los menores. De este modo, los jueces van creando jurisprudencia, y dentro de esa jurisprudencia existen «grupos de casos» con características similares y, asimismo, con soluciones que pueden ir en un mismo sentido.

Tercera. Abandono de soluciones nacionalistas por parte de los tribunales españoles. En estos casos de sustracción internacional de menores el interés superior del menor es siempre, y salvo prueba en contrario en un caso específico, su restitución al Estado de su residencia habitual. El menor no es un objeto que se pueda trasladar de un Estado a otro según la conveniencia, beneficio o comodidad de uno de los progenitores. El traslado del menor no se puede realizar sin el consentimiento del otro progenitor que ejerce la patria potestad sobre ese menor. El menor tiene el derecho a permanecer en su ambiente. El interés del menor es que viva donde ese menor tiene su residencia habitual, esta es la norma madre del Convenio de La Haya de 1980. Pero se han de tener muy presentes las excepciones a esa regla principal, aunque esas excepciones siempre han de ser interpretadas de forma restrictiva, porque la regla general y principal del Convenio es la acción directa de restitución. La jurisprudencia española a la hora de aplicar el Convenio de La Haya de 1980 ha ido modificando su criterio. Al principio de su aplicación, los tribunales españoles en sus decisiones denotaban tintes muy nacionalistas, el niño se quedaba con su progenitor español, el niño se quedaba en España. Se puede traer a la memoria el caso de María José Carrascosa, que legalizó el secuestro de su hija en España, y las

consecuencias del mismo fueron infaustas, ya que la niña terminó criándose con sus abuelos en Valencia, alejada de sus progenitores y en un Estado que no era el de su residencia habitual. La menor debía haber regresado a Estados Unidos de América para que se cumpliera el acuerdo entre los padres. Este caso es un resto de la vieja jurisprudencia nacionalista que perjudica al menor. Pero esa tendencia ha ido cambiando, ya no es así, los tribunales cada vez son menos nacionalistas y velan por la correcta aplicación del Convenio y de sus excepciones.

Cuarta. La relevancia de la opinión del menor. El menor es una persona que para su protección jurídica necesita de la intervención de sus padres, del juez, del fiscal, etc., normalmente hasta que cumple la edad establecida legalmente para según que cuestiones, y definitivamente para obtener la plena capacidad jurídica cuando alcanza la mayoría de edad. El menor no es un incapaz, y esta afirmación no es baladí, es una diferenciación de extrema importancia, sobre todo a la hora de ponderar la opinión del menor para dictaminar su restitución o no al Estado donde tenía su residencia habitual. Lo cierto es que el tribunal tiene la obligación de atender esa opinión del modo que estime más conveniente a los intereses del menor, así lo apunta la Convención de la ONU sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12. Este artículo obliga a los Estados parte en esta convención a garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, claro está, el peso de esa opinión se modulará según la edad y madurez del menor. Será la ley nacional la que prevea el modo o a través de que órgano se expresará el menor. Pero lo que debe quedar ostensible y patente es que al menor se le ha de escuchar en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.

Quinta. En temas socialmente sensibles como la sustracción internacional de menores la unión hace la fuerza. La solución que se ofrece en estos tipos de casos internacionales, que cubren temas tan sensibles y necesitados de especial protección como es velar por los derechos de los menores, el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 ha demostrado su extraordinaria utilidad. Se hace necesaria la cooperación internacional entre los Estados. El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 es un convenio multilateral internacional, que a fecha de hoy han ratificado y aplican casi cien países, y eso es muy favorable a la lucha contra la sustracción internacional de menores. Sus normas son uniformes para 96 Estados, que utilizan una misma norma para dar solución a una misma dificultad: la sustracción internacional de menores. Tal es la calidad jurídica de este convenio internacional que el Derecho Europeo lo ha clonado en el Reglamento Bruselas II-bis. El abogado que maneja el convenio de La Haya de 1980 maneja un Derecho internacional que se aplica en casi cien países. De este modo, el abogado se sitúa en un nivel de razonamiento superior, porque puede y debe emplear jurisprudencia extranjera que aplica ese convenio y porque debe interpretar normas jurídicas internacionales comunes a casi cien países. Es preciso que el

abogado se forme teniendo en cuenta estas razones. En estos temas (= como en la cooperación procesal internacional) solo los Convenios internacionales son efectivos. El secuestro regulado por normas de producción interna nunca encuentra solución. Para poder dar solución a este tipo de problemática jurídica se requieren instrumentos legales internacionales que regulen y combatan la sustracción internacional de menores. El Convenio de La Haya es un convenio multilateral que ofrece una solución adecuada a esta cuestión. Fue creado en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y su objetivo es la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su pronta restitución. Este es un instrumento legal multilateral, a día de hoy son 96 los Estados contratantes. Y este es el instrumento que puede ofrecer soluciones jurídicas, no las normas de producción internas que nacen con una vocación de regulación nacional, no internacional como sí que lo hace el precitado convenio. Las normas del Convenio de La Haya de 1980 son muy favorables a la lucha contra la sustracción internacional de menores. Sus normas son uniformes para 96 Estados, que utilizan una misma norma para dar solución a una misma dificultad: la sustracción internacional de menores.

Sexta. La importancia de fijar correctamente el objeto procesal de los procesos de restitución de menores. Este dato es fundamental para la correcta llevanza de estos procesos: se han de separar claramente los casos de litigios de sustracción internacional de menores cuyo objeto es la restitución de menores al país de su residencia habitual de los litigios que tienen por objeto fijar la guarda y custodia de unos menores. Son litigios con objetos totalmente diferentes. Para este último caso, la guarda y custodia del menor, se deberá litigar en el país de residencia habitual de los menores. El Convenio de La Haya de 1980 está exclusivamente diseñado para decidir sobre la restitución o no del menor a su país de residencia habitual. El Convenio de La Haya de 1980 no decide sobre la custodia de los menores. Por lo que cualquier argumento en relación con el papel de padres de cualquiera de los progenitores es totalmente improcedente. Si un padre es un buen padre o si una madre es una buena madre, o todo lo contrario, serán datos que se habrán de aportar en un litigio donde se dirima la guarda y custodia de los menores. Cualquier argumento en este sentido en un litigio por la restitución del menor no resulta procedente, y lo único que hace es contaminar el objeto y finalidad que tiene el Convenio de La Haya de 1980, que es decidir sobre la restitución o no del menor siempre velando por su interés superior.

Séptima. Necesidad de centrar el valor superior a preservar en la solución jurídica en estos casos: el interés superior del menor en el caso concreto. En estos casos de sustracción internacional de menores se hace necesario no perder la perspectiva jurídica correcta de estos casos. Otros elementos concernientes al caso, como puede ser el maltrato por parte del padre a la madre, no deben desplazar el centro de la argumentación que es siempre, en estos casos, el interés del menor. Las consecuencias

de ese maltrato, solo pueden ser consideradas en los supuestos de sustracción internacional de menores como una causa de peligro para el menor en caso de que se restituya a ese menor al país de su residencia habitual. En estos casos se hace necesario el razonamiento en el caso concreto. Se ha de razonar en el caso en concreto de secuestro internacional de menores, porque no existe el interés del menor en abstracto, sino el interés del concreto menor que ha sido objeto de un secuestro. La óptica de estos casos siempre ha de estar enfocada al concreto caso y al concreto menor víctima de ese secuestro.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, G. 2016: *I nuovi confini del diritto privato europeo. New borders of European Private Law*.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. 2002: *Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva, Derecho Privado y Constitución*. Núm. 16.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. 2011: «La désunion européenne: le Règlement dit *Bruxelles II*». *RCDIP*.
- ANCEL, B. y MUIR-WATT, H. 2005: «L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis». *RCDIP*.
- BÖHMER, C. 1985: «Der deutschspanische Vollstreckungsvertrag vom 14. November 1983 und das Allgemeine Ausführungsgesetz vom 30. Mai 1988». *IPrax*.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M. 2016: *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 8 (2).
- CALAZA LÓPEZ, S. 2015: *Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*. Madrid: Ed. La Ley, 2015.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2018: *Derecho internacional privado*, vol. II. 18.ª ed., Granada: Comares.
- CAÑADAS LORENZO, M. J. «La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores». Ponencia de la Fiscal Adscrita a la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y SEATZU, F. 2009: «Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento "Roma III"». *RDIPP*.
- CASTELLÓ PASTOR, J. J. 2018: «Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional». *Cuadernos de Derecho Transnacional*.
- DAVÍ, A. 1989: «Separazione personale». *EdD*, vol. XLI.
- DETHLOFF. 2003: «Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe». En K. Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. (ed.): Intersentia.
- DYER, A. 1977: «Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents», *Doc. Prel.* N1 1.
- GARCÍA CANO, S. 2003: *Procedimientos de CIA. Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*. Madrid: Colex.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B. 2012: *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*. Madrid.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. 1983: *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Madrid: Tecnos.
- HERRANZ BALLESTEROS, M. 2002: «La sustracción internacional de menores. A propósito de la STC 120/2002, de 20 mayo 2002». *RDP*.

- HERRANZ BALLESTEROS, M. 2004: *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*. Valladolid: Lex Nova.
- FREEMAN M. 2014: *International Child Abduction: the Effects*, Reunite International Child Abduction Centre, 2006 and *Parental Child Abduction: The Long-Term Effects*. International Centre for Family Law, Policy and Practice.
- GREIF, G. L. 2009: «The long-term aftermath of child abduction: Two case studies and implications for family therapy». *American Journal of Family Therapy*, 2009, vol. 37.
- MARÍN PEDREÑO, C. 2015: *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*. Málaga: ed. Ley 57.
- REIG FABADO, I. 2008: «Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980». En P. Lloria García, *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Madrid: lustel.
- REVILLA PÉREZ, L. 2019: «La sustracción internacional de menores: Aspectos teóricos prácticos». En A. Monge Fernández: *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*. Barcelona: ed. Bosch.
- SEATZU, F. y CARRASCOSA, J. 2010: «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III». *Studi sull'integrazione europea*.