

SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES



Silvia Giménez-Salinas Colomer. Abogada y titular del despacho SGS

SUMARIO

1. Definición de secuestro internacional de menores según el Convenio de la Haya (legal kidnaping)
2. Concepto de Autoridad Central
3. Acciones en supuestos de menor trasladado a España
4. Acciones en supuestos de menor trasladado fuera de España
5. El interés del menor como causa de denegación de la demanda de retorno

El fenómeno de la globalización propicia las relaciones entre personas, sin importar la distancia geográfica. No es relevante a la hora de establecer relaciones sentimentales, puesto que la conexión a través de internet puede resultar incluso mucho más íntima que la proximidad física. El cambio de lugar de residencia a causa del vínculo sentimental, es habitual en estos tiempos.

Si esta situación de cruce de orígenes y culturas entre adultos los convierte, además en padres, el problema comienza a ser complejo.

Mientras la relación sentimental y parental, nadie interviene en las decisiones de la pareja. Sin embargo, la aparición de una crisis entre ellos, puede conllevar un grave conflicto jurídico; deberá determinarse no sólo la guarda de los menores, sino el lugar de residencia para su educación, cuestión que será determinante para los padres. La elección de la residencia es libre para los adultos. Sin embargo, en la mayoría de países, el lugar de residencia permanente de los menores pertenece a la esfera de la responsabilidad parental compartida entre ambos progenitores, salvo que una sentencia de divorcio o de relaciones parentales haya concretado otra cuestión.

ANTECEDENTES

El conflicto internacional se concreta en el momento en que los progenitores o alguno de ellos, pretende finalizar la vida en co-

mún y traslada su residencia habitual a otro país junto con los hijos comunes (siempre menores de 16 años).

Si no hay consenso, **el progenitor**

que quiere desplazar a otro lugar el domicilio habitual de los hijos, sólo tiene dos vías para ello; solicitar autorización de traslado al Juzgado pertinente a través de un procedimiento de familia o simple-

mente, en la creencia que la primera opción no será fácil de conseguir por la postura del otro progenitor, **desplazarse sin autorización y tratar de conseguir en el nuevo país, una resolución judicial de custodia en el plazo más breve posible, en la que se establezca la guarda y la nueva residencia de los menores bajo el progenitor sustractor.**

También puede suceder que, en cumplimiento de un régimen de visitas, el progenitor decida no retornar al menor, con infracción del derecho de custodia ya determinado en una resolución judicial.

Estas conductas son aquellas que trata de evitar el Convenio de la Haya de 1980, sobre secuestro legal de menores.

El lugar de residencia habitual de los hijos, menores de edad, es un derecho –deber de ambos progenitores y en caso de discrepancia, sólo una resolución judicial determinará y fijará el lugar. No puede obviarse al otro progenitor; ni por tener causa justa (nuevo trabajo, nuevo matrimonio, nuevo hijo de otra pareja...) ni por cualquier otro motivo el ejercicio de su derecho-deber.

El **Convenio de la Haya de 1980, contempla dos situaciones concretas:**

a.- el retorno de los menores

LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Arts.; 6 y ss, 13, 16
- Reglamento (CE) 1347/2000 de 29 de Mayo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes
- Reglamento 44/2001 de 22 de Diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
- Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de Noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad penal
- Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, realizado en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (en vigor en España desde 1 de abril de 2015)
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Normas básicas. Marginal: 5614)
- Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Normas básicas. Marginal: 3672). Arts.; 1901 a 1909

“El Convenio de la Haya de 1980 obliga a los tribunales del país donde el menor ha sido trasladado a retornarlo al país de su última residencia habitual”

“El traslado o la retención de un menor se considera ilícito si es realizado con infracción del derecho de custodia legalmente atribuido en el Estado donde residía antes del traslado, o bien al no existir ningún tipo de resolución judicial o administrativa de custodia”

que han sido trasladados o retenidos de forma ilícita en un Estado contratante que no sea el de su residencia habitual.

b.-la exigencia del cumplimiento de los deberes de custodia y visitas establecidos en base a la normativa de un Estado, en otro Estado.

DEFINICIÓN DE SECUESTRO INTERNACIONAL SEGÚN CH DE 1980

El traslado o la retención de un menor se considera ilícito si

es realizado con infracción del derecho de custodia legalmente atribuido en el Estado donde residía antes del traslado o bien al no existir ningún tipo de resolución judicial o administrativa de custodia, ésta es ejercida efectivamente de manera conjunta o separada por el progenitor no infractor.

Afecta al derecho interno del país de residencia habitual, la prueba de que el progenitor no infractor ejercía de forma efectiva o mediante resolución judicial, la custodia del menor y por tanto, si el progenitor infractor podía, unilateralmente, variar la residencia habitual de los menores.

Deberá recabarse, en primer lugar, un dictamen sobre la ley aplicable al ejercicio efectivo de la custodia y al derecho conjunto de los progenitores para fijar o variar el domicilio habitual del menor.

En el 69% de los casos la madre es sustractora y en el 28% el padre, correspondiendo un 3% a abuelos, instituciones y otros. La misma fuente indica que en el 40% la guarda la tenía atribuida el infractor con carácter individual y en el 33% con carácter compartido¹.

DEFINICIÓN DE RESTITUCIÓN

La finalidad del CH es la restitución del menor a su lugar de residencia habitual y el respeto a la competencia de los tribunales del lugar de residencia habitual para la discusión sobre todos los elementos que afectan a la vida de los hijos, incluido el lugar de residencia futuro, así como la guarda y alimentos. El presente convenio, obliga a los tribunales del país donde el menor ha sido trasladado a retornarlo al país de su última residencia habitual, salvo tasadas excepciones contempladas en el artículo 13 CLH.

El Tribunal de la nueva residencia del menor, no adquirirá la competencia para resolver las cuestiones anteriores (art. 16) aunque exista alguna resolución propia, hasta que se determine la residencia legal del menor y haya finalizado el procedimiento de restitución.

La sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala Civil de 22 de Junio de 1998, nº 604/98 en un recurso de ca-



¹ Última actualización de datos de la HccH a fecha de 2011

sación interpuesto en interés de Ley por el Ministerio Fiscal, se concretó que la interpretación correcta del artículo 16 del CLH de 1980 deber ser siempre en interés del menor.

DEFINICIÓN DE AUTORIDAD CENTRAL

El artículo 6 y siguientes de la CLH, establecen la obligación de los Estados contratantes, de crear un organismo central para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del CLH.

En España, la Autoridad Central radica en la Subsecretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

En 1999, se sustanciaron 954 demandas de restitución (36 en España) y 197 de derechos de visitas (6 en España) y en el año 2008, fecha de la última publicación de la página de HccH, 1965 de retorno (88 en España) y 361 de visitas (25 en España). Como se puede observar, es un procedimiento todavía muy desconocido en su utilización.

Cada Estado, debe centralizar tanto las solicitudes como las peticiones de restitución.

“El menor debe ser preguntado acerca del retorno y de sus anhelos y situaciones, siendo causa de nulidad prescindir de la exploración del menor en el presente procedimiento, con independencia de su edad”

Deben colaborar y promover el cumplimiento rápido y eficaz de las solicitudes que reciben con el objetivo de:

a.- Localizar al menor dentro del territorio del Estado.

b.- Notificar al guardador del menor, la solicitud de restitución del Estado y ofrecer los mecanismos posibles en orden a la restitución voluntaria.

c.- En caso de negativa, cada Estado en función de su normativa interna, remitirá la documentación a los organismos encargados, en general a los Tribunales competentes del lugar de residencia habitual anterior

al traslado del menor.

c.- Ofrecer el proceso de mediación con el fin de completar la restitución del menor al progenitor infractor evitando un proceso judicial ya que incluso dicho proceso puede resolver y garantizar que el retorno sea acompañado por el infractor sin que ello le suponga penas de prisión en el país solicitante.

d.- Iniciar el procedimiento judicial pertinente mediante demanda civil de aplicación del CLH.

e.- Velar por el cumplimiento de la resolución judicial por la que finaliza el procedimiento.

ACCIONES EN SUPUESTO DE MENOR RETENIDO EN ESPAÑA

La Autoridad Central presentará a través de la Abogacía del Estado la demanda de restitución en base al CLH, que se sustanciará por el procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en la LEC de 1881, artículos 1901 a 1909.

Puede también interponerse en representación del progenitor perjudicado, de forma particular.

Según la LEC de 1881, **debe de-**

JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 26 de marzo de 2014, núm. 104/2014, N° Rec. 111/2013. (Marginal: 2458960)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2013, núm. 823/2012, N° Rec. 2248/2011. (Marginal: 2416876)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de octubre de 2012, núm. 642/2012, N° Rec. 1238/2011. (Marginal: 2409259)

sarrollarse todo el proceso en seis semanas, incluyendo todas aquellas medidas provisionales necesarias para evitar una nueva sustracción.

El procedimiento finalizará con una única decisión; si procede la restitución al país requirente y la forma como realizarla; si el infractor accede de forma voluntaria o bien se opone a la misma o bien la denegará.

En este último supuesto, sólo podrán excepcionarse las causas previstas en el artículo 13 del CLH, para evitar el retorno y en consecuencia Auto negando el retorno.

El Auto puede ser recurrido en apelación ante la Audiencia correspondiente.

Al obtener firmeza la resolución que niega el retorno, el menor adquiere automáticamente la residencia legal en el país requirente y por tanto, la competencia de los Tribunales para dirimir todas

las cuestiones relativas a su crianza y las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental. Si la resolución judicial contempla el retorno, la Autoridad Central velará por el cumplimiento del mismo y la entrega del menor al país y al progenitor requirente, así como el propio Juzgado a través de la ejecución del Auto.

Es importante señalar que pueden haber transcurrido días, meses o años desde el desplazamiento ilícito hasta la localización y procedimientos posteriores, lo que implicará que las excepciones del artículo 13 serán alegadas con mayor éxito, cuanto más tiempo transcurra entre el desplazamiento y la Vista.

Si el menor era muy pequeño antes del desplazamiento es posible que no haya existido relación alguna con el otro progenitor; que el menor haya olvidado el idioma con el que se relacionaba o incluso, ni tan siquiera lo recuerde. En estos casos, la demanda de retorno tendrá excepciones importantes en aras al interés del menor.

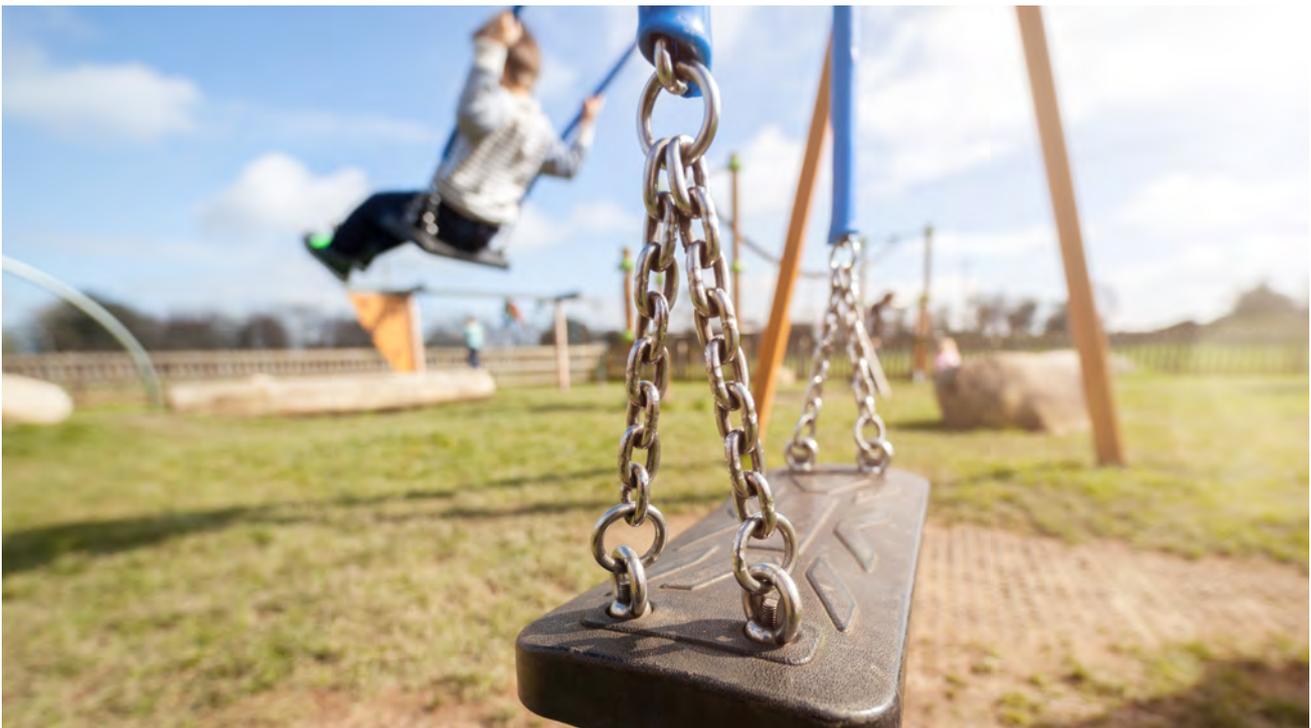
La mediación, puede practicarse tanto de forma previa a la comparecencia, durante o posterior a la misma y es un método muy útil para resolver la operatividad del retorno o del no retorno.

La mediación no consistirá en alcanzar acuerdos sobre guarda y alimentos o demás cuestiones, sino únicamente sobre el retorno del menor. Sin embargo, en la práctica, todos los problemas derivados de la situación se pueden exponer si las partes así lo admiten.

El procedimiento finalizará con la entrega del menor a la Autoridad del Estado requirente o al progenitor si se ha desplazado en busca del menor.

ACCIONES EN SUPUESTOS DE TRASLADO FUERA DE ESPAÑA

La diligencia en las primeras horas, tras el conocimiento de un traslado ilícito, es esencial para la recuperación



del menor. En primer lugar debe conocer exactamente el lugar donde se hallan.

La realidad es que la mayoría de traslados se realizan al Estado del cual es nacional el progenitor sustractor. También existen traslados a terceros países, lo que dificultará la búsqueda y localización del menor.

Una vez localizados, deberán presentarse a la Autoridad Central Española, los formularios contemplados en la página del Convenio de la Haya (HccH) junto con los datos de los niños y sus fotografías.

Completado el trámite, **la Autoridad Central española remitirá la documentación a la Autoridad Central del Estado (firmante del CLH) donde los menores han sido desplazados con el fin de que solicite, según su normativa interna y con la máxima celeridad, la citación del progenitor infractor y la comparecencia del mismo así como la contestación a la petición de retorno.**

Interpol o las autoridades judiciales, en función de los Estados firmantes, localizarán a los progenitores para citarlos. También se puede solicitar y adoptar medidas cautelares si es previsible que el progenitor infractor pueda realizar un nuevo desplazamiento.

Es conveniente que el demandante asista personalmente a la citación o bien designe a su representación procesal, con el fin de asegurar una correcta aplicación del CLH.

La mayoría de Estados, suele citar al progenitor infractor junto con el menor, con el fin de conocer la opinión del mismo. Bien de forma directa o indirecta a través de especialistas, el menor debe ser pre-

guntado acerca del retorno y de sus anhelos y situaciones. **Es causa de nulidad prescindir de la exploración del menor en el presente procedimiento, con independencia de su edad.**

La opinión del menor no es vinculante pero si de trascendencia y deberá constar en el procedimiento la exploración del mismo y su resultado.

El interés del menor, que debe presidir cualquier actuación tanto de la Administración Pública como de los Tribunales, se concretará en cada caso.

Así, por ejemplo, la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia 823/2012 de 31 de enero de 2013, concreta que **el interés de un menor que fue trasladado por la madre a EEUU y residió allí con ella durante 4 años, sin apenas contacto con el padre, no es regresar a España bajo la custodia de su progenitor, sino permanecer bajo la custodia de la progenitora, con la que tiene un estrecho vínculo y mantenerse en el entorno donde el menor ya está adaptado.**

“Es cierto que, sea cual fuere el miembro de la pareja parental con el que conviva en niño, debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque de ambas funciones precisa el niño para un correcto desarrollo emocional. Ocurre, sin embargo, que se han creado unos vínculos muy distintos del menor con el padre que ahora pretenden reforzarse a través de un cambio de custodia que tiene como punto de partida una primera etapa de acercamiento progresivo del padre con su hijo en Pontevedra en el que la madre seguirá con la custodia, lo que exige que tanto este como su madre se trasladen a España para cumplimentar el régimen de visitas que se establece

a favor del padre, y una fase posterior que concluye con la madre residiendo en España con el hijo ya bajo la custodia del padre.

La primera parte tiene una duración de dos años. La segunda de cuatro. Una y otra prorrogables, sin que este periodo intermedio de transición hacia el sistema de custodia paterno, a desarrollar en España, ofrezca ninguna garantía de que pueda materializarse en una nueva relación, hasta ahora prácticamente inexistente del padre con su hijo. Iniciativas de esta clase, con el padre en Pontevedra y la madre y el hijo en Estados Unidos donde están perfectamente integrados desde hace tiempo, no son aconsejables en estos momentos. Para el menor, dice el voto particular, que se acepta, “supondrá un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que ello a mayores conlleva el traslado de su lugar de residencia a otro país muy distante del anterior y de imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce”.

La Sala 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia de 12 de febrero 2014, **considera que en interés del menor, procede autorizar el traslado del mismo con su progenitora a Brasil, pese a que ello signifique un distanciamiento con el progenitor (no custodia).** Dicha resolución recoge interesante argumentación respecto de la necesidad de concretar en cada caso el interés del menor para fijar su lugar de residencia y, autorizar o no, traslados:

“Las controversias sobre el lugar donde deben residir los hijos menores son de difícil resolución, pues si bien y en el plano legal la decisión que se adopte se ha de ajustar al interés del menor (art. 211-6CCCat y 5 LDOIA), cuando el cambio implica, como en el caso de autos, el traslado del menor a otro país,

conlleva necesariamente la restricción y a veces pérdida de la relación con el otro progenitor. El conflicto de intereses es claro, de una parte el derecho del progenitor que quiere realizar el traslado que se ve limitado si quiere llevarse al menor, el derecho del otro progenitor a seguir manteniendo la relación con su hijo y participar en su formación y el derecho del menor a mantener la relación con ambos progenitores. Dicho conflicto debe ser resuelto de forma que el interés y necesidades del hijo que de menos comprometida.

No establece la ley criterios o parámetros que nos permitan una concreción del interés del menor al tratar este tipo de cuestiones. La STS de 26 de octubre de 2012 (ROJ: STS 6811/2012) únicamente se refiere a la ponderación de la necesidad y proporcionalidad del cambio de residencia de una menor y que en función de ello se ha de determinar el régimen de guarda y de visitas.

La Comisión Europea de Derecho de familia (dentro del ámbito de la Unión Europea) ha elaborado unos Principios de Derecho Europeo de Familia rela-

tivos a la responsabilidad parental, en cuyo capítulo V bajo la rúbrica de Contenido de la responsabilidad parental, principio 3:21 Cambio de residencia indica (3) La autoridad competente tendrá especialmente en cuenta:

- (a) la edad y la opinión del niño;
- (b) el derecho del niño a mantener relaciones personales con los otros titulares de la responsabilidad parental;
- (c) la capacidad y voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar;
- (d) la situación personal de los titulares de la responsabilidad parental;
- (e) la distancia geográfica y las facilidades de acceso;
- (f) la libre circulación de personas.

En el ámbito de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado como resultado de una reunión entre expertos de varios Estados celebrada en Washington en marzo de 2010

se publicó un número especial de la *International Family Law* que recogía las aportaciones realizadas y las conclusiones fueron recogidas en una Declaración sobre la reubicación familiar internacional estableciendo una lista de elementos que debían ser tenidos en cuenta por la autoridad competente en el ejercicio de la facultad discrecional de autorizar o no el traslado. Así se hace referencia al derecho del niño a mantener relaciones personales con ambos progenitores; la opinión del menor; las razones del traslado; la existencia de un clima familiar violento; las relaciones familiares previas; las decisiones familiares previas en materia de custodia y derechos de visita; el impacto de una negativa al traslado sobre el niño y los padres; la naturaleza de las relaciones paternofiliales y el compromiso del progenitor que quiere trasladarse respecto al mantenimiento de las relaciones personales con el otro progenitor; si las propuestas para el ejercicio del derecho de visita son realistas, entre otras.

En definitiva, se trata de examinar la incidencia o impacto que la autorización o la denegación puede tener en el

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es

BIBLIOTECA

- PORTAL MANRUBIA, JOSÉ. *Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2008
- SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, MANUEL. *Los menores en protección*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2007

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MARÍA BEGOÑA. *Crisis matrimoniales internacionales: competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable en casos de nulidad matrimonial, separación de hecho, separación judicial y divorcio*. *Economist&Juris* N°182. Julio-Agosto 2014. (www.economistjurist.es)
- LÓPEZ ROMERO, PEDRO MANUEL. *Interés superior del menor y custodia: análisis jurisprudencial*. *Economist&Jurist* N° 151. Junio 2011. (www.economistjurist.es)

menor por sí mismo y como reflejo de la incidencia o impacto que la autorización o denegación tiene en cada uno de los progenitores y que es lo que resulta menos perjudicial” .

De todo ello se colige que la resolución adoptada en la sentencia apelada en la cual se acuerda la guarda a favor del padre en el supuesto que la madre decida trasladarse a vivir a Brasil no se ajusta ni a las necesidades emocionales del menor ni a su interés, en primer lugar porque el menor nunca ha vivido con su padre y tiene limitadas incluso las pernoctas durante el régimen de visitas, en segundo lugar porque el cambio de guarda comportaría igualmente un cambio de residencia a otra ciudad lo que implicaría igualmente un cambio de entorno y de profesionales en el seguimiento de logopedia al que la sentencia también le ha dado importancia para denegar la autorización y por último quedaría limitada la relación madre hijo, cuya limitación sería mucho más perjudicial para el menor que está habituado a ser cuidado y atendido por su madre de forma continuada constituyendo su figura de referencia. En otras palabras, en circunstancias normales no se habría accedido a atribuir la guarda del menor al padre por considerarla perjudicial ya que la escasa relación padre e hijo y la carencia del padre en habilidades parentales, que recogió el informe técnico en el procedimiento de ruptura, condujeron incluso a limitar la relación en el régimen de visitas. Sentado lo anterior cabe valorar la motivación de la madre para proponer el traslado. Ciertamente

aunque aporta un contrato de trabajo se desconoce la realidad de dicho contrato pero consta que la madre carece de apoyo familiar en España, que está sola, que la familia la tiene en Brasil y que pese a que recibe ayuda económica de su país, en España no tiene trabajo. La motivación no puede tildarse de caprichosa, ni de arbitraria ni carente de seriedad. Desde la perspectiva del impacto que puede tener en el menor la negativa de traslado a la persona de su madre, consideramos que es mucho más perjudicial para el menor obligar a la madre a quedarse, pues el malestar emocional y los perjuicios que dicha decisión puede reportarle ha de tener necesaria incidencia en el niño, que autorizar el traslado pues la autorización producirá como consecuencia pernicioso en el menor una limitación todavía más restrictiva de la relación con el padre con el que no consta se hayan afianzado los vínculos afectivos. El perjuicio es inferior porque no nos encontramos ante una relación consolidada, ni frecuente. No cabe valorar la incidencia que en el menor puede tener la pérdida del entorno social porque a su edad prima más la relación familiar que las relaciones sociales y no se puede tener en cuenta su voluntad u opinión precisamente por su corta edad. En definitiva nos encontramos en un supuesto en el que es la madre la que por razones motivadas solicita el traslado de un menor que siempre ha vivido con ella, que tiene escasa relación con el padre que vive en otra localidad y que carece todavía de vinculaciones sociales relevantes para su desarrollo y formación por razón de su

edad. Se estima que la incidencia del traslado o cambio de domicilio resulta mucho menos perjudicial para el menor que la denegación lo que obliga a la madre a permanecer en España en circunstancias menos óptimas para educar y cubrir las necesidades del menor. La distancia geográfica existente entre ambos países desde luego limita las posibilidades de la relación del menor con el padre que además ha manifestado carecer de medios económicos para trasladarse a aquel país a ver a su hijo y ello puede constituir un obstáculo a la posibilidad de garantizar la relación, pero no puede sostenerse que la madre va a impedir dicha relación pues pese a que el padre ha formulado sucesivas denuncias contra la madre por incumplimiento del régimen de visitas, consta que se han dictado varias sentencias absolutorias.”

También en interés del menor, existen casos en los que **se deniega la orden de retorno** que proviene de otro Estado contratante del Convenio de la Haya, por ejemplo, **cuando el retorno supone un grave riesgo para el menor** (art. 13 del Convenio). Así, por ejemplo, lo recoge la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla en fecha 9 de diciembre de 2014, que deniega el retorno de una menor a Brasil y, por el contrario, la Sentencia 238/2014 dictada por la Audiencia Provincial de Málaga en fecha 1 de abril de 2014, acuerda el retorno de una menor a Lituania con su progenitor. ■

CONCLUSIONES

- En definitiva, el Convenio de la Haya sobre Sustracción de Menores de 1980, previene la sustitución de las vías de hecho por las vías de derecho y resulta útil en su aplicación, que deberá realizarse con toda celeridad, con independencia de las gestiones de fondo. La residencia habitual del menor, es el elemento esencial de este convenio, junto con la prueba del efectivo ejercicio de la guarda o custodia