

---

# Conceptos clave y principios de la sustracción internacional de menores

---

PID\_00257122

Carmen Varela Álvarez  
Pol Martín González Mansilla

---

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 2 horas

---



**Carmen Varela Álvarez**

**Pol Martín González Mansilla**

# Índice

<b>Introducción</b> .....	5
<b>1. Conceptos jurídicos clave en la sustracción internacional de menores</b> .....	7
1.1. Residencia habitual .....	7
1.2. Traslado ilícito .....	10
1.3. Infracción de los derechos de custodia .....	11
<b>2. La sustracción de menores según el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre</b> .....	13
2.1. Competencia .....	14
2.2. Mecanismos para obtener la restitución del menor .....	15
<b>3. Actividades</b> .....	16
3.1. Caso práctico: el caso de M. <sup>a</sup> José Carrascosa .....	16
<b>4. Conclusiones</b> .....	18
<b>Bibliografía</b> .....	19



## Introducción

El segundo material tiene, por un lado, la finalidad de definir los conceptos autónomos propios del derecho internacional en la sustracción internacional de menores. Estos conceptos autónomos (o, como los llamamos en este módulo, conceptos clave) no pueden interpretarse desde el punto de vista de los diferentes ordenamientos jurídicos internos, pues, si así fuera, sería imposible una aplicación uniforme de las diferentes normas internacionales en materia de sustracción de menores. Los conceptos clave que van a exponerse son los siguientes: la residencia habitual, el traslado ilícito y la infracción de los derechos de custodia.

Por otro lado, el presente material tiene por objeto analizar, de manera detallada, el proceso de restitución de menores a la luz del Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre, por ser este el instrumento internacional aplicable a los casos de sustracción internacional de menores cuando esta tiene lugar en un Estado miembro de la Unión Europea y por ser una norma comunitaria que, en su ámbito territorial de aplicación, refuerza los mecanismos previstos por el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Este segundo material finaliza con la exposición de uno de los casos de sustracción de menores más mediáticos: el de la española María José Carrascosa.



# 1. Conceptos jurídicos clave en la sustracción internacional de menores

## 1.1. Residencia habitual

Como ya ha sido señalado anteriormente, el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es el principal instrumento internacional destinado a proteger a los menores de los perjudiciales efectos de los traslados y retenciones ilícitos transfronterizos.

El Convenio cuenta en la actualidad con 98 Estados miembros y no pretende regular problemas derivados de la custodia sino hacer efectivo el principio por el que todo menor sustraído debe ser reintegrado inmediatamente al Estado de su residencia habitual.

Es importante tener presente que esta norma solo se aplica entre Estados contratantes. En primer lugar, son Estados contratantes aquellos que forman parte de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. No obstante, terceros Estados también pueden ser contratantes del Convenio. Para que estos terceros Estados lo sean en relación con España, es necesario que esta última acepte expresamente la adhesión de Estados no miembros de la Conferencia de La Haya que se hayan adherido al Convenio (art. 38).

Ello significa que si un menor tiene su residencia habitual en un Estado parte del Convenio y es trasladado a otro Estado que no forma parte de él, este no puede aplicarse<sup>1</sup>. Y viceversa: si su residencia habitual se sitúa en un Estado no parte, el Convenio no podrá aplicarse si se le trasladó a un Estado miembro.

<sup>(1)</sup>Vid. SAP de Valladolid, de 31 de mayo de 1996.

Ahora bien, si el menor que tiene su residencia habitual en un Estado parte del Convenio es sustraído a un país que no lo es y, desde allí, trasladado ilícitamente a un tercer Estado contratante, sí se deberá aplicar el Convenio<sup>2</sup>. Tras producirse la restitución del menor al lugar de su residencia habitual, serán las autoridades locales quienes podrán decidir dónde y con quién vivirá el menor.

<sup>(2)</sup>Así sucedió en el conocido caso de Eliancito, el niño balseiro, pues Estados Unidos es un Estado contratante del Convenio, pero no Cuba.

Dicho lo anterior, debe tenerse muy en cuenta que ni el Convenio de La Haya de 1980 ni el Reglamento n.º 2201/2003 definen qué debe entenderse por residencia habitual. Esta circunstancia ha dado lugar a múltiples interpretaciones jurisprudenciales al no coincidir la interpretación de dicho concepto en las distintas jurisdicciones.

Es cierto que, mientras se redactaba el Convenio La Haya de 19 de octubre de 1996, se planteó la necesidad de introducir una disposición que definiera la expresión *residencia habitual*, pero, finalmente, la propuesta fue descartada ante la dificultad de definirla de manera unitaria y sin entrar en contradicción con el concepto de residencia habitual de otros convenios internacionales.

El Convenio de La Haya de 1980 no define lo que es la residencia habitual ni tampoco determina el periodo de tiempo necesario para su adquisición. Esta omisión tiene su origen en el hecho de que, en cada caso, deben analizarse las circunstancias particulares para poder determinar si el menor ha permanecido físicamente el tiempo suficiente en el lugar de que se trate para integrarse en él y consolidarlo como su residencia habitual. Porque, en definitiva, el elemento clave del concepto de residencia habitual es la vocación de permanencia en un lugar y la integración del menor en él.

Así, por ejemplo, nos podemos encontrar supuestos en los que se adquirirá la residencia habitual de forma prácticamente inmediata a la mudanza a otro país al existir la voluntad de cambio y permanencia en él. No obstante, en otras ocasiones, no existirá cambio de residencia habitual aunque el menor se ausente de su residencia habitual durante un largo periodo si el motivo del traslado por parte del progenitor es, por ejemplo, tomarse unas largas vacaciones.

Por tanto, a la vista de esta falta de definición legal del concepto de residencia habitual, deberemos acudir a la jurisprudencia para comprobar cómo se ha ido definiendo dicho concepto caso por caso, y para ello la base de datos idónea es INCADAT (Base de Datos sobre la Sustracción Internacional de Niños), de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

INCADAT evidencia la dificultad de unificar el concepto que pretendemos definir y, a modo de ejemplo, baste decir que en la jurisprudencia de los tribunales federales de Estados Unidos existe una amplia variedad de definiciones del concepto de residencia habitual que se basa en criterios distintos: algunos tribunales lo basan solamente en la voluntad del menor; otros en esa voluntad además de la intención de sus progenitores y otros, únicamente, en la intención de los progenitores.

En Austria, por poner otro ejemplo, se adquiere la residencia habitual por el mero transcurso de seis meses, incluso en contra del deseo de la persona que está a cargo del niño.

Así pues, dado que el concepto de residencia habitual no puede interpretarse según la normativa interna de los Estados miembros sino que su definición debe ser común a todos ellos, han sido dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea las que han determinado, sin llegar a definirlo, qué debe

<sup>(3)</sup>Vid. Sentencia de 2 de abril de 2009, asunto Korkein hallinto-oikeus-Finlandia (C. 523-07) y de 22 de diciembre de 2010, asunto Bárbara Mercredi vs. Richard Chaffe (C-497/10).



entenderse por residencia habitual. En este sentido, deben destacarse las sentencias del caso Korkein hallinto-oikeus-Finlandia y del caso Bárbara Mercedi vs. Richard Chaffe<sup>3</sup>.

En esta última sentencia, el Tribunal aclara que para determinar dónde radica la residencia habitual, a efectos del Convenio de La Haya, “importa ante todo la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable”.

En el ámbito del Reglamento n.º 2201/2003 debe entenderse como residencia habitual el lugar donde el menor tiene una cierta integración en un entorno social y familiar.

Ahora bien, ¿cuáles son los elementos para determinar que, en un determinado caso, concurre la condición de “una cierta integración” del menor? Entre los factores que deben tenerse en cuenta, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea enumera la siguiente lista, sin carácter exhaustivo: la duración de la permanencia en un Estado miembro, las condiciones y razones de esa permanencia y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad, la escolarización, el conocimiento de la lengua, así como las relaciones familiares y sociales que el menor tiene con ese Estado.

A la vista de la anterior definición de residencia habitual, ¿el menor español que se encuentra en Londres temporalmente interno en un colegio sin convivir con ninguno de sus padres no reside realmente en este Estado? y, por lo tanto, ¿no podría solicitarse la restitución a este si fuera trasladado ilícitamente, por ejemplo, a Francia, por uno de sus progenitores? En ese supuesto, ¿debería ser retornado a Inglaterra? ¿O no se podría solicitar su restitución una vez fuese retenido por su padre en España con su consentimiento?

Otro de los problemas particularmente complejos que se plantean en el día a día de la práctica de los operadores jurídicos es la determinación de la residencia habitual de los menores que todavía no han alcanzado el año de edad. ¿En qué país tienen los bebés su residencia habitual? Pues bien, la jurisprudencia determina que esta viene determinada por la de la persona o las personas de referencia con las que vive el menor, que lo guardan efectivamente y cuidan de él.

¿Y qué sucede si el bebé no ha nacido porque el traslado se produce durante el embarazo de la madre? Pues que, en ese caso, no habrá residencia habitual del *nasciturus* en el primer país y, por tanto, no existirá traslado ilícito, ya que el Convenio únicamente se aplica a los «menores» que no hayan alcanzado la edad de 16 años (arts. 1 y 4 in fine del Convenio de La Haya de 1980) y un concebido no nacido no es menor.

En definitiva, si a la vista de lo anteriormente expuesto, tuviera que ofrecerse una definición de residencia habitual, esta sería la siguiente:

La residencia habitual de un menor es el lugar donde este ha permanecido físicamente durante el tiempo suficiente para crear vínculos que le han permitido integrarse en él con vocación de permanencia.

La determinación del lugar en el que radica la residencia habitual del menor corresponde a los órganos judiciales nacionales, que tendrán que evaluar la situación de forma global, atendiendo a todos los elementos indicados anteriormente.

## 1.2. Traslado ilícito

Según al art. 3 del Convenio de La Haya de 1980, el traslado o retención de un menor es ilícito cuando:

“a) Se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separado o conjuntamente, a una persona, una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y

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

Además, añade que “el derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado”.

Así pues, del análisis del art. 3 del Convenio de La Haya de 1980 se desprende que debe haberse infringido un derecho de custodia, entendiéndose este como el derecho a cuidar al menor y a decidir sobre su lugar de residencia. Este derecho de custodia puede haberse atribuido de diferentes formas, entre las que cabe destacar:

- 1) Por el derecho del Estado en el que el menor residía habitualmente inmediatamente antes de su traslado o retención.
- 2) Por acuerdo alcanzado entre los progenitores con efectos legales en el Estado de origen que incluya la libertad de los menores para salir del país. En este supuesto de atribución de custodia, hay que tener en cuenta que, si en el acuerdo alcanzado no se ha limitado temporalmente el traslado a otro país, no existirá traslado ilícito, pues este habría sido libremente consentido por los progenitores en el ejercicio de su autonomía de la voluntad. Ahora bien, si los titulares de la custodia solamente habían acordado el traslado de los menores a un Estado por un periodo determinado y dicho acuerdo se infringe, entonces sí que estaríamos ante una retención ilícita de los menores. Dado que el Convenio de la Haya de 1980 cubre las sustracciones posteriores a la atribución judicial de custodia *–following a court order–*, así como las producidas antes de dictarse la resolución judicial *–prior to the court order<sup>4</sup>–*, debe tenerse presente que si la atribución de la custodia se ha efectuado por acuerdo entre los progenitores, este deberá

<sup>(4)</sup>Vid. Auto AP de Zaragoza, de 31 de mayo de 1996.

reunir los requisitos que la legislación del Estado de la residencia habitual del menor exija para que tenga carácter vinculante.

- 3) Por una decisión judicial o administrativa dictada en el Estado de origen por los jueces de este país o por tribunales de terceros Estados que, aunque no haya sido reconocida en el país de residencia habitual del menor, se aplique con regularidad.

### **1.3. Infracción de los derechos de custodia**

El traslado o la retención del menor se consideran ilícitos cuando infringen el derecho de custodia atribuido a una persona, institución o cualquier otro organismo, siempre que la custodia se ejerza de forma efectiva.

En este sentido, se entenderá que la custodia se ejerce de manera efectiva en los siguientes supuestos:

- 1) Cuando un progenitor que tiene concedido un derecho de visitas aprovecha su periodo para sustraer al menor y trasladarlo a otro país distinto de donde este tiene establecida su residencia habitual con el progenitor custodio.
- 2) Cuando ambos progenitores ejercen conjuntamente la custodia por mandato legal o judicial, y uno de ellos traslada al menor a otro país, y priva así al otro progenitor del ejercicio del derecho de custodia.
- 3) Cuando un progenitor que tiene atribuida la custodia del menor pero necesita la autorización del otro progenitor o del juez para trasladarlo a otro Estado y hace sin solicitarlo.

Así, por ejemplo, en un traslado desde Chile a Texas efectuado por la madre sin el consentimiento del padre, la Sentencia de la Corte Suprema de los EE. UU., de 17 de mayo de 2010, estableció que el traslado era ilícito porque la ley chilena (país donde residía habitualmente el menor) atribuye al padre un derecho de veto que le permite prohibir el cambio de país de residencia del menor o el traslado a otro país. La Corte Suprema estimó, en ese caso, que el derecho de veto del que es titular el padre constituye una forma de derecho de custodia, por lo que su infracción suponía que debía ejercitarse el mecanismo de restitución del menor recogido en el Convenio de La Haya de 1980.

En otro orden de cosas, se plantean dudas sobre qué familiares pueden ser responsables de la sustracción. Al respecto, el informe explicativo del Convenio, en su punto 81, establece que:

“éste no contiene ninguna disposición expresa con esta finalidad. No obstante, de su conjunto se extraen dos consideraciones que clarifican este aspecto del ámbito de aplicación *ratione personae* del Convenio. La primera se refiere a las personas físicas que pueden ser responsables del traslado o del no retorno de un menor. Sobre tal cuestión, el Convenio mantiene el punto de vista adoptado por la Comisión especial de no atribuir dichas acciones exclusivamente a los progenitores. Y es que, siendo el concepto de familia más o menos amplio según las distintas concepciones culturales, es preferible atenerse a una visión amplia que permita, por ejemplo, calificar de sustracción de un menor, de acuerdo con el Convenio, los traslados realizados por un abuelo o un padre adoptivo”.

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

Respecto a la retención ilícita, debe tenerse en cuenta que es frecuente en España tener problemas especialmente con países de Sudamérica, puesto que en estos es habitual que los progenitores firmen un acuerdo, formalmente documentado, en el que se establece que los menores residirán en España con uno de los progenitores durante un plazo de un año y en algunas ocasiones hasta de dos años. Al término de este plazo, los menores deberán regresar al país de origen, pero el progenitor con el que los menores conviven se niega a que los menores regresen. Dado que el art. 3 del Convenio establece que la retención de un menor se considerará ilícita con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su retención, se plantea la duda, no resuelta, de si este supuesto sería realmente constitutivo o no de una sustracción de menores.

## 2. La sustracción de menores según el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre

Cuando la sustracción se realiza involucrando a países miembros de la UE, el Convenio de La Haya de 1980 se aplica en la forma prevista por el Reglamento n.º 2201/2003 de 27 de noviembre 2003<sup>5</sup>, ya que, como se ha dicho, este complementa el Convenio.

<sup>(5)</sup>Vid. arts. 10 y 11 del Reglamento n.º 2201/2003.

La regulación contenida en el Reglamento coincide en muchos aspectos con la del Convenio de 1980 y así, por ejemplo, considera que existe sustracción de menores cuando el traslado o retención ilícitos se producen con infracción de un derecho de custodia otorgado por resolución judicial, aplicación de la ley o por acuerdo con eficacia jurídica en el Estado miembro de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior de su traslado o retención. Dicho derecho de custodia debía ejercerse de forma efectiva (separada o conjuntamente) o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El art. 2.9 del Reglamento n.º 2201/2003 establece qué debe entenderse por derechos de custodia y coincide con el concepto de traslado o retención ilícitos de un menor contenido en el art. 5 del Convenio de La Haya 1980. No obstante, al tratarse de un artículo de un reglamento de la Unión Europea, será un concepto autónomo que deberá definirse según el derecho de la Unión Europea y no el de cada Estado miembro.

Ahora bien, por lo que respecta a la determinación de la persona a la que corresponde el derecho de custodia del menor, el art. 2.11 del Reglamento n.º 2201/2003 indica que se debe realizar con arreglo al derecho nacional de cada Estado miembro. Por tanto, si el ordenamiento jurídico del Estado de la residencia habitual atribuye solo a la madre el derecho de custodia de los menores, el padre biológico de los menores puede, en consecuencia, no tener la patria potestad ni la custodia de los menores, en supuestos, claro está, de parejas de hecho y no de matrimonios.

Es importante clarificar que el Reglamento considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular el lugar de residencia del menor, ya sea por decisión judicial o por establecerlo así la legislación aplicable, matiz que no contempla el Convenio de La Haya de 1980. Por lo demás, y como vemos, está claro que la definición de traslado o retención ilícitos de un menor es prácticamente coincidente con el art. 3 del Convenio de La Haya de 1980.

## 2.1. Competencia

El art. 8 del Reglamento establece la norma general sobre competencia para procesos que versen sobre responsabilidad parental indicando que le corresponde al Estado donde el menor tiene su residencia habitual. Así pues, si el traslado se produce de forma lícita (con el consentimiento del otro progenitor o autorización judicial), los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia durante los tres meses posteriores al traslado (art. 9). A partir de esos tres meses, el nuevo Estado adquiere la competencia con respecto al menor.

Ahora bien, cuando nos hallamos ante un traslado o retención ilícitos, el art. 10 del Reglamento establece que los órganos judiciales del país donde tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención ilícita conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro.

Por tanto, el Estado miembro competente para la cuestión de fondo de la custodia es el que tiene la última palabra acerca del retorno del menor, lo que significa que el Reglamento solo contempla una competencia temporal del tribunal del Estado donde se encuentra sustraído el menor, hasta tanto se pronuncie el tribunal donde residía el menor con anterioridad a su desplazamiento.

La regla general de competencia tiene excepciones que coinciden con los motivos de oposición al retorno que contempla el Convenio. Estas excepciones son las que se señalan a continuación.

- Si el traslado es consentido por los progenitores, la competencia corresponde al nuevo Estado miembro.
- Cuando el menor ha residido como mínimo un año en el nuevo Estado miembro, durante ese periodo no se ha solicitado el retorno al país de la residencia habitual anterior y el menor está integrado en el nuevo Estado, si se cumple una de las siguientes condiciones:
  - 1) Se ha localizado al menor pero no se ha presentado la demanda en el nuevo Estado al que ha sido sustraído para pedir la restitución y se ha desestimado una solicitud al amparo del art. 11.7.
  - 2) Se haya desestimado una demanda de restitución y no se haya presentado otra.
  - 3) Que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual se hayan pronunciado sobre la custodia sin solicitar la restitución del menor.

Es evidente que el tribunal que tenga la competencia para atribuir la custodia y derecho de visitas de un menor también podrá ordenar su retorno, si bien deberá hacerlo mediante resolución debidamente certificada conforme a los

<sup>(6)</sup>Vid. Auto de AP de Madrid, de 3 de julio de 2007.

modelos que se incluyen en los anexos del Reglamento. Si lo hace de este modo, la decisión deberá ser reconocida y será ejecutable en el otro Estado donde se ha trasladado al menor de forma ilícita<sup>6</sup>.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de julio de 2010<sup>7</sup> declara que:

<sup>(7)</sup>Vid. C-211/10, caso Povse vs. Al-pago.

“en los casos de traslado ilícito de menores, el artículo 10 del Reglamento, como regla general, confiere la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado. Dicha competencia se conserva, en principio, y únicamente se transfiere si el menor ha adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y, además, se cumple uno de los requisitos alternativos enunciados en el referido artículo 10”.

Si se ha dictado el auto ordenando la no restitución por aplicación del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento, será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III con el fin de garantizar la restitución del menor (art. 11.8 del Reglamento n.º 2201/2003). Además, en ese caso deberán comunicar su decisión a las autoridades del país en el que residía el menor antes de la sustracción, y si estas consideran que procede el retorno, su decisión sustituirá a aquella otra, de no retorno, adoptada en el país al que ha sido trasladado el menor.

El art. 16 del Convenio de la Haya de 1980 será también aplicable a los Estados miembros de la Unión Europea, lo que significa que tras haber sido informados de un traslado o retención ilícitos de un menor los órganos judiciales y administrativos donde se le haya traslado ilícitamente o donde esté siendo retenido de la misma forma, no decidirán sobre la custodia hasta que se haya acordado el no retorno por concurrir alguna de las defensas previstas en el Convenio de La Haya de 1980 o hasta que haya transcurrido un plazo prudencial sin que se haya presentado una demanda de restitución.

## 2.2. Mecanismos para obtener la restitución del menor

El Reglamento n.º 2201/2003 recoge tres mecanismos para obtener la restitución de un menor:

- La ejecución en el Estado miembro donde se encuentra el menor de una resolución judicial dictada por el Estado miembro competente para conocer de asuntos relativos a la responsabilidad parental.
- El ejercicio de la acción de restitución directa del menor ante las autoridades del Estado miembro donde se encuentra el menor.
- La ejecución, en el Estado miembro donde se encuentra el menor, de una resolución dictada por el Estado miembro competente para la responsabilidad parental del menor y que ordena la restitución inmediata del menor al Estado miembro donde tenía su residencia habitual antes del traslado.

### 3. Actividades

#### 3.1. Caso práctico: el caso de M.<sup>a</sup> José Carrascosa

Uno de los casos más mediáticos de sustracción de menores es el caso de la abogada valenciana M.<sup>a</sup> José Carrascosa, sobre el que se ha escrito mucho pero aclarado muy poco, y es un claro ejemplo de la complejidad del derecho internacional de familia y la sustracción de menores.

En marzo de 1999, la española M.<sup>a</sup> José Carrascosa contrajo matrimonio en España con P. Innes, un norteamericano del Estado de New Jersey. En abril del año 2000, del matrimonio nació una hija. El matrimonio inició los trámites de divorcio ante tribunales norteamericanos en el 2004. Ambos progenitores alcanzaron un acuerdo según el cual la menor viviría con su madre y se fijó un régimen de visitas a favor del padre de fines de semana alternos, estableciéndose que la menor no podía ser trasladada fuera de Estados Unidos sin el permiso escrito del otro progenitor. En enero de 2005, la madre viajó a España con su hija sin permiso del padre y, en julio de 2005, interpuso una demanda en España y obtuvo de un juzgado valenciano la custodia de la menor. La Audiencia Provincial de Valencia ratificó la sentencia recaída en primera instancia y retiró el pasaporte a la menor para que no pudiera abandonar el territorio español.

En el 2006, un tribunal de New Jersey otorgó la custodia de la niña al padre y este solicitó la restitución de la menor en virtud del Convenio de La Haya 1980, del que son parte tanto España como Estados Unidos. Pues bien, los tribunales españoles entendieron que el traslado no había sido ilícito y denegaron el retorno a Estados Unidos. ¿Y cuál fue su argumento? Pues que, en lo relativo a la prohibición de salida de dicho país, el acuerdo entre los padres era una mera declaración de intenciones sin fuerza legal que, además, limitaba el derecho constitucional español a la libre circulación de la madre y de la hija, de modo que si la custodia de la menor corresponde a la madre, esta dispone del derecho a fijar la residencia legal de su hija.

Como consecuencia del traslado de la menor a España efectuado por su madre, los tribunales de New Jersey la condenaron por el delito de secuestro y, cuando en agosto de 2006 M.<sup>a</sup> José Carrascosa regresó a Estados Unidos para defenderse y para arreglar ciertos asuntos personales, la detuvieron e ingresó en prisión acusada del secuestro de su hija y de desacato a los tribunales, ya que, según estos, la ciudadana española habría infringido la custodia de la



menor establecida en la sentencia norteamericana. Fue declarada culpable de los nueve delitos de los que estaba acusada el 12 noviembre 2009 y condenada a 14 años de prisión.

Tras ser declarada culpable e ingresada en prisión, se intentó llegar a un acuerdo a través de la mediación entre los progenitores, si bien la Sra. Carrascosa siempre se negó aduciendo que su marido había intentado envenenarla y asesinarla. También se intentó la mediación entre las autoridades españolas y norteamericanas pero sin resultado porque la madre siempre alegaba que los órganos judiciales españoles habían acordado la prohibición de salida de la menor de España, por lo que no podía reintegrarla a New Jersey.

Este es un claro ejemplo de cómo la interpretación divergente que los tribunales españoles y norteamericanos realizaron en relación con el concepto de traslado ilícito ha supuesto que la menor fuera trasladada desde los Estados Unidos de América, país donde indudablemente tenía su residencia habitual, hasta España y que, después, su madre fuera condenada por secuestro.

La interpretación que los jueces españoles sostuvieron en torno al concepto de traslado ilícito resulta muy discutible, como mínimo, por dos razones: el art. 19.1 de la Constitución de 1978 (derecho a la libre circulación por el territorio nacional) puede ser limitado justificadamente por los tribunales en interés del menor, y el carácter vinculante del acuerdo entre los progenitores, acuerdo que impedía a la menor salir de Estados Unidos sin permiso escrito del otro progenitor, debía ser decidido no con arreglo al derecho español, sino con arreglo al derecho de los Estados Unidos.

M.<sup>a</sup> José Carrascosa ha estado 8 años en prisión y en 2017 pudo regresar a su ciudad natal, Valencia.

Otro ejemplo de problemática muy frecuente que debe reseñarse es la Sentencia Cass. Italia 10 febrero 2004<sup>8</sup>, en el que, en un supuesto de custodia compartida, uno de los progenitores accedió al traslado del menor al extranjero pero únicamente durante un tiempo limitado. Pasado el plazo, el otro progenitor no restituyó al menor. Es evidente, por tanto, que existía, en ese supuesto, obligación de restituir al menor según el Convenio de La Haya, pues había tenido lugar, sin duda ninguna, una retención ilícita, infracción del derecho de custodia, sustracción internacional y obligación de restituir al menor.

<sup>(8)</sup>Vid. Corte di Cassazione; sezione I civile; sentenza 10 febbraio 2004, n. 2474.

## 4. Conclusiones

La existencia de conceptos autónomos en materia de derecho internacional de familia y, en particular, en la normativa dedicada a la sustracción internacional de menores es necesaria para poder dar una respuesta uniforme y coordinada por los distintos Estados contratantes de los instrumentos que combaten el fenómeno de la sustracción.

El Reglamento (CE) 2201/2003 refuerza el principio de retorno inmediato del menor al Estado de su residencia habitual, consagrado previamente por el Convenio de La Haya de 1980. El Reglamento se aplica con carácter preferente al Convenio de La Haya de 1980 cuando los Estados involucrados en la sustracción son Estados miembros de la Unión Europea.

Es importante tener en cuenta que el mecanismo para facilitar el retorno de los menores al Estado de la residencia habitual no difiere del previsto en el Convenio de La Haya de 1980. Sin embargo, completa el sistema contemplado por este último instrumento con algunas singularidades justificadas por la integración existente entre los Estados que forman parte de la Unión Europea.

## Bibliografía

**Comisión Europea** (2005). *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*.

**Conferencia de La Haya** (2012). *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Mediación*.

**Forcada Miranda, Francisco Javier** (2015). *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*. Editorial Jurídica Sepín, S.L.

**Marín Pedreño, Carolina** (2015). *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*. Alhaurín el Grande, Málaga: Editorial Ley 57.

