
Marco normativo de la sustracción internacional de menores

PID_00257123

Carmen Varela Álvarez
Pol Martín González Mansilla

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 2 horas



Carmen Varela Álvarez

Pol Martín González Mansilla

Índice

Introducción	5
1. La sustracción internacional de menores	7
2. Normativa aplicable a la sustracción de menores	8
2.1. Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores	8
2.1.1. Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores	10
2.2. Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños	11
2.3. Reglamento (CE) n.º 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 parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000	12
2.3.1. Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis	14
2.4. Ley orgánica 6/1985, del poder judicial	15
2.5. Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980	16
2.6. Convenio bilateral con el Reino de Marruecos, de 30 de mayo de 1997	17
2.7. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en material civil	18
2.8. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria	19
2.9. Código penal	20
3. Conclusiones	22
Bibliografía	25

Introducción

Este recurso textual tiene por finalidad de ofrecer al estudiante una aproximación al cuadro normativo de la sustracción internacional de menores.

Para ello, se contextualiza la problemática del llamado secuestro de menores cuando concurre en él un elemento internacional, sea este subjetivo u objetivo, y se sitúa al estudiante ante el complejo entramado normativo que regula la sustracción internacional de menores poniendo el foco en la normativa internacional, conformada por un conjunto de tratados internacionales que, lejos de facilitar el trabajo al operador jurídico, lo convierte en mucho más complejo al concurrir numerosos cuerpos normativos que deben manejarse en muchas ocasiones de forma paralela.

Para no confundir al estudiante, en la exposición se delimitan claramente los ámbitos de aplicación de la normativa internacional y se señalan las relaciones existentes entre los distintos instrumentos que regulan la sustracción internacional de menores.

Además de la normativa internacional, se contempla también el ordenamiento jurídico estatal y se hace referencia al conjunto de normas internas que regulan la sustracción internacional de menores y, una vez más, se delimitan sus diferentes ámbitos de aplicación.

A lo largo de la reseña normativa, se destacan los conceptos más importantes sobre los que pivota cada uno de los instrumentos legales y que el estudiante debe conocer para determinar, en el caso concreto, si el cuerpo legal en cuestión resulta aplicable o no.

1. La sustracción internacional de menores

En un mundo globalizado, las parejas o matrimonios mixtos¹ son cada vez más habituales, y es frecuente que estas fijen su residencia en el lugar donde ambos trabajan o en el país de origen de uno de ellos.

⁽¹⁾ Los matrimonios mixtos son aquellos en los que sus integrantes tienen diferentes nacionalidades.

Cuando estas parejas o matrimonios se convierten en progenitores y, posteriormente, se produce una ruptura o un divorcio, está estadísticamente comprobado que, al menos uno de sus miembros, de forma inmediata o con posterioridad, quiere regresar a su país de origen y, evidentemente, quiere hacerlo llevándose a los hijos comunes.

Ante esta situación, cualquier especialista en derecho internacional de familia debe advertir que, para trasladar el domicilio de un menor, es necesario contar con el consentimiento de ambos progenitores y, en su defecto, con una autorización judicial previa, que se obtiene a través de un procedimiento conocido en la jerga jurídica como reubicación (*relocation*). Debido al incremento de las rupturas y divorcios de parejas mixtas, las *relocations* se han convertido en uno de los procedimientos “estrella” de nuestros Juzgados de Familia.

En la práctica, sin embargo, en muchas ocasiones un progenitor traslada a un menor a su país de origen sin contar con el consentimiento previo del otro progenitor o sin haber solicitado, en su caso, la autorización judicial previa y necesaria. En este momento, el sustractor está cometiendo una sustracción de menores, aunque, frecuentemente, no es consciente de ello y, menos aún, imagina que es constitutiva de delito en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Y es que estos progenitores se preguntan: ¿cómo puede ser que yo, siendo padre del menor, pueda “secuestrar” a mi propio hijo por llevármelo a mi país de origen o, incluso, al Estado cuya nacionalidad ostenta el menor? ¿Acaso no puede un padre vivir con su hijo donde tenga por conveniente?

La respuesta del derecho a estas preguntas es clara: el progenitor puede establecer su residencia donde tenga por conveniente pero, para trasladar el domicilio del hijo común, necesita autorización del otro progenitor o del juez y, si no la obtiene y procede a trasladarlo, cometerá una sustracción, con independencia de si su hijo es nacional del país al que se lo lleva o no, pues para determinar si un menor ha sido retenido o sustraído ilícitamente, el criterio determinante no es el de la nacionalidad, sino el de la *residencia habitual*.

2. Normativa aplicable a la sustracción de menores

2.1. Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Entre los instrumentos normativos aplicables a los supuestos de sustracción internacional de menores, debe destacarse, por su carácter universal, el **Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores** (en adelante, Convenio de La Haya de 1980).

Esta norma internacional fue creada el 25 de octubre de 1980 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado² con la finalidad de cubrir el vacío normativo existente en el ordenamiento jurídico internacional en materia de restitución de menores a los países de los que habían sido trasladados ilícitamente.

Este convenio se aplica a los 83 miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, así como a los Estados³ que, no siendo parte de ella, se hayan adherido al Convenio. En este último caso, debe tenerse en cuenta que la norma despliega sus efectos únicamente entre el Estado adherido y los Estados que hayan aceptado expresamente dicha adhesión.

Los objetivos que persigue el Convenio, según el tenor de su art. 1, son los siguientes:

- “a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
- b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes”.

Pero ¿cuándo ha de considerarse ilícito un traslado o una retención desde la perspectiva del Convenio de La Haya de 1980? La respuesta a esta pregunta la tiene el art. 3, que delimita el **ámbito de aplicación material** del instrumento. Según este precepto, el traslado o la retención de un menor son ilícitos en los siguientes casos:

- “a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en 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”.

⁽²⁾La **Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado** es una organización internacional de carácter interestatal, formada por 83 miembros (82 Estados y la Unión Europea). La finalidad que persigue este organismo es promover la unificación de las normas de derecho internacional privado de los Estados contratantes.

⁽³⁾En la actualidad, son 98 los Estados contratantes de la Convención de La Haya de 1980.

Así las cosas, puede concluirse que el Convenio pretende asegurar el mantenimiento del *statu quo* previo al traslado o retención ilícitos, con independencia de que, en un momento posterior, los progenitores litiguen para que la autoridad judicial atribuya los derechos de guarda y visita y el de decidir sobre la residencia del menor.

El rigor con el que se pretende hacer efectivo el principio de restitución inmediata del menor a su entorno puede excepcionalmente atemperarse en el caso concreto si concurre alguna de las excepciones previstas en el art. 13 del Convenio.

El catálogo de excepciones recogido en el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 es el siguiente:

“a) 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; o

b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones”.

En relación con el **ámbito de aplicación personal del Convenio**, el art. 4 establece que se aplicará a los menores de edad que tengan su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de que se produzca el traslado o la retención ilícita.

El referido art. 4 del Convenio de La Haya de 1980 limita el concepto de minoría de edad a toda persona que no haya cumplido 16 años. Por lo tanto, **el Convenio no podrá aplicarse en aquellos supuestos de sustracción de menores mayores de 16 años.**

Para velar por el cumplimiento de los objetivos perseguidos por la norma, el capítulo II del Convenio prevé la creación de una estructura permanente que permita la cooperación administrativa entre Estados.

Debe tenerse en cuenta que el Convenio no regula la ley aplicable a la responsabilidad parental, ni al derecho de custodia y de visitas. De igual modo, este instrumento tampoco regula la competencia judicial internacional sobre estas materias.

La organización que asume el cometido de actuar como punto de contacto de la cooperación transfronteriza es la **Autoridad Central**⁴ de cada Estado contratante.

⁽⁴⁾La Autoridad Central española es el Ministerio de Justicia.

Las funciones de las Autoridades Centrales que deben destacarse son, según el art. 7 del Convenio, las siguientes:

- El intercambio de información acerca de la normativa vigente y los procedimientos existentes para cumplir los objetivos del Convenio.
- El intercambio de información acerca de los casos concretos que tengan lugar entre diferentes Autoridades Centrales.
- La asistencia a otras Autoridades Centrales o autoridades competentes que velen por el cumplimiento del derecho de visita.
- La adopción de las medidas adecuadas para ayudar a localizar a un menor, prevenir que sufra mayores daños y facilitar una solución amistosa entre las partes.
- La recepción de las solicitudes de restitución o para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de visita y la documentación adjunta a estas, así como su remisión a la Autoridad Central del tercer Estado en el que se encuentra el menor, con su traducción en caso de ser necesario.

Son los tribunales, tanto nacionales como extranjeros, los que deben decidir, en cada caso, si ordenan o deniegan el retorno del menor. Las Autoridades Centrales, como órganos administrativos que son, no tienen competencia para decidir acerca de la orden de retorno ni para influir en el tribunal.

Finalmente, es importante tener en cuenta que, dado que las Autoridades Centrales no ostentan el monopolio de las acciones que promueven la restitución de los menores (art. 29 del Convenio de La Haya de 1980), el progenitor que ha sufrido la violación del derecho de custodia o del derecho de visita puede reclamar directamente a las autoridades competentes del Estado contratante a través de su propia asistencia letrada.

2.1.1. Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

Teniendo en cuenta las dificultades que habían de afrontar los operadores jurídicos (especialmente, los jueces) a la hora de interpretar y aplicar el Convenio, la Cuarta Reunión de la Comisión Especial, celebrada en La Haya los días

22 a 28 de marzo de 2001, recomendó la elaboración de una guía de buenas prácticas del Convenio que desarrollara el principio de colaboración entre las Autoridades Centrales consagrado por el art. 7 del instrumento.

El resultado de dicha recomendación se materializó en la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, redactadas por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya.

La Guía se divide en cinco partes:

- **1.ª parte:** relativa a la práctica de las Autoridades Centrales.
- **2.ª parte:** relativa a las medidas de aplicación del Convenio.
- **3.ª parte:** relativa a las medidas de prevención de la sustracción internacional de menores.
- **4.ª parte:** relativa a la ejecución de las órdenes de retorno.
- **5.ª parte:** relativa a la mediación internacional en cuestiones de familia y procesos similares.

El objetivo de esta Guía explicativa es facilitar el funcionamiento del Convenio, si bien carece de efectos vinculantes sobre los Estados y sus respectivos poderes judiciales.

2.2. Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños

Este segundo instrumento normativo (en adelante, Convenio de La Haya de 1996) refuerza el Convenio de 1980 al prever que son las autoridades del lugar de residencia habitual del menor las competentes para acordar medidas civiles de protección de su persona o bienes.

Su **ámbito de aplicación material** excede por mucho el del traslado y la retención ilícitos, pues cubre un amplio abanico de medidas de protección de carácter civil que pueden abarcar tanto elementos personales como patrimoniales de los menores.

Por otro lado, debe destacarse que, a pesar de que la norma trata de evitar que el progenitor sustractor se beneficie de un cambio de la competencia judicial para tomar las medidas de protección oportunas, el Convenio no ignora (ni puede hacerlo) el hecho de la sustracción y de sus consecuencias: que las autoridades del Estado en el que el menor está sustraído o retenido son las más próximas a él. Por esta razón, el Convenio de La Haya de 1996 también reco-

noce la competencia de las autoridades del Estado en el que ha sido sustraído o retenido el menor para acordar las **medidas urgentes necesarias para su protección**.

Finalmente, cabe tener en cuenta que el Convenio de La Haya de 1996 contiene un conjunto de normas de conflicto que determinan la ley aplicable en cada caso en materia de responsabilidad parental y protección de menores. El principio general que rige en esta materia es que la ley aplicable será la ley del foro, o lo que es lo mismo: las autoridades de los Estados contratantes competentes para conocer del litigio aplicarán su propia ley (art. 15 del Convenio de La Haya de 1996). No obstante, excepcionalmente puede aplicarse o tenerse en cuenta la ley de otro Estado (aunque no sea contratante del Convenio) cuando el menor tenga un vínculo más estrecho con ese ordenamiento jurídico.

Para poder comprender con mayor profundidad y detalle la finalidad perseguida por el Convenio de La Haya de 1996, el profesor **Paul Lagarde**⁵ preparó y publicó en el año 1998 un informe explicativo que analiza, artículo por artículo, los pormenores del Convenio.

⁽⁵⁾El profesor Paul Lagarde, de París, recibió en 2011 el Premio de La Haya por su destacable contribución al estudio y promoción del derecho internacional privado.

2.3. Reglamento (CE) n.º 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 parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000

Este reglamento comunitario, también conocido como Bruselas II bis, entró en vigor el 1 de agosto de 2004 respecto a lo dispuesto en los arts. 67 a 70 y, respecto al resto de su articulado, lo hizo desde el 1 de marzo de 2005.

Su **ámbito de aplicación material** se extiende a la responsabilidad parental respecto a los hijos menores de edad (con independencia de que sean o no hijos matrimoniales) y, en materia de sustracción internacional de menores, refuerza el principio consagrado en el Convenio de La Haya de 1980 de retorno inmediato del menor al Estado de su residencia habitual.

El Reglamento Bruselas II bis se aplica con carácter preferente al Convenio de La Haya de 1980 cuando los Estados involucrados en el traslado o retención ilícitos sean Estados miembros de la Unión Europea (art. 60 del Reglamento n.º 2201/2003). Por lo tanto, el **ámbito de aplicación territorial** de la norma es el comunitario, por lo que no resulta de aplicación, por ejemplo, en Dinamarca.

Respecto al **ámbito de aplicación personal** del Reglamento, debe señalarse que, a diferencia del Convenio de La Haya de 1980, este no limita la edad de los menores a los que se le aplica. No obstante, debe entenderse que existe una remisión tácita al Convenio y, por lo tanto, no debe aplicarse el Reglamento Bruselas II bis a los menores que hayan cumplido 16 años.

Es importante tener en cuenta que la aplicación del Reglamento no depende de la nacionalidad del menor que sea víctima de la sustracción internacional, sino de su residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea⁶.

⁶El Reglamento Bruselas II bis se aplicaría, por ejemplo, a un menor nacional japonés con residencia habitual en España que hubiera sido trasladado ilícitamente a Italia.

Dicho lo anterior, el Reglamento Bruselas II bis no configura un sistema distinto al del Convenio de La Haya, sino que, partiendo de este, lo completa instaurando un subsistema especial para los Estados de la Unión Europea con algunas singularidades, justificadas por la integración existente entre ellos.

Las normas que regulan la sustracción internacional de menores en la Unión Europea están contenidas en los arts. 2 (definición de sustracción), 10 (competencia judicial), 11 (restitución del menor), 40 y siguientes (reconocimiento de resoluciones judiciales) y 53 y siguientes (cooperación entre las Autoridades Centrales).

Entre los aspectos del Reglamento que hemos de destacar, cabe señalar, por un lado, que este define el **concepto de custodia ejercida de manera conjunta** como aquella conforme a la cual, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental precisa el consentimiento del otro para decidir el lugar de residencia del menor.

Esta definición es decisiva a la hora de determinar si se ha producido o no un traslado o retención ilícitos, pues, como es de ver en el art. 2 11) del Reglamento Bruselas II bis, el traslado o retención de un menor es ilícito cuando

“a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) **Este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención**”.

Por otro lado, cabe apuntar que el Reglamento Bruselas II bis prevé, en el apartado 4 del art. 11, que

“los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 (grave riesgo) si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”.

Como se puede ver, este Reglamento recoge las mismas causas de oposición al retorno previstas por el Convenio de La Haya de 1980, si bien la norma comunitaria amplía la obligación de ordenar la restitución del menor incluso en aquellos casos en los que este pueda estar expuesto a tales peligros siempre que se acredite, eso sí, que las autoridades del Estado miembro de origen han adoptado las medidas que garanticen la protección del niño tras la restitución.

La razón de esta limitación al no retorno por riesgo grave del menor no es otra que la del principio de confianza mutua que constituye la base del espacio judicial europeo.

En el supuesto de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que se haya trasladado o retenido ilícitamente al menor acuerden la no restitución, estos deberán comunicar su decisión a las autoridades jurisdiccionales del Estado en el que el niño residía con anterioridad a la sustracción.

En este momento, las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior a la sustracción, que siguen siendo competentes para conocer de la cuestión de fondo de la custodia del menor, pueden pronunciarse acerca de la sustracción y solicitar la devolución del niño. Esta solicitud, que deberá cumplimentarse de acuerdo con el anexo IV del Reglamento Bruselas bis II, será inmediatamente reconocida y ejecutable en el Estado miembro al que se haya sustraído al menor.

Finalmente, debe destacarse el mandato que el apartado 3 del art. 11 del Reglamento confiere a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, según el cual estos deben utilizar los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional para dictar la resolución que resuelva la demanda de restitución de un menor en el **plazo máximo de 6 semanas**.

2.3.1. Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis

La Comisión Europea, en consulta con la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, elaboró la Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis. Este documento fue publicado por la Unión Europea en el año 2005.

El objetivo de la Guía es asistir a los operadores jurídicos (letrados, fiscales, jueces y magistrados, notarios y Autoridades Centrales) en la aplicación del Reglamento n.º 2201/2003. Por otro lado, la Guía práctica tiene por finalidad proporcionar consejos a los Estados miembros de la Unión Europea para que procuren una aplicación más efectiva del Reglamento.

La Guía práctica, como ocurre con la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya de 1980, no es jurídicamente vinculante. Asimismo, tampoco prejuzga ninguno de los dictámenes emitidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni ninguna de las resoluciones de los órganos judiciales de los Estados miembros que se pronuncian sobre la interpretación del Reglamento Bruselas II bis.

2.4. Ley orgánica 6/1985, del poder judicial

Esta ley orgánica es la norma interna de competencia judicial de los tribunales españoles en materia de protección de menores. En este sentido, el art. 22 quáter d) de la citada norma establece que los tribunales españoles serán competentes:

“En materia de filiación y relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda, o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”.

A pesar de lo anterior, no puede obviarse que, en materia de competencia judicial en caso de sustracción de menores, España está vinculada por el Reglamento Bruselas II bis, por ser este una norma comunitaria y por ser España un Estado miembro de la Unión Europea. Esta posición del derecho comunitario dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español se justifica a partir del principio de primacía del derecho de la Unión Europea y, en virtud de dicho principio⁷, el derecho europeo, que se integra en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, tiene un valor superior al del derecho nacional. En consecuencia, la norma europea desplaza la ley interna, cuyo carácter obligatorio queda suspendido.

⁽⁷⁾Principio reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia Costa vs. Enel dictada el 15 de julio de 1964.

Por esta razón y sobre la base de los arts. 21 de la Ley orgánica del poder judicial, debe tenerse en cuenta que, en caso que los Estados involucrados en el traslado o retención ilícitos sean Estados miembros de la Unión Europea, no resultará de aplicación la Ley orgánica del poder judicial, sino el Reglamento Bruselas II bis en virtud de los criterios de atribución de competencia previstos en el art. 10 del Reglamento.

El art. 21 de la Ley orgánica del poder judicial establece que

“los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas”.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, si el Estado al que se hubiera trasladado o retenido al menor no fuese miembro de la Unión Europea pero sí un Estado contratante del Convenio de La Haya de 1980, tampoco resultará de aplicación la norma interna de atribución de competencia judicial, sino que se aplicará dicho Convenio.

De lo anterior puede concluirse que la aplicación de la Ley orgánica del poder judicial a los casos de sustracción internacional de menores será residual, ya que no se aplicará cuando el menor resida en España o en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado contratante del Convenio de La Haya de 1996.

¿Cuándo se aplicará, entonces, la Ley orgánica del poder judicial? Pues, por ejemplo, en el caso de un matrimonio formado por un nacional español y una nacional kirguisa que residan, con carácter habitual, en la República Democrática del Congo, con su hijo común. En este contexto, el menor es trasladado por la madre a la República Kirguisa.

Dado que, tanto el Congo como Kirguistán, no son, evidentemente, Estados miembros de la Unión Europea ni tampoco Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980, el padre, por ser nacional español, podrá solicitar ante los tribunales españoles tanto el retorno del menor como la adopción de medidas de protección de su persona.

2.5. Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980

Este convenio (en adelante, Convenio de Luxemburgo) en el marco del Consejo de Europa se ratificó mediante instrumento el 1 de mayo de 1984. En primer lugar, cabe decir que el Consejo de Europa es una organización internacional de ámbito regional destinada a promover, mediante la cooperación de los Estados del continente europeo, la construcción de un espacio político y jurídico común en el continente basado en los valores de la democracia, los derechos humanos y el imperio de la ley. Constituido por el Tratado de Londres el 5 de mayo de 1949, el Consejo de Europa es la organización interestatal existente más antigua que tiene por objetivo la integración europea. Forman parte de él todos los Estados del continente europeo, a excepción de Bielorrusia, Kazajistán y la Ciudad del Vaticano, pues sus regímenes políticos son incompatibles con los principios que persigue la organización internacional.

El Convenio de Luxemburgo tiene la finalidad de acelerar el reconocimiento y la ejecución de sentencias que se pronuncian sobre la custodia de menores, suprimiendo las formalidades propias del procedimiento de exequátur.

Como se puede ver, el Convenio comparte dicho objetivo con el Convenio de La Haya de 1980. No obstante, cabe apuntar una diferencia fundamental entre ambos instrumentos: para que el Convenio de Luxemburgo sea operativo, es necesaria la existencia de una resolución previa que se pronuncie sobre el sistema de custodia de un menor, mientras que el Convenio de La Haya de 1980 no exige este requisito para activar los mecanismos que este prevé.

El ámbito de aplicación personal del Convenio de Luxemburgo, al igual que el Convenio de La Haya de 1980, se extiende a los menores de 16 años.

El **ámbito de aplicación territorial** del Convenio de Luxemburgo se extiende a todos los Estados que forman parte del Consejo de Europa, así como a los Estados que, con posterioridad, se hayan adherido al Convenio.

Tras la entrada en vigor del Reglamento n.º 2201/2003, el Convenio de Luxemburgo se aplicará cuando los Estados involucrados en la sustracción sean un Estado miembro de la Unión Europea e Islandia, Liechtenstein, Moldavia, Montenegro, Noruega, Turquía, Serbia, Suiza, la República de Macedonia, Ucrania o Dinamarca (ya que, siendo miembro de la Unión Europea, no le es aplicable el Reglamento Bruselas II bis).

2.6. Convenio bilateral con el Reino de Marruecos, de 30 de mayo de 1997

El Convenio bilateral suscrito por el Reino de España y el Reino de Marruecos, sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de derecho de custodia, derecho de visita y devolución de menores, entró en vigor el 1 de julio de 1999. En virtud de este, ambos Estados, ante el considerable número de matrimonios mixtos entre españoles y marroquíes, pretendían: 1) garantizar la devolución de los menores de 16 años y nacionales de uno de los dos Estados que hubieran sido desplazados o retenidos ilegalmente a uno de los dos Estados contratantes; 2) el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en materia de custodia y derecho de visita y 3) el libre ejercicio del derecho de visita en territorio de ambos Estados (art. 1 del Convenio).

Como se puede ver, la finalidad del Convenio bilateral con el Reino de Marruecos no difiere en nada del Convenio de La Haya de 1980. ¿Cómo se explica, entonces, la existencia de este Convenio bilateral? Para responder a esta pregunta debe tenerse en cuenta que, en el año 1997, Marruecos no era Estado contratante del Convenio de La Haya de 1980, ni tampoco se había adherido al Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980. Por esta razón, Marruecos y España se vieron en la necesidad de establecer una estructura de cooperación interestatal basada en la intervención de sendas Autoridades Centrales que garantizara la devolución de los menores víctimas de una sustracción.

No obstante, el 9 de marzo de 2010, Marruecos se adhirió al Convenio de La Haya de 1980. Esta circunstancia obliga a preguntarse si, en un caso de sustracción en el que estén involucrados España y Marruecos, el Convenio bilateral de 1997 desplaza el Convenio de La Haya de 1980 o no.

Para responder a esta pregunta, debe estarse a lo que dispone el art. 34 del Convenio de La Haya de 1980. Según este precepto,

“el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita”.

A tenor de lo anterior, puede concluirse que, tras la adhesión de Marruecos al Convenio de La Haya de 1980, no puede descartarse sin más la aplicación del Convenio bilateral de 1997. Más bien, esta norma podrá aplicarse, en cada caso concreto, cuando el mecanismo que prevé sea más favorable para lograr el objetivo de ambos instrumentos, que no es otro que la restitución del menor al Estado de su residencia habitual inmediatamente anterior al traslado o retención ilícitos.

2.7. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en material civil

Esta ley española dota a nuestro ordenamiento jurídico de una regulación moderna en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil. Una de las novedades más importantes, y necesarias, que introduce la nueva ley es la reforma integral del proceso judicial de exequátur. Al respecto, debe recordarse que la legislación interna que regulaba el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras hasta la entrada en vigor de la Ley 29/2015 era la Ley de enjuiciamiento civil aprobada por Real decreto de 3 de febrero de 1881.

Los principios y caracteres que inspiran el articulado de la nueva ley son los siguientes:

- 1) El principio general favorable de cooperación, incluso en aquellos supuestos en los que no haya reciprocidad.
- 2) Las comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales nacionales y extranjeros sin intermediación alguna, respetando, obviamente, el principio de independencia judicial.
- 3) El principio de subsidiariedad respecto a la normativa sectorial especializada.

En este sentido, cabe apuntar que el objetivo de la Ley es limitado y que tan solo pretende dotar al ordenamiento jurídico nacional de un marco general en materia de cooperación jurídica.

En virtud de lo anterior, resulta evidente que la Ley no regula los actos de cooperación para facilitar las solicitudes de retorno de menores en supuestos de sustracción internacional, sino que se aplica dicha normativa a estos casos, únicamente, con carácter subsidiario.

En definitiva, la Ley 29/2015 desplegará todos sus efectos en casos de sustracción de menores cuando el traslado o retención ilícitos se ha producido en un Estado que no es miembro de la Unión Europea o bien se trata de un Estado con el que España no tiene suscrito ningún convenio de cooperación internacional.

2.8. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria

Esta también reciente ley ha actualizado, en materia de sustracción de menores, el procedimiento de retorno de los niños a su residencia habitual. La primera nota característica de esta nueva regulación es el abordaje del nuevo proceso de restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional como un proceso especial y con sustantividad propia incardinado en la Ley de enjuiciamiento civil, despojándolo, de tal forma, del carácter de procedimiento de jurisdicción voluntaria que tenía hasta el momento.

El nuevo proceso se regula ahora en el capítulo IV bis del título I del libro IV de la Ley de enjuiciamiento civil (arts. 778 quáter a 778 sexies), con la rúbrica “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”.

En segundo lugar, como novedades de la nueva legislación, cabe destacar – además de modernizar el procedimiento –, por un lado, la regulación de la adopción de medidas cautelares para la protección de los menores y sus derechos y, por otro, la previsión de la posibilidad de establecer comunicaciones directas entre los órganos jurisdiccionales españoles y los del tercer Estado o Estados involucrados.

La tercera nota destacable, aunque no menos importante, es la mayor concentración de la jurisdicción⁸ que persigue la reforma, pues el nuevo proceso atribuye la competencia al juzgado de primera instancia con competencias en derecho de familia de la capital de la provincia en cuya circunscripción se encuentre el menor que haya sufrido la sustracción. Con esta medida, en consonancia con la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya de 1980, la nueva legislación favorece la especialización para resolver los litigios en materia de sustracción, una reivindicación que venía efectuándose desde hace largo tiempo.

⁽⁸⁾Otros Estados que también han concentrado la jurisdicción en materia de sustracción de menores son, entre otros, el Reino Unido, Alemania, Francia y Austria.

Tal y como establece la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya de 1980, la concentración de la jurisdicción permite:

“La acumulación de experiencia entre los jueces implicados; y, en consecuencia, el desarrollo de una confianza mutua entre los jueces y las autoridades en los distintos sistemas legales; la creación de un alto nivel de comprensión interdisciplinaria de los objetivos del Convenio, en particular, la distinción de los procedimientos de custodia; la disminución de los retrasos y una mayor coherencia de la práctica por los jueces y los juristas”.

El procedimiento de restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional previstos en la Ley de enjuiciamiento civil se aplicará, únicamente, en aquellos casos en los que el menor, que se encuentra trasladado o retenido ilícitamente en España, proceda de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado con el que España haya suscrito un convenio internacional.

Por lo tanto, la nueva regulación no se aplicará a aquellos casos en los que el menor proceda de un Estado que no forme parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional (art. 778 bis de la Ley de enjuiciamiento civil).

Con independencia de lo anterior, la nueva regulación prevé, en su art. 778 sexies, un procedimiento especial para obtener una resolución de un juzgado español que declare la ilicitud del traslado o retención de un menor con residencia habitual en España.

Finalmente, cabe destacar que el nuevo procedimiento tiene carácter urgente y preferente, pues debe tramitarse, en ambas instancias, en el inexcusable plazo total de 6 semanas desde la fecha de presentación de la solicitud interesando la restitución o el retorno del menor. Por este motivo la Ley de enjuiciamiento civil prevé, expresamente, una excepción al principio de suspensión por prejudicialidad penal, pues no se suspenderán las actuaciones civiles por la existencia de prejudicialidad penal por acciones penales en materia de sustracción de menores.

2.9. Código penal

Solo existe en nuestro Código penal (en adelante, CP) un artículo que tipifica la sustracción de menores y es el 225 bis, que describe el delito como el “traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien convivía habitualmente”. En el art. 225 bis 2.2.º del CP se establece que también constituye una sustracción la “retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”.

Para que concurran los elementos de la conducta típica, es necesario que el traslado se produzca desde España, lo que significa que si el lugar de residencia del menor se encuentra en un país extranjero, el art. 225 del CP español no es aplicable ya que la conducta, verificada en territorio extranjero, deberá ser punible con arreglo al derecho penal de aquel tercer Estado. Del mismo modo, para que el precepto sea aplicable, es necesario que dicha retención se haya producido también en España.

Por otro lado, son **sujetos activos de este delito** el progenitor que tiene reconocido solo un régimen de visitas establecido judicialmente o por resolución administrativa de la entidad pública que tiene atribuida la tutela. También son sujetos activos del delito los ascendientes del menor y otros parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad siempre y cuando, no teniendo reconocido judicialmente un derecho de visitas, recojan al menor, lo tengan consigo y el secuestro reúna los elementos típicos anteriormente señalados.

Pueden cometer el delito asimismo los abuelos y otros parientes allegados que tengan reconocido judicialmente un derecho de visitas respecto del menor conforme a lo previsto en el artículo 160.2 del Código civil, según la nueva redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Por otro lado, el **sujeto pasivo del delito** es el menor de 18 años sujeto a patria potestad. Así las cosas, resulta evidente que, según el CP, el delito de sustracción de menores no puede extenderse a los menores emancipados.

Este delito precisa de la existencia de un dolo específico de contravenir una resolución judicial o administrativa que, en caso de no concurrir, impediría la aplicación del tipo penal, sin que se prevea su modalidad culposa.

Este delito comporta una pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años, lo que supone también la privación de los derechos inherentes a la patria potestad, conforme a lo previsto en el artículo 46 del Código penal.

3. Conclusiones

La normativa existente en materia de sustracción internacional de menores opera a distintos niveles territoriales, entre los que cabe destacar los que se citan a continuación. A nivel universal, operan el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

El primero de estos instrumentos tiene por objeto el mantenimiento de la situación del menor, previa al traslado o retención ilícitos. Además, prevé un sistema de cooperación entre los Estados contratantes mediante las llamadas Autoridades Centrales.

El segundo de los instrumentos refuerza el mecanismo de restitución previsto por el primero previendo que los órganos competentes para acordar medidas civiles de protección de la persona del menor o sus bienes son los del lugar de la residencia habitual. No obstante, reconoce la competencia de las autoridades del Estado en el que el menor ha sido sustraído o donde está retenido.

A nivel comunitario, opera el Reglamento (CE) n.º 220/2003, 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 parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000. Esta norma, cuya regulación va más allá de la sustracción internacional de menores, refuerza el principio consagrado en el Convenio de La Haya de 1980 de retorno inmediato del menor al Estado de su residencia habitual y se aplica cuando los Estados involucrados en traslado o retención ilícitos son los Estados miembros de la Unión Europea.

De manera bilateral, existen una serie de tratados internacionales suscritos por el Reino de España y terceros Estados que tienen por objeto el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de derecho de custodia, derecho de visita e incluso devolución de menores. A modo de ejemplo, cabe destacar el Convenio bilateral con el Reino de Marruecos, de 30 de mayo de 1997.

A nivel interno, opera, en materia de competencia, la Ley orgánica del poder judicial, cuya aplicación es residual debido a la existencia del resto de las normas anteriormente señaladas.

En materia de cooperación jurídica internacional en material civil, opera la Ley 29/2015, de 30 de julio, que, debido al principio de subsidiariedad, solo se aplicará en supuestos de sustracción de menores cuando el traslado o retención ilícitos se haya producido en un Estado no miembro de la Unión Europea o con el que España no haya suscrito ningún convenio de cooperación internacional.

En materia procesal, debe señalarse la Ley 25/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, que ha actualizado el procedimiento de retorno de menores a su residencia habitual, aplicándose las normas de dicho procedimiento a los supuestos en los que un menor se encuentre trasladado o retenido ilícitamente en España y proceda de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado con el que España haya suscrito un convenio internacional.

Finalmente, a nivel interno, debe destacarse el Código penal, que sanciona la sustracción de menores que se haya producido desde España.

Bibliografía

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.

