

PILAR JIMÉNEZ BLANCO

LITIGIOS SOBRE  
LA CUSTODIA Y SUSTRACCIÓN  
INTERNACIONAL DE MENORES

Universidad de Oviedo

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>7</b>

## **CAPÍTULO INTRODUCTORIO**

<b>I. PLANTEAMIENTO .....</b>	<b>9</b>
<b>II. LOS OBJETIVOS DE LA RESTITUCIÓN DEL MENOR EN EL CH 1980 .....</b>	<b>12</b>
1. El mantenimiento del <i>status quo</i> anterior .....	12
2. La desincentivación de las sustracciones .....	16
<b>III. VERTIENTES DE LA RELACIÓN ENTRE LA SUSTRACCIÓN Y EL PROCESO SOBRE LA CUSTODIA .....</b>	<b>18</b>
1. Vertiente procesal: necesidad de un nuevo proceso sobre la custodia .....	18
2. Vertiente material: decisión sobre la restitución del menor y fondo de la custodia .....	20

## **PARTE I**

### **SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y PROCESO SOBRE LA CUSTODIA**

#### **CAPÍTULO PRIMERO**

#### **SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL SOBRE LA CUSTODIA**

<b>I. EL PRESUPUESTO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL EN EL MARCO DEL CH 1980 .....</b>	<b>27</b>
1. Incidencia de la sustracción en el foro de la residencia habitual ...	27

	Pág.
A) Incidencia en el carácter fáctico del foro.....	27
B) Efecto uniformador del CH 1980.....	34
2. Vinculación del concepto de custodia a la competencia judicial....	39
A) Competencia judicial y alcance del art. 5 CH 1980 .....	39
B) Condicionamiento de la sustracción por la pendencia del proceso en el Estado de origen.....	40
3. ¿Vinculación de la decisión de restitución al <i>forum conveniens</i> ? .....	44
4. Incidencia de la decisión sobre la restitución en la competencia judicial internacional .....	47
A) Restitución del menor y competencia judicial internacional de los tribunales del Estado de origen .....	47
B) Decisión de no restitución y competencia judicial internacional de los tribunales de la sustracción.....	50
C) Restitución del menor y competencia judicial de los tribunales del Estado de la sustracción: alcance de la prohibición del art. 16 CH 1980.....	52
II. COMPETENCIA JUDICIAL Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL CH 1996.....	56
1. Competencia judicial vinculada a la sustracción internacional .....	56
A) Garantía del carácter fáctico del foro de la residencia habitual...	56
B) La regla de la inalterabilidad de la competencia judicial en supuestos de sustracción.....	58
C) La regla del agotamiento de la competencia de los tribunales del Estado de origen.....	59
D) Ausencia de vinculación de la decisión sobre la restitución con el <i>forum conveniens</i> .....	61
2. Ausencia de correlación entre la decisión sobre el retorno y la competencia judicial internacional .....	62
A) No restitución del menor y competencia judicial de los tribunales del Estado de origen .....	62
B) Restitución del menor y competencia judicial de los tribunales del Estado de la sustracción .....	64
C) Lugar de retorno del menor y tribunales competentes.....	66
3. Competencia de los tribunales del Estado de la sustracción vinculada a motivos de no retorno del CH 1980.....	72
A) La regla general: la separación formal entre la decisión sobre el retorno y la competencia judicial internacional .....	72
B) Las modulaciones de la regla general: interrelaciones entre la decisión sobre el retorno y la competencia judicial internacional .....	74
C) Determinación de la ilicitud del traslado y competencia judicial internacional.....	76
D) Conformidad al traslado o a la retención.....	78

	Pág.
E) Solicitud de restitución pasado el plazo de un año .....	82
F) Alcance del art. 20 CH 1980 sobre la competencia internacional .....	83
<b>III. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL ESTADO DE LA SUSTRACCIÓN PARA LAS MEDIDAS CAUTELARES .....</b>	<b>84</b>
1. Competencia sobre las medidas cautelares propiamente dichas .....	84
2. Competencia sobre los <i>undertakings</i> .....	87
A) Tipología y presupuestos de aplicación .....	87
B) Encaje de los <i>undertakings</i> en los CH 1980 y 1996 .....	91
<b>IV. NO EJECUCIÓN DE LA DECISIÓN DE RESTITUCIÓN DEL MENOR Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL SOBRE LA CUSTODIA .....</b>	<b>95</b>
1. Sobre los problemas de ejecución de las resoluciones de retorno ...	95
2. Incidencia en la competencia judicial internacional .....	98

## CAPÍTULO SEGUNDO

### **SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y DECISIÓN SOBRE LA CUSTODIA**

<b>I. ¿VINCULACIÓN ENTRE LOS MOTIVOS DE NO RESTITUCIÓN DEL MENOR Y LA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LA CUSTODIA? .....</b>	<b>103</b>
1. Alcance del art. 13.I.b) CH 1980 y control del Derecho del Estado de origen .....	103
2. Alcance del art. 20 CH 1980 y control del Derecho del Estado de origen .....	106
3. La valoración de la oposición del menor al retorno .....	111
<b>II. RELACIONES ENTRE LA RESTITUCIÓN DEL MENOR Y LAS DECISIONES DE FONDO SOBRE LA CUSTODIA .....</b>	<b>113</b>
1. Alcance de las decisiones sobre la custodia dictadas en el Estado de la residencia habitual anterior del menor .....	113
A) Decisiones que atribuyen la custodia al solicitante del retorno ...	113
B) Decisiones que atribuyen la custodia al secuestrador .....	119
2. Decisión sobre la custodia en el Estado de la sustracción y restitución del menor .....	125
3. Incidencia de los pronunciamientos sobre la restitución del menor en el proceso sobre la custodia .....	129
4. Vinculación entre el reconocimiento de la resolución sobre la custodia y la decisión sobre la restitución .....	132

## PARTE II

### SUSTRACCIÓN INTRACOMUNITARIA DE MENORES Y PROCESO SOBRE LA CUSTODIA

#### CAPÍTULO TERCERO

#### MARCO COMUNITARIO

I. INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS Y LIBERTADES COMUNITARIAS.....	139
1. ¿Principio de confianza comunitaria?.....	139
2. El alcance del reconocimiento mutuo de las decisiones de responsabilidad parental.....	142
3. Concepto de sustracción en el ámbito comunitario: reinterpretación de algunas cuestiones.....	146
A) Principios comunitarios y variaciones en el contenido de las decisiones sobre la custodia.....	146
B) Sobre el concepto de residencia habitual a efectos de sustracción y a efectos de competencia judicial internacional.....	150
II. ALCANCE DEL DESPLAZAMIENTO DEL CH 1980 POR EL REGLAMENTO (CE) 2201/2003 .....	152
1. Incidencia en el ámbito de aplicación del CH 1980.....	152
A) En el ámbito de aplicación espacial.....	152
B) En el ámbito de aplicación personal .....	158
2. En los motivos de no restitución .....	159
A) Aplicación de las causas de no restitución del CH 1980.....	159
B) Especial consideración de las causas de los arts. 12.II y 20 CH 1980.....	161
3. En la interrelación entre el proceso sobre la custodia y el procedimiento sobre la restitución.....	164
A) Incidencia del Reglamento en el alcance del art. 16 CH 1980...	164
B) Incidencia del Reglamento en las interrelaciones entre las resoluciones sobre la custodia y la decisión sobre la restitución .....	166

#### CAPÍTULO CUARTO

#### SUSTRACCIÓN, RESTITUCIÓN Y CUSTODIA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

I. COMPETENCIA JUDICIAL Y SUSTRACCIONES INTRACOMUNITARIAS.....	169
1. Presupuestos de funcionamiento.....	169
2. Decisiones de no restitución y poder de revisión por los tribunales del Estado de la anterior residencia habitual .....	171

# CAPÍTULO INTRODUCTORIO

## I. PLANTEAMIENTO

1. Hasta la fecha, la sustracción internacional de menores y los problemas derivados de la restitución han sido básicamente analizados desde la perspectiva de la cooperación internacional, tomada ésta como un instrumento aislado e independiente del resto de los sectores del DIPr. (señaladamente, de la competencia judicial internacional y del reconocimiento de decisiones). Por mi parte, pretendo poner de manifiesto no sólo la necesaria cohabitación de sectores e instrumentos de Derecho internacional privado sino también mostrar como, en un importante número de supuestos, la decisión de restitución va a verse inevitablemente condicionada por la necesidad de un ulterior proceso sobre el fondo<sup>1</sup>.

La defensa de esta vinculación entre el procedimiento de restitución y el fondo de la custodia, a pesar de su aparente heterodoxia, no es sino la consecuencia de la realidad que hace inviable, en muchas ocasiones, trazar una frontera nítida entre ambas cuestiones. Baste constatar en la práctica cómo algunos de los motivos de no retorno permiten incluir cuestiones (necesariamente) próximas al fondo de la custodia. Por ejemplo, una valoración «aséptica» de los riesgos de peligro físico o psíquico de la restitución del menor [art. 13.I.b.) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de me-

---

<sup>1</sup> Piénsese en la imposibilidad de que pueda celebrarse un proceso sobre la custodia en el Estado de origen (por ejemplo, por carecer los tribunales de este Estado de competencia); o en la existencia de una sentencia sobre el fondo ya dictada en el Estado de origen en la que se conceda la custodia al secuestrador; o la existencia en el Estado de origen de una decisión de imposible reconocimiento en el Estado de la sustracción.

nores<sup>2</sup>, en adelante CH 1980], la vulneración de las libertades fundamentales del Estado requerido (art. 20 CH 1980), o la propia valoración de la oposición del menor a su retorno (art. 13.II CH 1980) acaban rayando con cuestiones conectadas a los derechos de custodia que deben ser discutidos en un proceso. Por otra parte, la existencia de decisiones de custodia, dictadas con posterioridad a la sustracción y antes de la decisión de restitución también va a incidir sobre esta última. Lógicamente, con ello no se trata de contravenir los arts. 17 y 19 CH 1980, sino de ajustar la interpretación de estas disposiciones a su finalidad. A partir de aquí, deben identificarse los supuestos concretos en los que esta incidencia no sólo vaya a producirse, sino que debe defenderse que se produzca.

2. Para presentar el alcance de esta relación debe partirse de los objetivos de la normativa sobre restitución así como de las vertientes en las que se manifiesta la propia relación. En este sentido, la restitución del menor sirve a tres objetivos, dentro de la finalidad general de mantenimiento del *status quo*: el respeto a los derechos de custodia preestablecidos, la defensa de la competencia «natural» de la residencia habitual anterior para decidir sobre cualquier modificación en dicha custodia<sup>3</sup>, y el mantenimiento de una situación de igualdad procesal entre las partes, al tratar de impedir que el progenitor cuyo derecho de custodia haya sido vulnerado con la sustracción quede en una situación de desventaja. Por su parte, la relación entre sustracción y proceso sobre la custodia presenta una vertiente procesal y otra material: su incidencia en relación con la competencia judicial internacional para conocer sobre el fondo y en relación a la decisión que se vaya a dictar sobre la responsabilidad parental.

La valoración y estudio de la interrelación competencia judicial internacional/ sustracciones de menores no se limita a un análisis autónomo de los criterios *ad hoc* establecidos en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996<sup>4</sup> (en adelante, CH 1996) y en el Reglamento (CE)

<sup>2</sup> BOE, núm. 202, de 24-VIII-87; correc. errores, *ibid.*, núm. 155, de 30-VI-89, y núm. 21, de 24-I-96.

<sup>3</sup> Vid. el Informe de la 3.ª Comisión Especial sobre el funcionamiento del CH 1980 (17 al 21 de marzo de 1997), párr. 60; E. PÉREZ VERA, *Informe Explicativo al Convenio de La Haya de 1980*, párrs. 16 y 66; *vid.* en la doctrina R. SCHUZ, «The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law», *ICLQ*, 1995, pp. 771 y ss., esp. p. 781; *vid.* A. E. ANTON, «The Hague Convention on International Child Abduction», *ICLQ*, 1981, vol. 30, pp. 537 y ss., esp. p. 543); I. BARRIÈRE-BROUSSE, «L'enfant et les conventions internationales», *Journ. dr. int.*, 1996, pp. 843 y ss., esp. p. 866. En la doctrina española, J. M. ESPINAR VICENTE, «Comentario a la sentencia 604/1998 de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del art. 16 del Convenio de La Haya de 1980», *Act.Civ.*, 1999, núm. 2, pp. 31 y ss., esp. pp. 34-35.

<sup>4</sup> 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

2201/2003<sup>5</sup> (en adelante, el Reglamento), ámbitos, particularmente este último, objeto de numerosas publicaciones. Lo que interesa es determinar cómo funciona «todo» el sistema de competencia judicial internacional (al margen de los criterios *ad hoc*), cómo se articulan realmente estos foros de competencia cuando se produce una sustracción internacional, si y cómo pueden/van a interferir en el procedimiento de restitución o, por el contrario, si y cómo puede incidir el procedimiento de restitución en el funcionamiento y la aplicación de estos foros. La relación estructural entre los diferentes sectores adquiere aquí una relevancia sustancial en la medida en que las propias normas de competencia explicitan una relación entre los tribunales competentes y la restitución (o no restitución) del menor, que obliga necesariamente a un análisis conjunto de ambas cuestiones.

Estos extremos serán analizados en este mismo Capítulo introductorio, para a continuación estructurar dos grandes bloques: las sustracciones internacionales, que se analizan en la Parte I, y las sustracciones intracomunitarias, que se estudian en la Parte II. La perspectiva utilizada responde a dos realidades sustancialmente diferenciadas por su tratamiento normativo: en el primer caso, el CH 1996; en el segundo, el Reglamento (CE) 2201/2003. El nexo común en ambas normas es el CH 1980, sistema base para la restitución de menores, sólo parcialmente matizado para los supuestos de sustracciones intracomunitarias. Esto significa que muchas de las cuestiones abordadas en relación con las sustracciones internacionales deben ser consideradas también para las sustracciones intracomunitarias, que únicamente son tratadas en los aspectos en los que presentan especialidades. Como podrá observarse, el esquema de partida en las Partes I y II son similares en la medida en que la interrelación entre las sustrac-

---

y de medidas de protección de los niños. Entró en vigor el 1 de enero de 2002, aunque todavía no está vigente para España. En este ámbito, cobra especial importancia el proceso de «comunitarización» del DIPr. que ha incidido en el proceso de adhesión de los Estados al CH 1996. De hecho, se dictó, en su momento, la Decisión del Consejo 2003/93/CE, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar en interés de la Comunidad Europea el CH 1996 (*DOUE*, núm. L 48, de 21-II-2003), lo que hicieron el 1 de abril de 2003; posteriormente, se elaboró la Propuesta de Decisión del Consejo, de 17 de junio de 2003, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar o adherirse a dicho Convenio, en interés de la Comunidad Europea, cuya ratificación está estancada. El último paso, con consecuencias sobre esta materia, se ha producido recientemente con la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Decisión del Consejo de 5 de octubre de 2006, *ibid.*, núm. L 297, de 26-X-2006). No obstante, todo apunta a que finalmente serán los Estados miembros los que ratificarán el Convenio en interés de la Comunidad (sobre esta cuestión *vid.* A. BORRÁS, «Le Droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», *R. des C.*, 2005, t. 317, pp. 317 y ss., esp. p. 496).

<sup>5</sup> Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, del Consejo, 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) núm. 1347/2000 (*DOUE*, núm. 338, de 23-XII-2003).



ciones de menores y los procesos sobre la custodia son tratados desde dos perspectivas: la interrelación con la competencia judicial internacional y la vinculación con el fondo mismo de la custodia. Dentro del contexto internacional, resulta fundamental el análisis del marco ofrecido por el CH 1980, en cuanto norma transversal y que incide indirectamente en el régimen de competencia judicial internacional y en la propia decisión sobre el fondo. Sólo a partir de un análisis de este contexto y de sus carencias cobra sentido el alcance y las consecuencias que se derivan de los textos normativos posteriores. Por su parte, la realidad parcialmente diferenciada que presenta el Reglamento comunitario es objeto de un estudio pormenorizado en la Parte II. No obstante, debe valorarse con cierto escepticismo el alcance de la «regulación autónoma» de origen comunitario: el tratamiento específico que introduce el Reglamento es más aparente que real, en cuanto recoge los elementos esenciales tanto del CH 1980 como del CH 1996 y no aporta novedades realmente significativas, al margen del reconocimiento. Por lo demás, se analizará la «tibieza» en la adaptación comunitaria de algunas de las soluciones especiales establecidas y la escasa coherencia con algunos de los principios esenciales del Derecho comunitario, como el principio de confianza comunitaria.

## II. LOS OBJETIVOS DE LA RESTITUCIÓN DEL MENOR EN EL CH 1980

### 1. El mantenimiento del *status quo anterior*

3. Tal como hemos señalado, para presentar el alcance general de la interrelación sustracción-competencia judicial internacional, debe tenerse en cuenta que la principal finalidad del CH 1980 es el mantenimiento del *status quo anterior* a la sustracción<sup>6</sup>. Ahora bien, como elemento integrante de ese *status quo* también está el respeto a las normas de competencia existentes y aplicables a la custodia antes de que se produjera la sustracción. Nos encontramos aquí con una de las premisas básicas que se irán desarrollando a lo largo del trabajo, cual es, la regla de la inalterabilidad de las normas de competencia judicial por el hecho de la sustracción internacional: los criterios de competencia que eran operativos antes del traslado ilícito deben seguir siéndolo a pesar de que éste se haya producido. Las verdaderas consecuencias de aplicar esta regla se producirán, como veremos, a la hora de interpretar y aplicar los foros de competencia establecidos en el CH 1996 y en el Reglamento (CE) 2201/2003.

---

<sup>6</sup> Así se desprende del art. 1 del CH 1980 al establecer, por una parte, que se proceda a la restitución del menor [art. 1.a)] y, por otra parte, que se mantenga la vigencia y eficacia de los derechos de custodia o de visita previamente establecidos [art. 1.b)].

Los objetivos del CH 1980 se trazaron en función de un contexto en el que el porcentaje mayoritario de sustracciones se realizaba por el progenitor que no estaba al cuidado del menor y que, por tanto, tenía menos relación con él que el titular de la custodia, cuyo derecho se infringía mediante la sustracción internacional. De este modo, la restitución del menor permitía restablecer la situación existente con anterioridad a la sustracción, evitando además el beneficio que pretendiera obtener el secuestrador con el mismo. En función de estos objetivos, el CH 1980 convierte a la restitución del menor en su regla general, identificando esta decisión con el interés de los menores<sup>7</sup>. El mantenimiento del derecho de custodia existente en el Estado de origen, sin cuestionar su contenido, se realiza a través de una doble prohibición: que los tribunales de la sustracción vinculen la decisión de la restitución a decisiones sobre el fondo (art. 17) y que entren a conocer sobre esas mismas cuestiones mientras se encuentre pendiente el procedimiento de restitución (art. 16 CH 1980). Consecuencia también de este objetivo de mantenimiento del *status quo* existente al momento de la sustracción es la ausencia de previsiones en el CH 1980 sobre la situación posterior a la decisión sobre la restitución. En efecto, si exceptuamos el papel reconocido a las Autoridades Centrales a la hora de garantizar que la restitución del menor se efectúe sin peligro [art. 7.h)], no existe en el Convenio ninguna disposición dirigida a regular la situación derivada del post-retorno del menor (si la decisión adoptada ha sido la restitución) o la situación derivada de la permanencia del menor en el Estado de la sustracción (si la decisión adoptada ha sido el rechazo a dicha restitución)<sup>8</sup>. La restitución simplemente significa volver a la situación anterior sin necesidad, *a priori*, de cuestionar a quién corresponde el derecho de custodia; no obstante, si se considerara necesario plantear un ulterior proceso sobre el fondo se intentaría garantizar a través de la restitución que sean los tribunales de la residencia habitual anterior los que vayan a conocer de la custodia (el presupuesto competencial implícito del CH 1980)<sup>9</sup>. Existe, por tanto, una equivalencia implícita entre restitución

---

<sup>7</sup> Cabe observar que el «interés del menor» no aparece como tal en el articulado del CH 1980, sino únicamente en su Preámbulo. Ello significa que no se reconoce en el texto del CH 1980 a las autoridades y tribunales la discrecionalidad necesaria para garantizar la protección del interés del menor, sino que se automatiza la respuesta de la restitución como equivalente a dicho interés. A salvo quedan las excepciones que el propio Convenio contiene a dicha restitución, que constituyen la vía a través de la cual el interés «particular» del menor va a aflorar. Vid. N. LOWE, M. EVERALL QC y M. NICHOLLS, *Internacional Movement of Children (Law Practice and Procedure)*, Bristol, Jordan Publishing Ltd., 2004, p. 200.

<sup>8</sup> Sobre el limitado papel del CH 1980 en relación con la situación *post* retorno del menor vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Internacional Child Abduction in Spain», *Int. Journ. of Law, Policy and the Family*, 2001, pp. 340 y ss.

<sup>9</sup> Vid. E. PÉREZ VERA, Informe, párt. 16. Sobre esta base P. R. BEAUMONT y P. E. MCELEAVY (*The Hague Convention on International Child Abduction*, New York, Oxford University Press, 1999, p. 33) van más lejos y llegar a poner como objetivo subsidiario del CH 1980 un

del menor y competencia de los tribunales del Estado de la residencia habitual anterior. Frente a ello, las consecuencias derivadas del rechazo a la restitución quedarían fuera del ámbito de aplicación del CH 1980: en estos casos, sería evidente la necesidad de «revisar» el contenido del derecho de custodia, pero esta cuestión, una vez respetada la prohibición del art. 16 CH 1980, quedará regulada por el sistema de competencia establecido en el Estado de la sustracción. Aquí, podría producirse (aunque no necesariamente) una nueva equivalencia: del rechazo al retorno del menor podría derivarse la competencia de los tribunales del Estado de la sustracción para conocer del proceso sobre la custodia.

De este modo, la restitución del menor garantiza el respeto del derecho de custodia del progenitor solicitante del retorno. Garantiza también el foro de la residencia habitual del hijo como foro «natural» donde discutir las cuestiones relativas a la custodia del menor y evita que el progenitor cuyo derecho ha sido vulnerado con la sustracción pueda quedar en desventaja en un ulterior proceso sobre la custodia<sup>10</sup>. Todos estos factores condicionan la valoración sobre la «conveniencia» del foro de la residencia habitual anterior del menor.

4. En cualquier caso, la realidad práctica ha ido demostrando que la finalidad inicialmente propuesta por el Convenio dista en muchas ocasiones de poder ser cumplida; también se han puesto de relieve las carencias y limitaciones convencionales. En este sentido, debe tenerse en cuenta un cambio de contexto, en el que resulta perceptible un aumento en el número de sustracciones internacionales realizadas por el progenitor que se encontraba al cuidado del menor o que era titular, al menos, de un derecho de custodia compartido<sup>11</sup>. Tal situación deriva de un cambio en la propia concepción del derecho de custodia que va ampliándose cada vez más,

---

ulterior proceso en el Estado de origen para dilucidar la cuestión de la custodia del menor. No creemos, sin embargo, que el CH 1980 persiguiera reabrir, en todo caso, los derechos de custodia sobre el menor, sino mantener la situación anterior a la sustracción incluido el foro de competencia previamente existente.

<sup>10</sup> Cfr. P. R. BEAUMONT y P. E. MCELEAVY, *op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>11</sup> Cfr. P. R. BEAUMONT y P. E. MCELEAVY, *op. cit.*, pp. 32 y 138; N. LOWE, M. EVERALL QC y M. NICHOLLS, *op. cit.*, p. 221; C.S. BRUCH, «The Hague Child Abduction Convention: past accomplishments, future challenges», en S. DETRICK y P. VLANDINGERBROEK, *Globalization of Child Law. The Role of the Hague Convention*, The Hague, 1999, pp. 33 y ss., esp. p. 38; también. K. SCHWEPPE [*Kindesentführungen und Kindesinteressen (Die Praxis des Haager Übereinkommens in England und Deutschland)*], Münster, Votum Verlag, 2001, *op. cit.*, pp. 46-47). En nuestra doctrina, destacan este cambio de contexto A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ (*Derecho internacional privado*, 7.<sup>a</sup> ed., Granada, Comares, 2006, vol. II, p. 196). Este dato es corroborado por el «Estudio estadístico de las solicitudes efectuadas en el 2003 en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», dirigido por N. LOWE, E. ATKINSON, K. HOROSOVA y S. PATTERSON (Doc. Preliminar núm. 3, Parte I de la 5.<sup>a</sup> Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del CH 1980, octubre 2006); el 68 por 100 de las sustracciones se habían realizado por personas que se encontraban al cuidado del menor.

amparándose en la definición convencional que asimila derecho de custodia al derecho «*de decidir sobre el lugar de residencia del menor*» [art. 5.a) CH 1980]. Esta concepción amplia sobre la custodia permite calificar como traslados ilícitos todos aquellos que responden a una nueva realidad creciente, como son los traslados realizados por las personas que o tienen la custodia en exclusiva, pero con una restricción territorial (prohibición o supeditación a autorización para sacar al niño del Estado de su residencia habitual)<sup>12</sup>, o la comparten con el otro progenitor, pero en ambos casos están al cuidado del menor. Este nuevo escenario impide, en la práctica, que la restitución permita restablecer el *status quo*, desde el momento en que el retorno del menor al Estado de origen con el progenitor que no se encargaba de su cuidado obliga a replanteamiento de los derechos de custodia en un nuevo proceso, sobre todo, si el progenitor custodio no acompaña al menor. Esta situación pone de manifiesto las limitaciones del Convenio, al no establecer mecanismos concretos para cubrir el post-retorno, ni siquiera en orden a garantizar que dicho proceso vaya a tener lugar en el Estado a cuyos tribunales el propio Convenio presume (implícitamente) competentes (los de la residencia habitual anterior del menor). Estas carencias del CH 1980 obligarán, como veremos<sup>13</sup>, o bien a tener que dictar decisiones de no restitución [generalmente sobre la base del art. 13.I.b) CH 1980] o bien a permitir el retorno del menor al Estado de origen pero sometido a ciertos condicionamientos (*undertakings* o *safe harbour orders*) que, como tales, tampoco están previstos en el propio Convenio.

5. Junto a este cambio de contexto, también existen otras circunstancias que impiden una vuelta a la situación anterior. Por ejemplo, determinadas decisiones dictadas por las autoridades del Estado de origen (como las *chasing orders* británicas) que suponen una alteración en el contenido del derecho de custodia precisamente como «respuesta/sanción» a la propia sustracción a través de la adopción, inmediata y automática, de una decisión sobre la custodia, atribuyéndola al progenitor que ha sido víctima de la situación de sustracción<sup>14</sup>. Esto significa que el retorno del menor no va a suponer un regreso a su situación anterior a la sustracción, cir-

<sup>12</sup> Vid. en este sentido lo establecido en el art. 158 CC: «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor».

<sup>13</sup> Vid. *infra* núms. 64 y ss.

<sup>14</sup> Sobre éstas vid. P. R. BEAUMONT y P. E. McELEVAY, *op. cit.*, p. 44 y 168. Vid. la Sent. de la Corte Suprema de Canadá de 20 de octubre de 1994, Asunto *Thomson v. Thomson* [vid. en M. SUMAMPOUW, *Les nouvelles Conventions de La Haye (leur application par les juges na-*

cunstancia que puede influir en la valoración que realicen las autoridades del Estado de la sustracción al decidir sobre la propia restitución del menor a su Estado de origen<sup>15</sup>. También puede ocurrir que la sustracción del menor ponga de manifiesto la inconveniencia del derecho de custodia preexistente y la necesidad de proceder, cuanto menos, a una revisión del mismo por parte del tribunal competente. Ciertamente, podrá argumentarse que las cuestiones de fondo, relativas al contenido mismo de la custodia, no son utilizables en el procedimiento de restitución. Pero, como iremos señalando<sup>16</sup>, esta separación entre fondo y restitución no resulta posible en todos los casos y, dentro de los márgenes que permita el Convenio, estos aspectos deben conciliarse.

## 2. La desincentivación de las sustracciones

6. Un objetivo mediato del CH 1980 es desincentivar las sustracciones internacionales de menores intentando garantizar la rápida restitución y evitar que el secuestrador pueda obtener algún beneficio con la sustracción<sup>17</sup>. Este instrumento convencional se ha mostrado operativo para solventar los supuestos de sustracciones internacionales a través del mecanismo de la cooperación internacional de autoridades. La prueba más palpable de ello se encuentra precisamente en las dificultades que surgen para el retorno del menor cuando la sustracción se produce hacia terceros Estados con los que no se encuentra vigente ningún instrumento convencional, supuestos en los que resulta necesario acudir a las vías diplomáticas y consulares con escasas garantías de éxito para obtener la restitución del menor<sup>18</sup>.

---

*tionaux*), The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1996, p. 108; también en [www.incadat.com](http://www.incadat.com), HC/E/CA 11; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 342 y ss., con el comentario de H. MUIR WATT, *ibid.*, pp. 347 y ss.] en la que se menciona una *chasing order* adoptada por los tribunales escoceses atribuyendo la custodia al padre después de que la madre (titular de un derecho provisional de custodia) hubiera violado la restricción territorial que le prohibía sacar al niño de Escocia hasta que se dictase la decisión definitiva. *Vid.* también la Sent. de la *Court of Appeal* (Inglaterra) de 14 de diciembre de 1988, Asunto *C. v. C.* (Minor: Child Abduction: Rights of Custody Abroad) (*ibid.*, HC/E/UKe 34) y la Sent. de la *House of Lords* de 24 de julio de 1997, Asunto *Re S.* ([www.incadat.com](http://www.incadat.com), HC/E/UKe 3).

<sup>15</sup> Como veremos, *infra* núms. 78 y 80, precisamente el hecho de que sean una especie de «sanción» al secuestrador por la sustracción ilícita, y no una consecuencia de la valoración del «interés del menor», es lo que puede ocasionar problemas para la restitución del menor.

<sup>16</sup> *Vid. infra* núms. 73 y ss.

<sup>17</sup> *Vid.*, no obstante, el escepticismo mostrado por K. SCHWEPPE (*op. cit.*, pp. 50-51), en relación con el supuesto efecto preventivo del CH 1980.

<sup>18</sup> Un ejemplo de las enormes dificultades que existen para poder obtener la restitución del menor, con la necesaria intervención de las autoridades diplomáticas sin que el éxito de la restitución esté asegurado, puede verse en la Sent. de la Aud. Prov. de Barcelona, Secc. 18.<sup>a</sup>, de 21 de enero de 2002, (*AEDIPr.*, 2004\233, pp. 1.066 y ss.) en la que precisamente se denegó una autorización de salida de la hija con su padre a Argelia, por las dificultades que luego conllevaría hacer valer la custodia en ese país, con el que no existe vinculación convencional.

Junto con el efecto preventivo asociado a la existencia misma de un instrumento convencional, el CH 1980 pretende impedir que el secuestrador obtenga beneficios derivados de la sustracción a través de dos vías diferentes, ya sea alterando el juego normal de la «residencia habitual» cuando se produce una situación de sustracción o evitando que los tribunales del Estado de la sustracción «legalicen» la situación a través de una decisión sobre el fondo.

Así, en cuanto a la primera de las vías utilizadas, aunque es evidente la caracterización de la «residencia habitual» como un foro que refleja una integración de la persona en su entorno y hace especialmente idónea la competencia de dichos tribunales, cuando media una situación de sustracción este carácter fáctico se va desdibujando. Por ello, en caso de traslado ilícito, la integración del menor en el Estado de la sustracción no se cumplirá automáticamente y no se valorará conforme a los criterios generales. En este sentido, la regla general del CH 1980 es que la restitución del menor se produzca si la solicitud de restitución se ha presentado en el plazo de un año desde el traslado o la retención ilícita (art. 12.I CH 1980); esto significa que ese período de tiempo no debería ser tenido en cuenta a efectos de una posible integración del menor en el nuevo Estado<sup>19</sup>. En otras circunstancias, esto es, en caso de traslados lícitos, ese lapso temporal sería, en la mayor parte de las ocasiones, más que suficiente para considerar la adquisición de la residencia habitual en el nuevo Estado.

La segunda vía, complementaria a la anterior, destinada a evitar que el secuestrador obtenga un beneficio de la sustracción se encuentra en el art. 16 CH 1980. Este precepto está vinculado a uno de los objetivos del secuestrador: alterar el tribunal competente para conocer del fondo de la custodia, acudiendo, generalmente, a los tribunales correspondientes a su nacionalidad para obtener una decisión judicial favorable a sus intereses (presuponiendo una actitud «nacionalista» en los propios órganos judiciales). Para evitar esta situación, el CH 1980 prohíbe a los tribunales del Estado de la sustracción decidir sobre la custodia hasta que se haya dictado, en su caso, una decisión de no retorno del menor (art. 16 CH 1980). Al margen de otras consideraciones que se efectuarán en relación con esta disposición<sup>20</sup>, lo cierto es que con ello se consigue sólo parcialmente el

---

<sup>19</sup> La aparente sencillez de la formulación del art. 12.I CH 1980 deviene, sin embargo, más compleja en su aplicación práctica por cuanto resultará muy difícil proceder a la restitución del menor si éste se encuentra efectivamente integrado en el Estado de la sustracción aunque el procedimiento se hubiera iniciado dentro del plazo de un año desde la sustracción o la retención ilícita. En este sentido *vid.* el Auto de la Aud. Prov. de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, de 12 de mayo de 2004, (AC 2004\919) denegando el retorno del menor sobre la base del art. 13.I.b) CH 1980 a pesar de que el procedimiento de restitución comenzó dentro del plazo del año.

<sup>20</sup> *Vid. infra* núm. 29 sobre el alcance del art. 16 CH 1980 en relación con las decisiones de retorno del menor.

objetivo pretendido ya que la prohibición no alcanza a los supuestos en los que haya decidido la no restitución del menor, de modo que las autoridades del Estado de la sustracción podrían verse «tentadas» a rechazar el retorno del menor precisamente por considerar como «foro más conveniente» los tribunales del Estado de la sustracción.

La única manera de poder romper la correlación entre las decisiones sobre la restitución y la búsqueda de un foro de competencia «conveniente» vendría dada por la necesidad de establecer, junto con el procedimiento de restitución, unas reglas de competencia judicial internacional no dependientes del procedimiento de restitución, sino de que se haya producido o no una situación de sustracción. Lógicamente, tal aspecto no ha podido ser tenido en cuenta en el CH 1980, al quedar fuera de su ámbito de aplicación la competencia judicial (tanto en lo que se refiere a normas de competencia judicial internacional positivas como negativas). Sin embargo, ésta sí ha sido la vía por la que han optado tanto el CH 1996 como el Reglamento (CE) 2201/2003, siguiendo una línea ya ensayada en el sistema estadounidense a través de la *continuing jurisdiction*. La finalidad de este sistema es privar de consecuencias prácticas a la sustracción. Ello anticipa uno de los aspectos centrales de este trabajo, cual es, la vinculación e interdependencia de las normas de competencia judicial respecto de las situaciones de sustracción. De esta manera, incluso el propio concepto de «residencia habitual», *a priori* unívoco, va a verse sometido a diferentes pautas interpretativas en función de que se haya producido una situación de sustracción o no.

### III. VERTIENTES DE LA RELACIÓN ENTRE LA SUSTRACCIÓN Y EL PROCESO SOBRE LA CUSTODIA

#### 1. Vertiente procesal: necesidad de un nuevo proceso sobre la custodia

7. En un importante número de supuestos, la consecuencia ulterior de un procedimiento de restitución, particularmente si se ha decidido la no restitución es un nuevo proceso sobre el fondo<sup>21</sup>. Las causas por las que debe ordenarse la restitución, así como las que pueden argumentarse para

---

<sup>21</sup> Así se ha reconocido expresamente en ocasiones por la propia jurisprudencia. Por ejemplo, en la Sent. Aud. Prov. de Ciudad Real, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 24 de octubre de 2003 (*AEDIPr.*, 2005/221, p. 972, incluida en P. JIMÉNEZ BLANCO, «Modificación del régimen de visitas y solicitud de salida del menor de España», *ibid.*, pp. 960 y ss.), decidida la no restitución de los dos hijos, se confirma la necesidad de replantear el tema de la custodia ante los tribunales competentes que serán los encargados de confirmar la permanencia o no de los dos hijos con la madre en España.

la no restitución, presuponen un análisis de la situación del menor posterior a la adopción de dicha decisión. Aunque esta situación queda, como tal, fuera del ámbito de aplicación del CH 1980, en la práctica, conocer y determinar la situación futura del menor resulta fundamental y no puede desvincularse de sus motivos de restitución/no restitución. En este sentido, la ausencia de «preocupación» que muestra el CH 1980 por el *post* retorno en muchas ocasiones no concuerda con las realidades que «provocan» el traslado ilícito, que impiden regresar a la situación anterior y que reclaman un replanteamiento de los derechos de custodia<sup>22</sup>. Así ocurre con muchos de los supuestos que configuran lo que hemos denominado el «contexto actual» de las sustracciones<sup>23</sup>.

La situación descrita ha justificado un cambio en el «círculo de preocupaciones» existente en torno al CH 1980<sup>24</sup>. Es cierto que vincular la decisión sobre la restitución a la situación posterior del menor entraña el peligro de insertar la problemática de fondo de la custodia en la cuestión de la restitución, aspecto que expresa y lógicamente se ha querido evitar en el CH 1980. Pero también lo es que en la mayoría de las sustracciones, y de los consiguientes procedimientos sobre la restitución, subyace la necesidad de ese nuevo proceso sobre la custodia. Así ocurre, sobre todo, cuando se haya decidido la no restitución del menor, ya que habiéndose adoptado una decisión de este tipo normalmente también habrá una modificación del derecho de custodia<sup>25</sup>. Pero la necesidad de un nuevo proceso también puede aparecer cuando se haya decidido el retorno al Estado de origen, pues con la sustracción afloran muchas situaciones que, aunque ajenas al procedimiento mismo de restitución, condicionan el futuro inmediato del menor (por ejemplos, denuncias sobre episodios de violencia doméstica en el hogar familiar). En muchos de estos supuestos,

---

<sup>22</sup> Cfr. P. R. BEAUMONT y P. E. MCELEAVY, *op. cit.*, p. 33. *Vid.* también E. CLIVE, «The role of the new Protection of Children Convention», en S. DETRICK y P. VLAARDINGERBROEK (eds.), *Globalization...*, *op. cit.*, pp. 53 y ss., esp. p. 55.

<sup>23</sup> *Vid. supra* núm. 4.

<sup>24</sup> Así puede comprobarse en la 3.ª Comisión Especial sobre el funcionamiento de este Convenio, donde Australia proponía o bien seguir la vía de la cooperación a través de las funciones reconocidas a las Autoridades Centrales sobre la base del art. 7.h) CH 1980 o bien el reconocimiento por los Estados parte de determinadas «garantías» exigidas en el Estado de la sustracción para la restitución. *Vid.* el Anexo I, Documento de Trabajo núm. 3, de 17 de marzo de 1997, presentado por el Gobierno australiano en la 3.ª Comisión Especial sobre el funcionamiento del CH 1980, marzo de 1997.

<sup>25</sup> Así ocurrirá, por ejemplo, en aquellos casos en los que se haya demostrado que la restitución pondría en peligro la salud física o psíquica del menor, o que el titular del derecho de custodia no ejercía de hecho la misma sobre el menor; también otros factores, como la integración del menor en el Estado de la sustracción podría incidir en la necesidad de una nueva decisión sobre la custodia o incluso por la oposición manifestada por un menor a su retorno al Estado de origen porque no quiere continuar bajo la custodia del solicitante del retorno. Sobre la delimitación entre esta oposición y la cuestión relativa al fondo de la custodia *vid. infra* núm. 77.



como iremos viendo<sup>26</sup>, la interpretación restrictiva de algunos motivos de no restitución [como el art. 13.I.b) CH 1980] es posible gracias al establecimiento de garantías suficientes en relación con un nuevo proceso en el Estado de la anterior residencia habitual.

8. La necesidad de plantear un proceso ulterior sobre la custodia presenta una consecuencia: el carácter «provisional» que generalmente va a asumir la decisión de no restitución dictada por las autoridades de la sustracción. Este carácter está, lógicamente, vinculado a la competencia de los tribunales de la residencia habitual anterior para conocer sobre el fondo incluso en supuestos de no restitución del menor, algo que resultará posible incluso en el marco del CH 1996<sup>27</sup>. Dado que la decisión sobre el retorno no puede afectar a la cuestión de fondo, la decisión de no restitución dictada por las autoridades de la sustracción será confirmada o reemplazada por la sentencia de custodia una vez reconocida. En este sentido, toda decisión de no restitución asume un carácter provisional<sup>28</sup>, entendida esta provisionalidad en sentido material<sup>29</sup>. Ahora bien, la vinculación de la decisión sobre la restitución con el probable proceso sobre el fondo determina no sólo la adopción, en muchos casos, de garantías adicionales unidas al retorno del menor, como las ya citadas, sino que además tiene otras dos manifestaciones: la conexión entre la denegación del retorno del menor sobre la base de un control de la competencia de los tribunales del Estado de origen y la denegación del retorno sobre la base de un control del proceso que vaya a seguirse en este Estado. A estas manifestaciones nos referiremos más adelante<sup>30</sup>.

## 2. Vertiente material: decisión sobre la restitución del menor y fondo de la custodia

9. Una de las características más importantes del CH 1980 es la, en tantas ocasiones reiterada, separación de la cuestión de la restitución de la custodia (arts. 16, 17 y 19 del Convenio). Las consecuencias de esta

<sup>26</sup> *Vid. infra* núm. 64.

<sup>27</sup> *Vid. infra* núm. 37.

<sup>28</sup> Esta cuestión tiene especial interés a la hora de valorar un precepto como el art. 11.8 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 (que establece la preferencia de una resolución judicial posterior sobre una resolución de no restitución dictada al amparo del art. 13 CH 1980), que más que introducir una novedad en la materia [C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita», M. D. ADAM MUÑOZ y S. GARCÍA CANO (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 89 y ss., esp. p. 114] no es sino una confirmación de lo que ya sucedía en el ámbito del CH 1980. *Vid. infra* núm. 121.

<sup>29</sup> Desde una perspectiva procesal, una vez agotados los recursos previstos frente al Auto dictado sobre la restitución, la decisión judicial deviene firme.

<sup>30</sup> *Vid. infra* núms. 23 y 74.

distinción se manifiestan tanto desde el punto de vista procedimental como desde la perspectiva del alcance de las resoluciones dictadas. Procesalmente, parece obvio que el carácter sumario del procedimiento de restitución no es el cauce adecuado para analizar con profundidad las circunstancias que deben determinar la concesión de la custodia; ni siquiera las propias cuestiones que afectan directamente a la restitución [como su integración en el Estado de la sustracción del art. 12.II o el grave riesgo al que se refiere el art. 13.I.b) CH 1980] pueden precisarse con exactitud en dicho procedimiento, al tener que entrar en aspectos próximos al fondo de la custodia<sup>31</sup>. Desde la perspectiva del alcance de las resoluciones dictadas, lo decidido en un procedimiento de restitución no vincula a los tribunales que vayan a decidir sobre la custodia (art. 19 CH 1980). Así, aunque no puede trazarse una frontera perfecta entre restitución y fondo<sup>32</sup>, no estaría justificado, en principio, que las autoridades encargadas de conocer de la restitución decidieran el no retorno basándose en circunstancias exclusiva y directamente conectadas con el fondo. Por ejemplo, defender la no restitución por no resultar «conveniente» la separación entre hermanos, como ocurrió en la Sent. Aud. Prov. de Ciudad Real de 24 de octubre de 2003<sup>33</sup> y en el Auto Aud. Prov. de Madrid, de 19 de abril de 2004<sup>34</sup>, a menos que ello sirviera para demostrar que el menor queda en una «situación intolerable» a la luz del art. 13.I.b) CH 1980. Tampoco estaría justificado alegar la conveniencia, desde la perspectiva de la protección del interés del menor, de su permanencia en el Estado de la sustracción<sup>35</sup>; o alegar violencia doméstica o la inidoneidad del solicitante del retorno para hacerse cargo del menor<sup>36</sup>; o entender que para la

<sup>31</sup> Vid. N. LOWE, M. EVERALL QC y M. NICHOLS, *op. cit.*, p. 302.

<sup>32</sup> Ya veremos más adelante que existen «datos relevantes» que van a ser necesariamente comunes tanto para decidir sobre el retorno del menor como para decidir sobre su custodia (*vid. infra* núm. 73).

<sup>33</sup> *Loc. cit.*

<sup>34</sup> [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), JUR 2004\259867.

<sup>35</sup> En este sentido, la Sent. de la *United Status District Court of Ohio* (Estados Unidos) de 12 de marzo de 1997, Asunto *Ciotola v. Fiocca* ([www.incadat.com](http://www.incadat.com), HC/E/USs 99) rechazó la alegación, realizada sobre la base del art. 20 CH 1980, de que se infringía el derecho al *due process* y a un proceso equitativo si se restituía a la menor a Italia sin aplicar el *test* del mejor interés del menor, por entender que tal alegación supondría entrar en el fondo e infringir el art. 16 CH 1980.

<sup>36</sup> No es argumentable el art. 13.I.b) CH 1980 como motivo de no restitución del menor aunque haya daño físico, si la protección puede acordarse por los tribunales de la residencia habitual anterior: *vid.* P. R. BEAUMONT y P. E. McELEVAY (*op. cit.*, p. 143, nota 65) y la Decisión de la *Cour d'appel du CANTON* de Berna de 2 de octubre de 2001 ([www.incadat.com](http://www.incadat.com), HC/E/CH 416). La Sent. de la *Family Court* de Melbourne de 16 enero 1995, Asunto *Cooper c. Casey* (*vid.* en M. SUMAMPOUW, *op. cit.*, p. 157) entendió que los episodios de violencia doméstica entre la pareja, en principio, no impiden la restitución del menor al Estado de origen. *Vid.* la controversia sobre estas cuestiones en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Nota al Auto de la Aud. Prov. de Baleares (Sección 4.ª) de 23 de abril de 2003...», *loc. cit.*); M. H. WEINER («International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence», *Fordham L. Rev.*, vol. 69,

salud del menor es mejor el clima de Lanzarote que el de Alemania (Estado de la residencia habitual anterior)<sup>37</sup>. Tampoco invocar, para denegar el retorno, que la decisión previa sobre la custodia en el Estado de origen no se ha dictado sobre la base del interés del menor<sup>38</sup>. Asimismo, una interpretación estricta conllevará la denegación del retorno únicamente en aquellos casos en los que el hecho mismo de la restitución del menor lo exponga a un peligro de riesgo físico o psíquico, como podría producirse si en el Estado de la residencia habitual existiese una situación de guerra, enfermedades, etc. o existiese una incapacidad manifiesta por parte de las autoridades de la anterior residencia habitual de dar una adecuada protección al menor<sup>39</sup>.

No obstante, del análisis de estos motivos de denegación de la restitución se deduce que resulta especialmente problemático decidir sobre la (no) restitución sin entrar a valorar circunstancias que deberían ubicarse más bien en el fondo de la custodia, a pesar de la tajante delimitación que el CH 1980 pretende trazar entre ambas cuestiones. La valoración que se haya realizado para decidir la no restitución no ha sido «aséptica», necesariamente ha tenido que partir de la misma realidad que luego va a considerarse en el proceso sobre el fondo, aunque tenga una capacidad de análisis limitada sobre ella. Resultaría conveniente, por ello, que se tuvieran en cuenta los motivos del proceso de restitución en el ulterior proceso sobre el fondo, tal y como aparece recogido en el art. 42.2.c) del Reglamento (CE) 2201/2003<sup>40</sup>. Véase, por ejemplo, que una circunstancia como la integración del menor en el Estado de la sustracción es un motivo de no res-

---

2000-2001, pp. 593 y ss.) y C. S. BRUCH («The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases», en H. FULCHIRON (ed.), *op. cit.*, pp. 225 y ss.).

<sup>37</sup> *Vid.* la Sent. del Juzgado de 1.ª Instancia de Las Palmas de Gran Canaria de 27 de noviembre de 1999, citada por C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Internacional Child...», *loc. cit.*, p. 337.

<sup>38</sup> ¿Qué ocurriría con las *chasing orders* anglosajonas? *Vid. infra* núm. 78. *Vid.* la decisión adoptada por el Tribunal de *Relação* de Oporto de 29 de mayo de 1990 (M. SUMAMPOUW, *op. cit.*, p. 135); se deniega la restitución a EEUU por considerar que la decisión dictada por los tribunales de EEUU el 20 de febrero de 1989 (que había atribuido la custodia al padre) podría originar una situación intolerable para el menor; los argumentos no son una indefensión de la madre en el proceso de origen (a pesar de que se realizó en rebeldía), sino las buenas circunstancias en las que vive el niño en Portugal, el desconocimiento de la situación actual del padre y de la razón que ha determinado la decisión definitiva del tribunal americano de modificar en menos de un año el titular del derecho de guarda (!).

<sup>39</sup> *Vid.* en este sentido la interpretación sostenida en el Asunto *Friedrich v. Friedrich* por P. R. BEAUMONT y P. E. MCELEAVY (*op. cit.*, pp. 141-142). La situación de Israel ha motivado decisiones contrapuestas en la jurisprudencia comparada. Por ejemplo, la Decisión de la *Full Court of the Family Court* de Australia de 27 de mayo de 2002 ([www.incadat.com](http://www.incadat.com), HC/E/AU 458) deniega la restitución de los menores a Israel por la situación política del país. En la jurisprudencia española, la situación de este Estado no se ha planteado como generadora de riesgo en el sentido del art. 13.1.b) CH 1980 (*vid.* la decisión sobre la restitución a Israel del Auto de la Aud. Prov. de Oviedo de 17 de enero de 2007, inédita).

<sup>40</sup> *Vid. infra* núm. 154.

titudin (art. 12.II CH 1980), pero también resultará esencial a la hora de redefinir la situación futura del menor<sup>41</sup>.

10. En el fondo, bajo la distinción entre restitución y proceso sobre la custodia subyace una confianza en el sistema (de Derecho procesal y material) del Estado de la residencia habitual para otorgar una adecuada protección a los menores. Estamos, por tanto, ante la pauta general de los «casos fáciles»<sup>42</sup>. El problema se encuentra en los denominados «casos difíciles», en los que, a partir del supuesto concreto, debe valorarse el rechazo al retorno del menor entrando en cuestiones que, en muchos casos, están próximas al derecho de custodia. A todo ello nos referiremos más adelante<sup>43</sup>, analizando los diferentes motivos en los que resulta difícil permanecer totalmente ajenos al fondo y la, inevitable, interrelación entre las decisiones dictadas sobre la custodia y la restitución.

Dado el carácter limitado que tiene el procedimiento sobre la restitución del menor, éste no podría convertirse en un obstáculo para impedir el reconocimiento de una decisión sobre el fondo que dictaran los tribunales de otro Estado<sup>44</sup>. Por ello, un Auto dictado en el marco del CH 1980 no puede oponerse para denegar el reconocimiento de una decisión extranjera sobre el fondo cuyo reconocimiento conllevarse el retorno del menor a su Estado de origen; del mismo modo, la existencia de una decisión previa de los tribunales españoles que hubiera acordado la restitución del menor a su Estado de origen tampoco impediría el reconocimiento de una sentencia extranjera que concediera la custodia al progenitor secuestrador<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> El propio carácter difuso entre el procedimiento de restitución y el fondo de la custodia también es perceptible en el cuestionario enviado a los nuevos Estados adherentes del CH 1980, en el que se plantean cuestiones de Derecho material que, inicialmente, sólo deberían incidir en el tema de la custodia. *Vid.* el Documento de Conclusiones y Recomendaciones de la 4.<sup>a</sup> Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del CH 1980, [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>42</sup> La contraposición «casos fáciles»/«casos difíciles» la tomamos de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles», *Cooperación jurídica internacional, Colección Escuela Diplomática*, núm. 5, Madrid, 2001, pp. 125 y ss., esp. pp. 131 y ss. Dentro del grupo de «casos fáciles» se encuentran aquellas sustracciones a nuestro país por parte de extranjeros con vinculación turística con nuestro territorio. En estos casos, parece lógico que conozcan los tribunales del Estado de origen, verdadera residencia habitual tanto del menor como del secuestrador (cfr. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Internacional Child...», *loc. cit.*, p. 328).

<sup>43</sup> *Vid. infra* núms. 73 y ss.

<sup>44</sup> Sobre esta cuestión *vid. infra* núms. 92 y ss.

<sup>45</sup> Sobre este supuesto *vid.* el Auto TS de 11 de diciembre de 2001 ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), JUR 2002\23843). *Vid. infra* núm. 94.