

# EL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES: SOLUCIONES ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS\*

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 10.01.2011 / Aceptado: 25.01.2011

**Resumen:** El presente trabajo estudia el secuestro internacional de menores en el ámbito del Convenio hispano-marroquí de 1997. El Convenio trata de garantizar la rápida restitución de los menores que han sido ilegalmente desplazados. Como regla general, el Estado requerido debe ordenar el retorno del menor. Sin embargo, tal Estado no está obligado a ordenar tal retorno en cuatro casos, dependiendo del período de tiempo transcurrido desde la fecha del desplazamiento.

**Palabras clave:** secuestro internacional de menores, Convenio hispano-marroquí de 1997, Convenio de La Haya de 1980, restitución del menor.

**Abstract:** This study deals with cases of international child abduction in the field of the 1997 Agreement between Spain and Morocco. The Agreement tries to secure the prompt return of children wrongfully removed. As a general rule, the requested State shall order the return of the child. Nevertheless, the requested State is not bound to order that return in four cases, depending on the period elapsed from the date of the wrongful removal.

**Key words:** international child abduction, 1997 Agreement between Spain and Morocco, 1980 Hague Convention, return of the child.

**Sumario:** I. Introducción. II. Ámbito de aplicación. 1. Introducción. 2. Concepto de menor. 3. Concepto de desplazamiento ilegal. A) Infracción de un derecho de custodia atribuido por resolución judicial. B) Infracción de un derecho de custodia atribuido por el Derecho del Estado de la nacionalidad del menor. C) Infracción de un acuerdo entre las partes. III. Procedimiento de restitución. 1. Plazo inferior a seis meses. 2. Plazo superior a seis meses. IV. La STEDH de 22 diciembre 2009. V. Valoración de la adhesión de Marruecos al Convenio de la Haya de 1980.

## I. Introducción

1. Una de las causas del secuestro internacional de menores que ha sido tradicionalmente apuntada por la doctrina es la quiebra de un matrimonio mixto, cuyos miembros tienen por lo tanto una nacionalidad y cultura distinta<sup>1</sup>.

2. Para hacer frente a los supuestos de secuestro internacional de menores cuando son España y Marruecos los Estados implicados, se elaboró el *Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia*

---

\* Texto de la comunicación presentada en el I Congreso Internacional de Derecho Islámico e Interculturalidad, celebrado en la Universidad de Zaragoza los días 23 y 24 de septiembre de 2010.

<sup>1</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 292.

de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (en adelante, Convenio hispano-marroquí)<sup>2</sup>.

El Convenio hispano-marroquí fue elaborado con base en la necesidad de proteger el interés del menor y constituyó un refuerzo de las relaciones de cooperación entre España y Marruecos<sup>3</sup>. Al respecto, ya en el Preámbulo se indica que se pretende «reforzar las relaciones de cooperación entre ambos Estados, con la finalidad de asegurar una mejor protección de los menores». El mencionado texto se inspira a su vez en el *Convenio europeo relativo al reconocimiento y 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* (en adelante, Convenio de Luxemburgo de 1980) y en el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980* (en adelante, Convenio de La Haya de 1980)<sup>4</sup>.

3. En este sentido, ya el art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 disponía que «1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes»<sup>5</sup>.

4. En el art. 1 del Convenio hispano-marroquí se observa que el mismo tiene por objeto: a) garantizar la devolución de los menores que han sido víctimas de una sustracción; b) hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita; c) favorecer el libre ejercicio del derecho de visita<sup>6</sup>.

5. De los aspectos mencionados, nuestro estudio se centra en el análisis del mecanismo de *devolución inmediata* de los menores que han sido objeto de un traslado o retención ilícitos, regulado fundamentalmente en los arts. 7 a 10 del Convenio hispano-marroquí. Así, por lo que respecta a la materia objeto de nuestro estudio, en el art. 1.a) se señala que el Convenio persigue «Garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes»<sup>7</sup>.

Como es habitual en los instrumentos que luchan contra el secuestro internacional de menores, se señala en el Convenio hispano-marroquí que la restitución del mismo no prejuzga la atribución del derecho de custodia (art. 10.2 Convenio hispano-marroquí de 1997). También se contempla la obliga-

<sup>2</sup> BOE núm. 150, de 24 junio 1997, pp. 19348 y ss. Sobre el Convenio hispano-marroquí de 1997, vid., entre otros, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, pp. 312-313; R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, pp. 293-295; J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, pp. 217-227; M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, pp. 145-172; M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 347-356; M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, pp. 493-521.

<sup>3</sup> Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 349; M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, p. 146; J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 218; M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, p. 146.

<sup>4</sup> Respectivamente, BOE núm. 210, de 1 septiembre 1984; y BOE núm. 202, de 24 agosto 1987, pp. 26099; rect. BOE núm. 155, de 30 junio 1989; BOE núm. 21, de 24 enero 1996, p. 2144. Vid. S. GARCÍA CANO, «Globalización, multiculturalismo y protección internacional del menor (Evolución y futuro de los instrumentos internacionales relativos a la protección del menor)», en M. D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, p. 22.

<sup>5</sup> Ratificada por Instrumento de 30 noviembre 1990, BOE núm. 313, de 31 diciembre 1990, pp. 38897 y ss. Vid. J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 217.

<sup>6</sup> Sobre estos aspectos, vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, pp. 497-498.

<sup>7</sup> Con respecto al tratamiento penal de la obstaculización del ejercicio del derecho de visita, con base en amenazas de traslado ilícito de un menor a Marruecos, vid. SAP Murcia (Sección 5ª) 20 mayo 2008, JUR/2009/96238.

ción de los tribunales del Estado requerido de resolver sobre la solicitud de devolución inmediata con prioridad sobre cualquier otra solicitud referida al menor (art. 10.3 Convenio hispano-marroquí).

6. A lo largo de nuestro análisis compararemos además el Convenio hispano-marroquí con el Convenio de Luxemburgo de 1980 y, en especial, con el Convenio de La Haya de 1980, dada la reciente adhesión de Marruecos al mismo<sup>8</sup>. Con respecto a la adhesión de Marruecos al Convenio de La Haya de 1980, ya en su momento apuntó la doctrina que, en lugar de elaborar convenios bilaterales, sería más adecuado que Marruecos ratificase aquél<sup>9</sup>.

7. En esta línea, en la Declaración de la Tercera Conferencia de Malta, celebrada en marzo de 2009, se señaló que, dados los beneficios de un marco legal común de solución para los litigios relativos a la custodia y contacto entre menores, así como para la protección de los mismos en situación de riesgo en casos internacionales, los participantes recomendaban que los Estados entrasen a formar parte de la Convención de La Haya de 1996 y de la Convención de La Haya de 1980<sup>10</sup>.

8. La circunstancia de que Marruecos no fuera Estado parte del Convenio de La Haya de 1980 fue tomada en cuenta por los tribunales españoles en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 6 de octubre 2006<sup>11</sup>.

En el marco de un proceso de divorcio, la Audiencia consideró que no debía concederse una autorización de salida de la hija del territorio nacional ante la amenaza de sustracción, señalando que «no basta con la prohibición de salida del territorio nacional de la hija habida cuenta que no consta que Marruecos tenga suscrito el Convenio Internacional de la Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores. A juicio de este Tribunal dadas las características del control fronterizo y su permeabilidad hacia Europa, donde también existen familiares de..., es necesario al menos un protocolo preordenado de actuación, conjugado con la autoridad policial, y especialmente previsto para evitar el caso en que el padre desapareciera con su hija, que garantizara el máximo de eficacia»<sup>12</sup>.

En el caso en cuestión, se consideró que era insuficiente la simple prohibición de que el progenitor –de origen marroquí, que había adquirido la nacionalidad española por residencia y que tenía familia en Marruecos–, pudiera sacar a la hija del país sin autorización judicial, ya que podría no resultar eficaz. Así, se consideró preciso comunicar tal circunstancia a las autoridades policiales para que impidieran que el padre expidiera pasaporte para la hija, que provisionalmente se lo retirasen en caso de tenerlo ya, y que evitasen su salida sin la mencionada autorización<sup>13</sup>.

9. La existencia de un Convenio bilateral entre España y Marruecos fue valorada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 10 marzo 2003<sup>14</sup>. Se trataba de un caso de separación de un matrimonio compuesto por un varón de nacionalidad marroquí con residencia habitual en España, y una mujer de nacionalidad española.

En primera instancia, entre otras medidas, se prohibió la salida de España de la hija común.

La Audiencia Provincial consideró que dicha medida suponía una severa limitación al derecho de la menor a relacionarse con el entorno familiar del padre, dadas las dificultades legales y económicas

<sup>8</sup> Fecha de la adhesión: 9 marzo 2010. Vid. [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.status&cid=24](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=24)

<sup>9</sup> Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 496. La doctrina señalaba así que el Convenio hispano-marroquí tenía una evidente importancia práctica al no haber ratificado Marruecos los convenios multilaterales en materia de secuestro internacional de menores (vid. J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 218).

<sup>10</sup> Apartado tercero, Declaración de la Tercera Conferencia de Malta, marzo 2009, vid. [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=events.details&year=2009&varevent=161](http://www.hcch.net/index_es.php?act=events.details&year=2009&varevent=161). Vid. H. VAN LOON, «The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, CDT, vol. 2, núm. 1 (marzo 2010), p. 266.

<sup>11</sup> SAP Cádiz (Sección 5ª) de 6 octubre 2006 (*JUR*\2007\123741).

<sup>12</sup> *Ibidem*, Fundamento Jurídico Primero.

<sup>13</sup> *Ibidem*, Fundamento Jurídico Primero.

<sup>14</sup> SAP Málaga (Sección 7ª) de 10 marzo 2003 (*JUR*\2003\209618).

con las que dichos familiares se encontraban para entrar en España. Se consideró, además, que no existía indicio o sospecha de que la salida a Marruecos fuera a ser empleada para llevar a cabo una sustracción de la menor, añadiendo a ello que, desde el punto de vista legal, los progenitores compartían la custodia y «el reconocimiento y ejecución de los derechos de custodia, visita y devolución de menores entre España y Marruecos, tiene expresa previsión legal en el Convenio suscrito por ambos países y publicado en el BOE de 24 de junio de 1997»<sup>15</sup>.

## II. Ámbito de aplicación

### 1. Introducción

**10.** El Convenio de aplica, desde un punto de vista material, a los casos de desplazamiento o retención ilícita de un menor siempre que sean España y Marruecos los Estados implicados.

Como veremos, el art. 1, apartado 1 del Convenio, se refiere a la devolución de los menores «desplazados o retenidos, ilegalmente...». Aunque el resto de sus preceptos sólo hacen alusión expresa a los «desplazamientos», cabe entender que se encuentran incluidos en su ámbito de aplicación las retenciones ilícitas, como indica su art. 1.1<sup>16</sup>.

El Convenio resulta aplicable en caso de que el desplazamiento del menor haya tenido lugar con posterioridad a la entrada en vigor del mismo (art. 21 Convenio hispano-marroquí). En caso de que el desplazamiento mencionado se hubiera producido con carácter previo a su entrada en vigor, la norma remite a la concertación en el marco de una Comisión consultiva en materia civil (arts. 21.2 y 5 Convenio hispano-marroquí).

### 2. Concepto de menor

**11.** Se entiende por «menor» aquél que reúne, cumulativamente, tres condiciones: a) edad inferior a los dieciséis años; b) no encontrarse emancipado; c) ser nacional de España o de Marruecos (art. 2 Convenio hispano-marroquí).

**12.** Por lo que respecta a la edad, el Convenio mantiene la misma solución que el Convenio de la Haya de 1980 (art. 4) y el Convenio de Luxemburgo de 1980 (art. 1)<sup>17</sup>.

**13.** Incorpora en cambio el requisito de no encontrarse emancipado el menor, aspecto sobre el que parte de la doctrina ha apuntado que, si bien la mencionada exclusión puede encontrarse jus-

<sup>15</sup> *Ibidem*, Fundamento Jurídico Primero.

<sup>16</sup> M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ apunta que, si bien se entiende incluida en el ámbito de aplicación del Convenio, no habría estado de más una referencia explícita a los casos de retención ilícita (Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 501).

<sup>17</sup> Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 350; M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 502. Art. 1 Convenio de La Haya de 1980: «El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años». Art. 1 Convenio de Luxemburgo de 1980: «A los efectos del presente Convenio se entenderá: a) Por «menor»: Una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido».

Vid., entre otros, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 297; A. DURÁN AYA-GO, «La fragilidad del estatuto personal en la protección de menores y adultos», en A. L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, p. 327; P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989, pp. 135-138; M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial», en A. L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, p. 733.

tificada cuando se trata de adoptar medidas de protección con respecto a los bienes del mismo, no lo estaría cuando lo necesario es adoptar medidas de protección de su persona<sup>18</sup>. Así, con base en el fin del Convenio hispano-marroquí de proteger el interés del menor, se ha afirmado que la exclusión de los menores emancipados debe interpretarse restrictivamente<sup>19</sup>. Dados los problemas que puede plantear la interpretación del concepto en cuestión, se ha apuntado que otra opción habría sido, en la línea del Convenio de La Haya de 1980, sustituir la exclusión de los menores emancipados por una referencia a la necesidad de tener en cuenta la opinión del menor cuando su edad y grado de madurez lo hicieran aconsejable<sup>20</sup>.

14. Por último, también se aparta del Convenio de la Haya de 1980 y del Convenio de Luxemburgo de 1980, al contemplar el requisito de la nacionalidad para su aplicación, aspecto carente de relevancia en los textos mencionados<sup>21</sup>. Así, se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del Convenio los supuestos relativos a menores nacionales de Estados que no sean España ni Marruecos<sup>22</sup>. Por lo tanto, si un menor que reside habitualmente en España es trasladado ilícitamente a Marruecos, no cabrá acudir al mecanismo del Convenio en caso de que la nacionalidad del menor no sea española ni marroquí<sup>23</sup>. Al respecto, se ha apuntado que, para lograr la protección del menor, se precisa la adopción de criterios flexibles<sup>24</sup>. Además, la nacionalidad también plantea problemas de interpretación en el caso de menores con doble nacionalidad<sup>25</sup>.

### 3. Concepto de desplazamiento ilegal

15. El tribunal competente del Estado requerido, como regla general, tiene que ordenar el retorno del menor al Estado requirente (arts. 7 y 8.1 Convenio hispano-marroquí) en caso de que su desplazamiento de un Estado a otro haya sido ilegal. Se distinguen tres casos de *desplazamiento ilegal*:

#### A) Infracción de un derecho de custodia atribuido por resolución judicial

16. El desplazamiento se produce infringiendo —«haciendo caso omiso», en los términos del Convenio— una resolución judicial fruto de un procedimiento contradictorio y que tiene carácter ejecutivo en el Estado requirente. Se trata, por lo tanto, del supuesto en que existe una resolución judicial en el Estado requirente con anterioridad al traslado del menor, resolución que es vulnerada al llevar a cabo el desplazamiento del mismo. Del tenor literal del precepto se desprende que no cabe entender incluido en el mismo el supuesto en que la resolución infringida es una resolución administrativa<sup>26</sup>. En cambio,

<sup>18</sup> Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 350. Sobre la emancipación en Derecho Internacional Privado español, vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Persona física», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 37.

<sup>19</sup> Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 350.

<sup>20</sup> Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 502.

<sup>21</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 297; E. PÍAS GARCÍA, «Funcionamiento de la autoridad central española en la aplicación de los convenios relativos a la sustracción internacional de menores», en M. D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, p. 80; M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 350-351; M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 502.

<sup>22</sup> Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 351.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 351.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 351.

<sup>25</sup> Vid., entre otros, M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, p. 148.

<sup>26</sup> Vid., M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L.

el Convenio de La Haya de 1980, cuando define el concepto de traslado o retención ilícitos, se señala que el derecho de custodia vulnerado puede resultar, entre otras opciones, de una decisión judicial o administrativa (art. 3 Convenio de la Haya de 1980)<sup>27</sup>. Por su parte, el Convenio de Luxemburgo de 1980 se refiere al traslado que infringe una resolución, sin concretar que deba ser judicial (art. 1.d) y art. 12). A pesar del tenor literal del Convenio hispano-marroquí, consideramos que deberían entenderse cubiertos por este supuesto de desplazamiento ilícito, tanto los casos de resoluciones judiciales como administrativas.

Cabría apreciar además un carácter en exceso restrictivo con respecto a su ámbito de aplicación por lo que se refiere a la exigencia, para considerar el traslado ilícito, de que se haya infringido una resolución judicial fruto de un procedimiento contradictorio y con carácter ejecutivo. Si se atiende al tenor literal del Convenio hispano-marroquí, no cabría incluir, en el concepto de desplazamiento ilegal, los supuestos en que dicha ilegalidad viene determinada por una resolución judicial con posterioridad al traslado –a salvo de los casos, como veremos, en que el derecho de custodia infringido viene atribuido por el Derecho del Estado de la nacionalidad, o por un acuerdo de las partes refrendado por los tribunales de uno de los Estados contratantes–<sup>28</sup>. Por ello, parte de la doctrina considera que debería haberse contemplado el supuesto de la resolución posterior al traslado<sup>29</sup>. Así, por ejemplo, en el ámbito del Convenio de Luxemburgo de 1980, cuando el art. 1.d) se refiere al concepto de «traslado ilícito», contempla también el que «ulteriormente se declare ilícito en el sentido del artículo 12», precepto este último que se refiere a los casos en que, en la fecha del traslado no existe resolución, sino que ésta se dicta posteriormente<sup>30</sup>. No obstante, debemos tener presente la interpretación que se sostiene del Convenio de La Haya de 1980 que, en su art. 3, dispone que el traslado o retención se consideran ilícitos: «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 el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención..., El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado». La doctrina apunta que el Convenio de La Haya de 1980 resulta aplicable tanto a las sustracciones que se producen con posterioridad a una decisión judicial de atribución de la custodia, como a los producidos antes de dictarse la misma<sup>31</sup>. Consideramos que la misma interpretación debe realizarse del Convenio hispano-marroquí y, por lo tanto, dicha norma debe aplicarse también cuando la resolución judicial fruto de un procedimiento contradictorio y que tiene carácter ejecutivo en el Estado requirente, se ha dictado con posterioridad al traslado del menor.

**17.** Junto a los requisitos exigidos a la resolución judicial, también contempla el Convenio condiciones adicionales relativas al menor y a sus progenitores (art. 7.1.a) Convenio hispano-marroquí):

- a) Con respecto al menor, se exige que, en el momento de presentarse la solicitud de devolución, tuviera su residencia habitual en el Estado requirente.
- b) Con respecto al menor y a sus progenitores, es preciso que, en el momento del desplazamiento, fueran únicamente nacionales del Estado requirente.

---

CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 353.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 352-353.

<sup>28</sup> Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 499.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 501.

<sup>30</sup> Art. 12 Convenio de Luxemburgo de 1980: «Cuando en la fecha en la que se traslade al menor a través de una frontera internacional, no exista resolución ejecutoria dictada en un Estado contratante, en cuanto a su custodia lo dispuesto en el presente Convenio se aplicará a cualquier resolución ulterior, que se refiera a la custodia de dicho menor y que declare ilícito dicho traslado, dictado en un Estado contratante a petición de cualquier persona interesada».

<sup>31</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, pp. 298-299.

Se ha criticado que estas condiciones suponen un importante límite a la hora de incluir un supuesto en el ámbito de aplicación del Convenio<sup>32</sup>.

**18.** En este supuesto de devolución inmediata se observa cierta similitud con el Convenio de Luxemburgo de 1980, en el que nos encontramos ante un caso de «internacionalización ficticia»<sup>33</sup>. Como, tanto los progenitores como el menor tenían la nacionalidad del Estado requirente y el menor residía habitualmente en tal Estado, es el traslado del menor el que introduce en la situación que al mismo se refiere el componente internacional.

Al respecto se ha apuntado que la exigencia de las condiciones expuestas suscita problemas de interpretación en el ámbito del Convenio hispano-marroquí, dado que cabe cuestionar si las mencionadas condiciones han de darse cumulativamente<sup>34</sup>. Con base en la similitud de las mismas con los mencionados casos de «internacionalización ficticia» y en tenor literal del Convenio hispano-marroquí, cabría sostener una aplicación cumulativa de ambas condiciones.

Cabe puntualizar, no obstante, que se observa una importante diferencia entre ambos textos, ya que el supuesto de «internacionalización ficticia» se contempla en el Convenio de Luxemburgo de 1980 como un caso de restitución inmediata –sin que quepa alegar motivos para su denegación–<sup>35</sup>. Por ello, nos parece que, emplearlo en el ámbito del Convenio hispano-marroquí como definición del desplazamiento ilícito –y, como veremos, siendo posible alegar motivos de denegación a pesar de concurrir todas las condiciones expuestas–, nos parece que restringe excesivamente su ámbito de aplicación. Así, consideramos que, para considerar que el desplazamiento es ilícito en virtud del art. 7.1.a) del Convenio hispano-marroquí de 1997, no deberían haberse exigido tales condiciones.

**19.** Con respecto a la condición expuesta en la letra a), consideramos que la residencia habitual del menor en el Estado requirente no debería referirse al momento en que se presenta la solicitud de devolución, sino a la fecha del traslado<sup>36</sup>. Tal como se encuentra redactado el Convenio, si se aprecia que el menor reside habitualmente en el Estado requerido en el momento de solicitarse la devolución, se considera que el desplazamiento del mismo no ha sido ilegal.

**20.** Por lo que se refiere a la condición expuesta en la letra b), de nuevo se aprecia el carácter restrictivo del Convenio, ya que no cubre, por ejemplo, los supuestos de distinta nacionalidad –uno español y otro marroquí–, ni los casos de doble nacionalidad<sup>37</sup>.

## **B) Infracción de un derecho de custodia atribuido por el Derecho del Estado de la nacionalidad del menor**

**21.** El desplazamiento infringe un derecho de custodia que el Derecho del Estado de la nacionalidad del menor atribuye en exclusiva a uno de los progenitores (art. 7.1.b) Convenio hispano-marroquí de 1997).

<sup>32</sup> Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 353.

<sup>33</sup> BOE núm. 210, de 1 septiembre 1984. Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 294.

<sup>34</sup> Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, pp. 498-499.

<sup>35</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 294.

<sup>36</sup> Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 499. De hecho, en el art. 15.4 del Convenio hispano-marroquí, al referirse a la documentación a presentar para apoyar la solicitud de devolución inmediata, se alude a «Cualquier documento que pueda demostrar que el menor tenía su residencia habitual en el territorio del Estado requirente, en el momento del desplazamiento ilegal».

<sup>37</sup> Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 499; M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, p. 163.

### C) Infracción de un acuerdo entre las partes

22. El desplazamiento infringe un acuerdo entre las partes que ha sido homologado –refrendado– por los tribunales españoles o marroquíes (art. 7.1.c) Convenio hispano-marroquí)<sup>38</sup>.

23. No exige expresamente el Convenio un ejercicio efectivo del derecho de custodia vulnerado por el desplazamiento<sup>39</sup>. No obstante, en la línea de otros instrumentos convencionales en materia de sustracción de menores, consideramos que deber ser así interpretado.

### III. Procedimiento de restitución

24. El Convenio distingue, a la hora de valorar si procede el retorno del menor al Estado requirente, según hayan transcurrido más o menos de seis meses entre el desplazamiento ilegal y la presentación de la solicitud de devolución<sup>40</sup>.

25. Según dispone el art. 14.1 del Convenio hispano-marroquí, el Estado requerido debe emplear un procedimiento «sencillo y rápido»<sup>41</sup>.

#### 1. Plazo inferior a seis meses

26. Cuando la solicitud de devolución ha sido presentada no habiendo transcurrido un plazo de seis meses desde el desplazamiento ilegal del menor, el art. 8.2 del Convenio hispano-marroquí establece dos casos en los que no es obligatorio ordenar el retorno del menor.

27. a) Tratándose de un menor que ostenta únicamente la nacionalidad del Estado requerido, la Ley interna de tal Estado atribuye en exclusiva la patria potestad al progenitor que ha protagonizado el desplazamiento del menor (art. 8.2a) Convenio hispano-marroquí).

28. b) En el Estado requerido existe una resolución ejecutiva relativa al derecho de custodia, anterior al desplazamiento (art. 8.2.b) Convenio hispano-marroquí).

29. Con respecto al motivo de la letra b), a diferencia del art. 7 del Convenio hispano-marroquí, se observa que éste alude a que ha sido infringida una resolución judicial del Estado requirente, el Derecho, o un acuerdo de las partes; circunstancias «existentes» con anterioridad al desplazamiento del menor. En cambio, en el ámbito del art. 8b) del Convenio, la resolución que existe con anterioridad al desplazamiento del menor es la del Estado requerido. La doctrina ha apuntado que este segundo motivo de denegación resulta coherente si tenemos en cuenta que el Convenio contempla mecanismos para lograr que se dé efectos a las resoluciones en materia de derecho de custodia dictadas por uno de los Estados contratantes en el otro Estado contratante<sup>42</sup>.

Parte de la doctrina ha apuntado al respecto que el motivo de denegación del art. 8.2 b) del Convenio hispano-marroquí se opone a la previsión del art. 17 del Convenio de La Haya de 1980 ya que, mientras la mencionada resolución constituye un motivo de denegación del retorno en el ámbito del

<sup>38</sup> M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ señala que el precepto no alude a que el acuerdo sea conforme al Derecho de uno de los Estados contratantes, sino que sólo se exige que sea refrendado por los tribunales de uno de los Estados parte (vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 499).

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 500-501.

<sup>40</sup> Con respecto a la solicitud de devolución inmediata, vid. el art. 15 del Convenio hispano-marroquí de 1997.

<sup>41</sup> Vid. arts. 1901 y ss. LEC 1881.

<sup>42</sup> Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial», en A. L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ, *El Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, p. 734.



Convenio hispano-marroquí, para el Convenio de La Haya de 1980 no puede basarse la denegación de la restitución en el sólo hecho de la existencia de la resolución, si bien cabe tener en cuenta los motivos de la misma<sup>43</sup>.

**30.** Un sector doctrinal ha criticado que no parece que la previsión del art. 8.2 del Convenio hispano-marroquí se encuentre presidida por la finalidad de proteger el interés del menor, que sí se observa en cambio en el art. 9, al que nos referiremos a continuación<sup>44</sup>.

**31.** Por lo que respecta al plazo que determina el juego de más o menos motivos de denegación del retorno —seis meses—, se observa la similitud entre el Convenio hispano-marroquí y el Convenio de Luxemburgo de 1980.

## 2. Plazo superior a seis meses

**32.** En caso de que hayan transcurrido más de seis meses entre el desplazamiento del menor y la solicitud de devolución, el Convenio contempla dos motivos de denegación en su art. 9: a) Integración del menor en su nuevo entorno; y b) Exposición del menor a un peligro físico, psíquico o a una situación intolerable.

**33.** Superado el plazo de seis meses, no sólo cabe denegar el retorno del menor con base en los motivos del art. 9 que acabamos de mencionar, sino también en virtud de los ya comentados del art. 8 Convenio hispano-marroquí<sup>45</sup>. Consideramos que ello se desprende del tenor literal del art. 9 del Convenio hispano-marroquí, dado que dispone que «Cuando se presente la solicitud de devolución después de transcurrido un plazo de seis meses, la Autoridad judicial ordenará la devolución del menor, en las mismas condiciones, a menos que quede demostrado que el menor se ha integrado en su nuevo entorno o que su devolución le puede exponer a algún peligro físico o psíquico o a una situación intolerable». Como la devolución será ordenada «en las mismas condiciones», cabe entender que se refiere a las condiciones del art. 8 y, entre ellas, tal precepto contempla las ya mencionadas de las letras a) y b) de su apartado 2. Además, tal interpretación resulta acorde con el Convenio de Luxemburgo de 1980 y el Convenio de La Haya de 1980 en los que, en caso de que la solicitud de retorno haya sido presentada una vez transcurrido el plazo que usan como referencia —seis meses y un año, respectivamente—, se contemplan motivos de denegación del retorno que se añaden a los previstos para los casos en que tal plazo no ha sido superado<sup>46</sup>.

**34.** Para valorar si procede denegar el retorno del menor, el art. 9 establece que el tribunal del Estado requerido debe tener en cuenta el interés del menor, sin ninguna otra restricción derivada de su Derecho interno, así como la información proporcionada por las autoridades del lugar de residencia anterior del menor, es decir, del Estado requirente (art. 9).

**35.** La doctrina ha subrayado el carácter subjetivo de los datos que están previstos específicamente para denegar el retorno en caso de haber transcurrido más de seis meses entre el traslado y la solicitud de devolución —es decir, la integración del menor en su nuevo entorno y la exposición del menor a un peligro físico, psíquico o a una situación intolerable—<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 510.

<sup>44</sup> Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL, *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 354.

<sup>45</sup> En este sentido, M. MONTÓN GARCÍA señala que las excepciones del art. 8 son «aducibles con independencia del momento en que se promoviera la solicitud de restitución ante la Autoridad Central; es decir, sería indiferente que ésta se promoviera habiendo o no transcurrido los seis meses desde que se produjo el desplazamiento del menor, dada la naturaleza esencialmente objetiva de las mismas» (vid. M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, p. 165).

<sup>46</sup> Vid. el art. 9 del Convenio de Luxemburgo de 1980 y el art. 12.2 del Convenio de La Haya de 1980.

<sup>47</sup> Vid. M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, p. 165.

**36.** No se contemplan en el Convenio hispano-marroquí otros motivos de denegación que sí existen en el Convenio de La Haya de 1980, como el hecho de que la custodia no fuera ejercida de hecho por quien la tenía atribuida, el consentimiento de dicho titular al traslado, la oposición del menor a la restitución, y la vulneración de los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales –excepción de orden público internacional– (arts. 13 y 20 Convenio de La Haya de 1980)<sup>48</sup>.

**37.** Con respecto a la opinión del menor, la doctrina ha apuntado que, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el menor debe ser oído cuando lo permitan sus condiciones de madurez<sup>49</sup>.

**38.** Parte de la doctrina ha planteado que la no inclusión de la excepción de orden público internacional puede resultar problemática<sup>50</sup>.

La doctrina ha apuntado al respecto que puede producirse un choque de culturas: por un lado, en un Estado islámico nos encontramos con el derecho del padre a que el menor sea educado en tal religión y, por otro, en el Estado no islámico, ante la libertad religiosa<sup>51</sup>. También se ha planteado este choque por la doctrina como choque entre «obligaciones jurídicas»: la del progenitor del país islámico y de los tribunales del mismo de asegurarse de que el menor es educado en la religión islámica; y la de los tribunales del país no islámico de proteger la libertad religiosa del menor<sup>52</sup>. Al respecto, como ha sido también puesto de manifiesto por la doctrina, desde que Estados como Egipto, Israel o Marruecos entraron a formar parte de la Conferencia de La Haya, se ha hecho necesario encontrar una vía para tomar en consideración la circunstancia de que tales Estados cuentan con Ordenamientos de base personal<sup>53</sup>.

**39.** En este sentido, en la Declaración de la Primera Conferencia Judicial de Malta, celebrada en marzo de 2004, se señala que en las medidas para garantizar el ejercicio eficaz del derecho de contacto e impedir su abuso deben emplearse «métodos apropiados de acuerdo con las tradiciones culturales, religiosas y jurídicas de las partes»<sup>54</sup>.

Al respecto, parte de la doctrina ha llamado la atención sobre el hecho de que, en el marco de la citada Conferencia, en la que participaron jueces de países occidentales y no occidentales, se observó que a menudo coincidían las soluciones de los mismos ante hipotéticos casos de sustracción de menores que se les plantearon<sup>55</sup>. Por ello, se considera que en los casos de secuestro internacional de menores y de relaciones entre padres e hijos, el sentido de justicia es más similar en lo que respecta a los derechos de los menores y sus familias de lo que cabría esperar<sup>56</sup>. En esta línea, se ha afirmado también que

<sup>48</sup> Vid. J. A. PÉREZ BEVIÁ, «El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Estatuto Personal y Multiculturalidad de la Familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 153-154; B. GÓMEZ BENGOCHEA, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Madrid, 2003, p. 63.

<sup>49</sup> Vid. J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 221.

<sup>50</sup> Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, pp. 294-295; J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 224.

<sup>51</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Secuestro internacional de menores y protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 5ª ed., Granada, 2004, pp. 330.

<sup>52</sup> Vid. B. GÓMEZ BENGOCHEA, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Madrid, 2003, p. 64.

<sup>53</sup> Vid. H. VAN LOON, «The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 1 (marzo 2010), p. 262.

<sup>54</sup> Apartado cuarto de la Declaración. El texto de la Declaración puede ser consultado en [http://www.hcch.net/upload/maltadecl\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/maltadecl_s.pdf)

<sup>55</sup> Vid. H. VAN LOON, «The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 1 (marzo 2010), p. 266.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 266.

las decisiones que las autoridades de un Estado competente hayan tomado en materia de derechos de custodia y derecho a mantener contacto «deben ser respetadas en los demás Estados, con reserva de las consideraciones fundamentales de orden público y teniendo en cuenta el interés superior del menor»<sup>57</sup>.

40. Por lo que se refiere a los motivos de denegación previstos específicamente para el caso de que hayan transcurrido más de seis meses entre el traslado y la solicitud de devolución, el Convenio hispano-marroquí acoge en cambio parcialmente los motivos de denegación del Convenio de La Haya de 1980. Con respecto al peligro físico, psíquico o situación intolerable, la diferencia se encuentra en que el Convenio hispano-marroquí exige que hayan transcurrido más de seis meses entre el traslado y la solicitud de devolución<sup>58</sup>. En cambio, en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, se permite alegar tal motivo con independencia del tiempo transcurrido. Por lo tanto, en un caso en que hubieran transcurrido menos de seis meses entre el traslado y la solicitud de devolución, el motivo de peligro podría permitir la denegación del retorno del menor en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, pero no según el Convenio hispano-marroquí. Así, el motivo de exposición del menor a un peligro físico, psíquico o situación intolerable, es de aplicación más restrictiva en el Convenio hispano-marroquí. La doctrina ha apuntado al respecto que no existe justificación para supeditar la alegación del peligro físico, psíquico o situación intolerable, a la condición de que hayan transcurrido más de seis meses entre el traslado ilícito y la solicitud de devolución<sup>59</sup>.

41. Por el contrario, el motivo de integración del menor en el nuevo medio puede ser aplicado con más frecuencia en el ámbito del Convenio hispano-marroquí que en el del Convenio de La Haya de 1980, ya que en el primero basta el transcurso de un plazo de seis meses entre el traslado ilícito y la solicitud de devolución.

#### IV. La STEDH de 22 diciembre 2009

42. El TEDH, en su Sentencia de 22 diciembre 2009, se pronunció sobre el caso de traslado ilícito de una menor a Marruecos por el padre de la misma<sup>60</sup>. Ante el TEDH, la madre de la menor alegó que habían sido infringidos los arts. 6, 8 y 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), dada la inactividad e ineficacia de la actuación de las autoridades españolas.

43. La menor era fruto de una relación entre una mujer de nacionalidad española y un varón de nacionalidad marroquí. Cuando dicha relación finalizó, la madre de la menor solicitó la adopción de medidas preventivas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, siendo ordenado el 15 de junio de 1996 que la Dirección General de la Guardia Civil adoptase las medidas precisas para evitar la salida de España de la menor.

En su Sentencia de 24 de febrero de 1997, el Juzgado de Primera Instancia atribuyó la custodia de la menor a la madre, la patria potestad a ambos progenitores, el derecho de visita al padre en presencia de la madre o de persona de su confianza; y se prohibió la salida de la menor de España sin autorización judicial. En la Sentencia se hizo constar el maltrato físico del padre a la madre, y que aquél había amenazado con sustraer a la menor. La petición de la madre de retirar el pasaporte a la menor fue rechazada.

<sup>57</sup> Apartado sexto de la Declaración. El texto de la Declaración puede ser consultada en [http://www.hcch.net/upload/maltadecl\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/maltadecl_s.pdf)

<sup>58</sup> Vid. J. A. PÉREZ BEVIÁ, «El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Estatuto Personal y Multiculturalidad de la Familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 153-154; B. GÓMEZ BENGOCHEA, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Madrid, 2003, p. 63.

<sup>59</sup> Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 511.

<sup>60</sup> STEDH (Sección 3ª) 22 diciembre 2009, caso *Tapia Gasca y D. contra España*, TEDH\2009\145.

El 20 de abril de 1997 la menor no fue devuelta a la madre tras el ejercicio del derecho de visita por el padre, por lo que la madre acudió esa noche a los tribunales para comunicar tal circunstancia. El 21 de abril de 1997, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza ordenó el registro del domicilio del padre, reiteró la prohibición de salida de España de la menor y se alertó a diversos puestos fronterizos y a INTERPOL.

Con fecha 1 de diciembre de 1999, el Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia atribuyendo íntegramente la patria potestad a la madre de la menor.

A continuación procede distinguir diversos procedimientos:

Por un lado, la Audiencia Nacional concedió a la madre, en su Sentencia de 17 enero 2001, una indemnización de unos 72.000 euros que debía serle pagada por el Ministerio del Interior, con base en la no ejecución en tiempo debido de la orden de cierre de fronteras. En la Sentencia se hacía constar que la orden se había trasladado en 1996 sólo al aeropuerto de Zaragoza. Se presuponía que la menor había salido por la frontera de Ceuta, donde la orden de retención fue registrada el 21 de abril de 1997, por lo que la menor podría haber salido sin dificultades.

Por otro, la madre inició acciones contra el padre de la menor y ciertos familiares del mismo por desobediencia a la autoridad judicial. Como consecuencia de las mismas, entre 1997 y 1999 se llevaron a cabo diversas actuaciones, como la expedición de órdenes de busca y captura contra el padre de la menor que fueron trasladadas a INTERPOL en Francia, Marruecos, Argelia, Noruega y Finlandia.

El 26 de junio de 1997, el Ministerio de Justicia español se dirigió a su homólogo marroquí, como Autoridad Central responsable de la aplicación del Convenio bilateral, solicitando la restitución inmediata de la menor. En Marruecos fueron reconocidas las resoluciones que atribuían la custodia de la menor a la madre, -en virtud del Convenio bilateral-, si bien no desplegaron efectos al no localizarse al padre y a la menor.

Con fecha 23 de junio de 1998, en Marruecos se dictó una Resolución en la que se accedía, en respuesta a la solicitud realizada en virtud del art. 7 del Convenio hispano-marroquí, a la restitución en cuanto se encontrara a la menor. Como la menor había nacido fuera del matrimonio, se consideraba que no tenía nacionalidad marroquí sino española exclusivamente, y que el sujeto que había protagonizado la sustracción no tenía derecho sobre la menor.

A continuación, siguieron llevándose a cabo actuaciones comunes entre España y Marruecos a través de la Comisión mixta hispano-marroquí a la que se refiere el Convenio bilateral.

En España se fueron sustanciando actuaciones en el marco de un procedimiento contra el padre por un presunto delito de desobediencia grave que fue sobreseído y reabierto en varias ocasiones.

Con fecha 26 de julio de 2000, se condenó en Marruecos a diversos sujetos por falsificación de un acta de matrimonio para modificar el apellido y filiación de la menor, y se intentó negociar con uno de sus familiares para reducir la pena de prisión a cambio del retorno de la menor.

En 2001, la madre presentó nuevas denuncias, siendo desarrolladas nuevas actuaciones sin éxito<sup>61</sup>.

En enero de 2003, con base en el nuevo delito de sustracción de menores del art. 225 bis del Código Penal, se entablaron nuevas acciones. Las investigaciones se dirigieron en esta ocasión a Bélgica, ya que, al parecer, una mujer belga de origen marroquí se habría alojado en Agadir con una menor no registrada. De nuevo, no se obtuvieron novedades sobre la menor.

La madre solicitó órdenes de detención internacional contra diversos familiares del padre, que fueron desestimadas. A continuación presentó quejas contra la actuación del Juez de Instrucción y contra la que consideraba inactividad del Ministerio Fiscal.

A continuación se desarrollaron una serie de actuaciones para interrogar a un hermano del padre de la menor residente en Finlandia. Ante la falta de pruebas de su implicación en la sustracción de la menor, se dictó auto de sobreseimiento definitivo.

Con respecto al padre de la menor, se dictó auto de sobreseimiento provisional en 2006, al encontrarse en paradero desconocido, si bien se mantuvo la orden de búsqueda internacional.

Interpuesto recurso de casación por la madre, con fecha 17 de mayo de 2007, el Tribunal Supremo lo declaró inadmisibile.

<sup>61</sup> En octubre de 2002, la madre solicitó que se comprobara si la menor había fallecido, para lo cual se envió una comisión rogatoria a los tribunales marroquíes, aspecto sobre el que no se aportó información en el procedimiento.

44. Ante el TEDH, la madre de la menor alegó que el Estado español había infringido, entre otros, el art. 8 CEDH.

Como punto de partida, el TEDH recuerda que el art. 8 CEDH tiene por objeto la protección del individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, generando obligaciones positivas que son inherentes al respeto efectivo de la vida familiar<sup>62</sup>. En el caso de los secuestros internacionales de menores, ello «comprende el derecho de un padre a las medidas adecuadas para reunirlo con su hijo y la obligación para las autoridades nacionales de adoptarlas»<sup>63</sup>.

45. En lo que respecta a las obligaciones positivas que impone el art. 8 CEDH en lo que se refiere a reunir a un progenitor con su hijo, el TEDH señala que debe interpretarse, como ha puesto de manifiesto en diversas sentencias, entre otros, a la luz de la Convención de 1989 y el Convenio de La Haya de 1980<sup>64</sup>. Señala el TEDH que, en casos como el planteado, es preciso actuar con rapidez, dadas las irremediables consecuencias que se pueden derivar para la relación entre el menor y el progenitor con el que no convive<sup>65</sup>.

46. La demandante considera que las autoridades españolas no actuaron de forma diligente en dos aspectos fundamentales: a) Medidas para evitar la sustracción ilícita de la menor; y b) Medidas para lograr la restitución de la menor.

47. El TEDH señala que las actuaciones de las autoridades españolas deben ser examinadas a la luz de la legislación interna e internacional<sup>66</sup>. Se precisa que, si bien Marruecos no era parte del Convenio de La Haya de 1980, en la línea de la Convención de 1989, que recomienda la conclusión o adhesión a acuerdos bilaterales o multilaterales para luchar contra las sustracciones de menores, existe el Convenio hispano-marroquí<sup>67</sup>.

#### a) Medidas para evitar la sustracción ilícita de la menor

48. El TEDH considera que hubo un traslado ilícito que se encuadra en el ámbito de aplicación del Convenio hispano-marroquí<sup>68</sup>.

Con respecto a las medidas tomadas por las autoridades españolas para evitar la sustracción de la menor, el TEDH admite que hubo falta de diligencia al no haber sido ejecutada en su debido tiempo la orden de cierre de fronteras del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza<sup>69</sup>. Como hemos comentado, la vigencia de la citada orden derivaba de la resolución del Juzgado de Primera Instancia de 15 de junio de 1996, en la que se adoptaban medidas cautelares, si bien no fue registrada en el puesto fronterizo de Ceuta hasta el 21 de abril de 1997<sup>70</sup>. No obstante, el TEDH precisa que la mencionada falta de diligencia fue reparada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de enero de 2001, al serle concedida a la demandante una indemnización, pronunciamiento que no fue por ella recurrido<sup>71</sup>.

b) Medidas para lograr la restitución del menor

<sup>62</sup> STEDH (Sección 3ª) 22 diciembre 2009, caso *Tapia Gasca y D. contra España*, TEDH\2009\145, apartado 88.

<sup>63</sup> *Ibidem*, apartado 89. Vid. al respecto *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía* (TEDH 2000, 14), núm. 31679/1996, TEDH 2000-I (apartado 94); *Iglesias Gil y A.U.I. c. España*, TEDH\2003\15 (apartado 49); *Bianchi c. Suiza*, Sentencia de 22 junio 2006, JUR 2006\176932, apartado 78.

<sup>64</sup> STEDH (Sección 3ª) 22 diciembre 2009, caso *Tapia Gasca y D. contra España*, TEDH\2009\145, apartado 90. Vid., entre otras, *Maire c. Portugal*, JUR\2004\73133, apartado 72; *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía* (TEDH 2000, 14), núm. 31679/1996, TEDH 2000-I, apartado 95; STEDH (Sección 4ª), 29 abril 2003, *Iglesias Gil y A.U.I. c. España*, TEDH\2003\15, apartado 51.

<sup>65</sup> STEDH (Sección 3ª) 22 diciembre 2009, caso *Tapia Gasca y D. contra España*, TEDH\2009\145, apartado 92. Vid., entre otras, *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía* (TEDH 2000, 14), núm. 31679/1996, TEDH 2000-I, apartado 102; *Maire c. Portugal*, JUR\2004\73133; STEDH (Sección 4ª), 29 abril 2003, *Iglesias Gil y A.U.I. c. España*, TEDH\2003\15.

<sup>66</sup> STEDH (Sección 3ª) 22 diciembre 2009, caso *Tapia Gasca y D. contra España*, TEDH\2009\145, apartado 95.

<sup>67</sup> *Ibidem*, apartado 95.

<sup>68</sup> *Ibidem*, apartado 97.

<sup>69</sup> *Ibidem*, apartado 101.

<sup>70</sup> *Ibidem*, apartado 101.

<sup>71</sup> *Ibidem*, apartado 102.

49. En virtud del Convenio hispano-marroquí, el TEDH recuerda que las autoridades de ambos Estados deben cooperar para garantizar el retorno inmediato de los menores<sup>72</sup>. Ello se traduce en la adopción de las medidas que sean precisas para localizar al menor que ha sido objeto de sustracción y garantizar que regrese con el progenitor que tiene atribuido el derecho de custodia<sup>73</sup>.

El TEDH repasa las diversas medidas adoptadas por las autoridades españolas y marroquíes<sup>74</sup>. En el primer caso, entre otras medidas a las que ya nos hemos referido, se hace alusión a las providencias dirigidas a la INTERPOL en diversos Estados, la orden de registro del domicilio del padre de la menor, y las actuaciones con motivo de la introducción del delito de sustracción de menores en el Código Penal español, la orden de detención del padre de la menor y los interrogatorios del tío de la misma. Por lo que se refiere a las autoridades marroquíes, cabe recordar la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Casablanca-Anfa de 23 de junio de 1998 que, en virtud del Convenio hispano-marroquí, ordenaba que la menor debía regresar con su madre<sup>75</sup>.

50. Si bien es cierto que la demandante solicitó además otras medidas que fueron rechazadas y que se dictaron diversos autos de sobreseimiento, el TEDH considera que tales decisiones estaban suficientemente motivadas<sup>76</sup>. Así que, aunque ni las actuaciones realizadas ni el resultado obtenido sea el deseado por la demandante, no cabe apreciar, según el TEDH, inactividad por parte de las autoridades<sup>77</sup>.

51. Por lo que respecta a las autoridades marroquíes, se recuerda que fue ordenado el retorno de la menor en virtud del Convenio hispano-marroquí y que se condenó a varios sujetos por falsificación documental<sup>78</sup>.

52. Así, el TEDH no apreció violación del art. 8 CEDH por parte de las autoridades<sup>79</sup>.

## V. Valoración de la adhesión de Marruecos al Convenio de la Haya de 1980

53. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, en gran parte de los casos en los que se ha solicitado la restitución de un menor en virtud del Convenio hispano-marroquí de 1997, no se ha conseguido localizar al menor<sup>80</sup>. En este sentido, en la Declaración de la Tercera Conferencia de Malta de marzo de 2009 se señala que cuando no se puede localizar a los menores, no son posibles medidas para garantizar o proteger sus intereses, por lo que es fundamental el papel de las autoridades a la hora de prestar asistencia para la pronta localización de los mismos<sup>81</sup>.

54. Además, con carácter general, la doctrina ha apuntado que los convenios bilaterales celebrados en esta materia entre países occidentales y Estados como Egipto, Argelia o Marruecos, han tenido

<sup>72</sup> *Ibidem*, apartado 103.

<sup>73</sup> *Ibidem*, apartado 103.

<sup>74</sup> *Ibidem*, apartado 105.

<sup>75</sup> *Ibidem*, apartado 105.

<sup>76</sup> *Ibidem*, apartados 106 y 107.

<sup>77</sup> *Ibidem*, apartado 107.

<sup>78</sup> *Ibidem*, apartado 109.

<sup>79</sup> *Ibidem*, apartado 110. Aunque también se alegó por la demandante la violación de los arts. 6 y 13 CEDH, el TEDH consideró que no se planteaban cuestiones diferentes de las examinadas en el ámbito del art. 8 CEDH (vid. apartados 111 a 118).

<sup>80</sup> Vid., entre otros, E. PÍAS GARCÍA, «Funcionamiento de la autoridad central española en la aplicación de los convenios relativos a la sustracción internacional de menores», en M. D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, p. 80, J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 226.

<sup>81</sup> Apartado tercero, Declaración de la Tercera Conferencia de Malta, marzo 2009, en [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=events.details&year=2009&varevent=161](http://www.hcch.net/index_es.php?act=events.details&year=2009&varevent=161). Vid. H. VAN LOON, «The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 2, núm. 1 (marzo 2010), p. 266.

un éxito bastante limitado<sup>82</sup>. Entre otros aspectos, se ha criticado que dichos convenios no definen claramente las obligaciones mutuas de los Estados contratantes, así como que carecen de unos principios legales claros como los que se observan por ejemplo en el Convenio de La Haya de 1980<sup>83</sup>. Así, la doctrina ha señalado que la ambigüedad es una de las principales características del Convenio bilateral<sup>84</sup>. De hecho, como es sabido, esta carencia de unos principios legales firmes inspiró los trabajos que se realizan en el ámbito del «Proceso de Malta» para lograr una mayor protección de las relaciones entre padres e hijos en las situaciones transfronterizas, así como para hacer frente a los problemas que suscitan las sustracciones internacionales de menores<sup>85</sup>.

**55.** Así, en la Declaración de Malta, los Estados participantes –entre los que se encuentran España y Marruecos– afirmaron que los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 constituyen los elementos de acción, estando los Estados obligados a tomar las medidas necesarias para combatir el traslado o retención ilícitos de menores<sup>86</sup>. Entre otros aspectos, se remarca la necesidad de que cada Estado establezca Autoridades Centrales eficaces para cooperar para combatir el traslado y la retención ilícita de menores<sup>87</sup>.

**56.** Con la adhesión de Marruecos al Convenio de La Haya de 1980 –que se encuentra sometida a un proceso de aceptación–, cabe plantearse el futuro del Convenio hispano-marroquí.

El art. 3.3 del Convenio hispano-marroquí de 1997 establece que el mismo no impide que toda persona interesada decida acudir directamente a los tribunales de los Estados contratantes en cualquier momento del procedimiento. Por lo tanto, el mecanismo del Convenio no es imperativo<sup>88</sup>. Por otro lado, tal como dispone el art. 34 del Convenio de La Haya de 1980, el mismo no impide la aplicación de otros instrumentos internacionales para lograr la restitución de un menor<sup>89</sup>. Cabe sostener que, cuando ambos instrumentos sean aplicables, cabe aplicar la norma más favorable para lograr el retorno del menor<sup>90</sup>.

<sup>82</sup> Vid. H. VAN LOON, «The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 1 (marzo 2010), pp. 265. M. HERRANZ BALLESTEROS señala así que se trata de un instrumento que ha sido muy poco empleado (vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, «Autoridad central y protección de menores: algunas funciones a examen»; en F. ALDECOA LUZÁRRAGA / J. J. FORNER DELAYGUA (dirs.), *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 107).

<sup>83</sup> Vid. H. VAN LOON, «The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 1 (marzo 2010), p. 265.

<sup>84</sup> Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 517.

<sup>85</sup> Vid. H. VAN LOON, «The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 1 (marzo 2010), p. 265; en especial, sobre el «Proceso de Malta», vid. pp. 265-267.

<sup>86</sup> Apartado primero de la Declaración. El texto de la Declaración puede ser consultada en [http://www.hcch.net/upload/maltadecl\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/maltadecl_s.pdf). Vid. H. VAN LOON, «The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 1 (marzo 2010), p. 266.

<sup>87</sup> Apartado segundo de la Declaración. Vid. H. VAN LOON, «The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 1 (marzo 2010), p. 266.

<sup>88</sup> Vid. M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, p. 147.

<sup>89</sup> Artículo 34 Convenio de La Haya de 1980: «El presente Convenio tendrá prioridad en las cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación sobre el Convenio del 5 de octubre de 1961, relativo a la competencia de las autoridades y a la Ley aplicable en materia de protección de menores, entre los Estados Partes en ambos Convenios.

Por lo demás, el presente Convenio no restringirá que se aplique un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni que se invoquen otras normas jurídicas del Estado requerido para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o esté retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita».

Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, p. 292.

<sup>90</sup> Sobre las relaciones de complementariedad entre Convenios aplicables en materia de secuestro internacional de menores, Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 312.

No obstante, si tenemos presentes las Declaraciones de las diversas Conferencias Judiciales celebradas en el marco del «Proceso de Malta», cabe esperar que, una vez aceptada la adhesión de Marruecos por España, los casos de sustracción de menores que impliquen a ambos países sean resueltos en un futuro en virtud del Convenio de La Haya de 1980<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> Con respecto a una valoración negativa del Convenio hispano-marroquí, vid., entre otros, S. GARCÍA CANO, «Globalización, multiculturalismo y protección internacional del menor (Evolución y futuro de los instrumentos internacionales relativos a la protección del menor)», en M. D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, p. 22; M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, pp. 517-520.