

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. ESPECIAL
ATENCIÓN A LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA
HAYA 25 OCTUBRE 1980 Y EXCEPCIÓN AL NO RETORNO
INMEDIATO DE LA MENOR

LEGAL KIDNAPPING. SPECIAL ATTENTION TO THE
IMPLEMENTATION OF CONVENTION 25 OCTOBER 1980
AND THE EXCEPTION FOR THE IMMEDIATE RETURN
OF THE CHILD

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Profesora asociada de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

Universidad Miguel Hernández

Abogada ejerciente

Miembro de la Red España-Europa De Derecho Internacional Privado

Recibido: 22.11.2020 / Aceptado: 14.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6005>

Resumen: Los casos de sustracción internacional de menores traen consigo grandes retos para los operadores jurídicos que les deben dar respuesta. La reciente sentencia de la AP de León 12 mayo de 2020 ofrece respuestas en el sentido de qué debe considerarse un traslado ilícito del menor, cuál es el verdadero objeto del Convenio de La Haya 25 octubre de 1980, las cuestiones de la carga de la prueba en estos procedimientos, y las circunstancias vividas por la madre y las consecuencias en el traslado de la menor desde la Columbia Británica (Canadá) a España. Todas ellas objeto de análisis en este trabajo.

Palabras clave: sustracción, internacional, menor, excepciones, aspectos civiles.

Abstract: Cases of international child abduction imply great challenges for the legal operators who must respond to them. The recent judgment of the Provincial High Court of León 12 May 2020 provides answers as to what should be considered a wrongful transfer retention of a child, what is the real object of The Hague Convention 25 October 1980, the questions of the burden of proof in these proceedings, and the circumstances experienced by the mother and the consequences for the retention of a child from British Columbia (Canada) to Spain. All of them are the subject to analysis in this paper.

Keywords: legal kidnapping, international, child, exception, civil aspects.

Sumario: I. Introducción. II. Datos de hecho. III. Traslado ilícito del menor: cuestión necesaria para la aplicación del Convenio de La Haya 25 octubre 1980. IV. Nombramiento de un tutor para la menor y fallecimiento del progenitor. V. Valoración por parte del tribunal del impacto sobre la menor de la situación de la madre en Canadá y de su traslado a España. V. Reflexiones finales.

I. Introducción¹

1. El fenómeno de la sustracción internacional de menores es imparable, el aumento de casos en los últimos tiempos lo demuestra, la vida de los particulares se encuentra internacionalizada, la facilidad del traspaso de fronteras, los matrimonios y parejas cuyos miembros son de diversa nacionalidad son elementos a tener muy en consideración para demostrar el aumento de este fenómeno, pero no por ello el menor queda desprotegido en determinados supuestos. Afortunadamente en estos casos se encuentra un marco legal internacional que ofrece respuestas adecuadas a los supuestos variados que surgen en la realidad. Por esta razón, resulta muy pertinente realizar un especial análisis de la sentencia de la AP de León, de fecha 12 mayo 2020².

2. La AP de León debe pronunciarse sobre una resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 11 (Familia) de León, en fecha 27 febrero 2020, con Auto de aclaración de 2 de marzo, en un procedimiento de sustracción internacional de menores, que fueron elevados a esta AP el 20 de abril y que desestima la demanda formulada por la tía paterna de la menor contra la madre de la misma, que tenía por objeto que se declarara ilícito el traslado de ésta a España desde la Columbia Británica (Canadá) y se acordara la inmediata restitución de la menor a su país de origen, mediante su entrega a la tía paterna en el plazo máximo de siete días desde la notificación de la sentencia. La razón de dicha desestimación vino dada porque, siendo así que no existía decisión judicial o administrativa ni acuerdo vigente según el Derecho del Estado en el que la menor nació y tenía su residencia, a la juzgadora le surgen serias dudas sobre la validez de la designación que, antes de fallecer, hizo el padre de la menor de su hermana (la demandante) como tutora. Y junto a esa primera duda que le surge a la magistrada, se une que comprueba que quizá el ejercicio de la custodia por parte de la tía sobre la menor no era efectivo, y podría encuadrarse en una de las causas legales tasadas por el Convenio de la Haya 25 octubre de 1980 para desestimar el retorno inmediato de la menor al país de su residencia habitual.

3. Se debe subrayar que al recurso de apelación que realiza la tía paterna, se opusieron tanto la representación de la demandada, es decir, de la madre de la menor, como el Ministerio Fiscal, que considera que las razones por las que se deniega el retorno de la menor se basan en una errónea valoración de la prueba practicada en el procedimiento, puesto que: a) según el Derecho de la Columbia Británica acreditado en la demanda, la ahora recurrente tiene derecho de custodia a los efectos del artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980, ya que existe una atribución de tutela a favor de aquélla realizada conforme a dicho Derecho que le atribuye el cuidado de la menor; por lo tanto, primera cuestión que se debe dilucidar en relación a la aplicación de esta norma es si existe una sustracción internacional del menor con arreglo a las normas del precitado Convenio. b) Pese a lo que se sostiene en la resolución recurrida, la tía paterna no solo tenía un derecho de custodia sobre la menor, sino que además lo ejercía efectivamente cuando la madre la trasladó unilateralmente a España, si se considera que se ha confundido la guarda y custodia de un menor con el derecho de custodia a los efectos del CH 1980, en cuyo marco el concepto de derecho de custodia es un concepto autónomo que comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; y esta cuestión está íntimamente vinculada a la anterior. Ya que, asimismo, el artículo 5 del convenio establece el concepto de custodia como “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”. c) No concurre en el caso ninguna de las excepciones previstas en el Convenio de La Haya de 1980 para denegar la restitución.

II. Datos de hecho

4. Los datos de hecho que se deben considerar para la resolución del caso por parte del tribunal son los que se resumen a continuación. Los padres de la menor se encontraban en una unión de hecho

¹ Este trabajo se realiza en el marco del proyecto concedido por la Fundación BBVA: “Los principios del Derecho romano en el Derecho Europeo del S. XXI” (IP del proyecto Prof. Dr. D. Javier Carrascosa González).

² SAP León 12 mayo 2020, menor trasladado desde Canadá a España, ECLI:ES:APLE:2020:544.

desde julio del año 2012 aproximadamente, residían en la Columbia Británica, en Canadá, y de esa unión nació la niña de la que se pretende su retorno al precitado lugar. En abril del año 2017 los progenitores se separan, aunque eso no impidió que siguiesen compartiendo residencia familiar, que era propiedad del padre de la menor. Hasta que la madre y la hija en septiembre de 2017 se mudan a una vivienda de alquiler en la Columbia Británica, Canadá.

5. Los progenitores de la menor no suscribieron documento alguno en que se regulara el régimen de custodia sobre la menor ni el derecho de visitas del padre, se considera acreditado por el tribunal que la menor pasaba parte de la semana con él (en la contestación a la demanda se reconoce que “las tardes de miércoles y jueves con pernocta y mitad de cada fin de semana”). Este es un dato importante a tener en cuenta, ya que la voluntad de ambos progenitores en relación con las cuestiones de la menor es fundamental.

6. Una triste noticia recibe el padre, cuando en abril de 2018, fue diagnosticado de una enfermedad terminal. En ese momento, otorga testamento, ante dos testigos, el día 7 de dicho mes en el que solo se contienen disposiciones sobre sus bienes y ninguna otra disposición. En mayo de 2018, ambos progenitores suscribieron un “acuerdo de bienes”, a modo de liquidación de su “sociedad conyugal”, con el fin de establecer la división de bienes y deudas privativas o comunes. Y a finales de mayo, el padre de la menor otorgó un documento por medio del cual designaba a su hermana con residencia habitual también en la Columbia Británica, para que se desempeñara como tutora de su hija a partir de su fallecimiento o de que, como consecuencia de la enfermedad terminal o incapacidad, fuera incapaz de cuidar a la menor. En dicho documento se hizo constar que, cuando se hiciera efectiva la designación, la tutora contaría con las mismas responsabilidades parentales que él. Finalmente, el padre de la menor fallece, y tras el deceso, la tía se puso en contacto con la madre de la menor informándole sobre su papel de tutora y de lo importante que era para su ex pareja que su hija conservara la relación con la familia paterna, razón de ser de su designación como tutora.

7. Los abogados que representaban a la tía paterna y a los abuelos paternos de la menor contactan con la madre y le proponen un cronograma de contacto paulatino con la menor. Y sin esperar respuesta, por parte de la madre, en ese mismo mes de julio del año 2018, también presentan en el Juzgado Provincial de la Columbia Británica solicitud para la obtención de una orden para poder mantener contactos (visitas de 4 horas y 2 pernoctas por semana, que pudieran tener lugar durante las horas de trabajo de la madre para que “no pierda tiempo con la menor y no tenga que pagar por el cuidado de la menor”), tal y como se expone en la sentencia. El 1 de octubre de 2018, la madre se traslada con la menor a España. Y en diciembre de 2018 la tía paterna dirigió a la Autoridad Central de la Columbia Británica solicitud de restitución de la menor, bajo el Convenio de la Haya 25 octubre de 1980. Remitida la misma a la Autoridad Central Española (Subdelegación General de Cooperación Jurídica Internacional, del Ministerio de Justicia), por ésta, en fecha 12 julio 2019, se contestó, a través de correo electrónico, se señala que el Abogado en Canadá de la madre de la menor consideraba nulo y sin validez el nombramiento de la tutora, lo que desataba serias dudas sobre que el nombramiento fuera una fuente válida de derechos de custodia del artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980. El 18 de julio del año 2019 los representantes legales de la tía paterna formulan demanda de restitución de la menor contra la madre, que inició el procedimiento del recurso que se analiza en este trabajo. La menor ya llevaba en España un tiempo, pero cuando se inicia todo el proceso aún no más de un año, y la cuestión del transcurso del tiempo en estos casos es fundamental. En los supuestos de este tipo, cuando afecta a menores la cuestión litigiosa parece que el tiempo siempre parece que transcurre más deprisa³. Y donde se puede observar esa premura y la observancia escrupulosa del tiempo transcurrido en estos casos, pues principalmente en el establecimiento de procedimientos expeditivos, aunque no siempre se cumplan en la práctica y

³ Observación que comparto con M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Reflexiones críticas y prácticas en torno al régimen jurídico del cambio nacional y transfronterizo del domicilio del menor de edad”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2020, Vol. 12, Nº 2, p. 798.

provoquen pésimas consecuencias fundamentalmente para los menores. La urgencia impuesta por el sistema persigue, ante todo, minimizar los efectos negativos sobre el niño (en definitiva, todas las decisiones deben basarse en el principio del interés superior del menor, como se ha destacado) y evitar su integración en un nuevo medio, su nueva residencia habitual, pero también impedir que el sustractor obtenga ventaja del paso del tiempo desde un punto de vista jurídico como consecuencia de lo anterior⁴.

III. Traslado ilícito del menor: cuestión necesaria para la aplicación del Convenio de La Haya 25 octubre de 1980

8. El marco jurídico del caso está constituido por el Convenio de La Haya 25 octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. En el caso la menor no llega a cinco años de edad cuando el traslado de la misma se produce (el convenio se aplica a menores de 16 años). Además, es un convenio inter partes, esto quiere decir que se aplica entre Estados que han firmado el mismo⁵. En la actualidad son Estados partes más de cincuenta. Para que el convenio sea aplicable en relación con España, España debe aceptar expresamente la adhesión de Estados no miembros de la Conferencia de La Haya que se hayan adherido al convenio artículo 38 de la norma precitada. Por tanto, el menor debe tener su residencia habitual en un Estado parte y ser trasladado a otro Estado parte para que se aplique esta norma. En este caso, Canadá y España son Estados parte y se aplica a este supuesto el convenio. Se trata más bien de un convenio de carácter fáctico, su objetivo es adoptar medidas urgentes para que el niño retorne al lugar de su residencia habitual si el desplazamiento ya se ha producido y prevenirlo⁶.

9. Este convenio establece una estructura de cooperación internacional de autoridades. La norma fundamental del convenio es el establecimiento de una “acción directa” para el retorno inmediato del menor al país de su residencia. El Convenio contiene normas “*self-executing*”, esto es, normas jurídicas aplicables por sí mismas sin necesidad de que los Estados partes elaboren normas de desarrollo del mismo⁷. El objetivo que persigue la precitada norma es, fundamentalmente, el establecimiento de un sistema de cooperación Internacional de Autoridades Judiciales y Administrativas para la consecución de la inmediata restitución del menor de 16 años que hubiera sido ilícitamente trasladado o retenido en cualquier Estado contratante. Y también, asegurar el derecho de visita, aunque este objetivo lo cumple de forma limitada. Para que el convenio resulte aplicable es preciso que el traslado o, en su caso, la retención sea “ilícito”. Y aquí está la primera cuestión a la que da respuesta el tribunal de León.

10. El artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980 expone dos requisitos para que ese traslado sea considerado ilícito: el primero, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia habitual del menor; y el segundo, el ejercicio efectivo de dicho derecho en el momento previo al traslado o retención del menor. En este caso que se analiza, parece que el segundo requisito no se constata. La tía paterna no ejercía de forma efectiva el derecho de custodia sobre la menor. Es cierto, que el Convenio de La Haya de 1980 solo exige al demandante una primera evidencia de que ejercía realmente el cuidado sobre la persona del menor, y en este caso se producía, la hermana paterna, tía paterna de la menor durante la enfermedad del hermano y posterior fallecimiento había tenido más presencia en la vida de la menor, pero no había sido así anteriormente a esas circunstancias.

⁴ C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “Sustracción internacional de menores. Asunto vinculado con Suiza y España. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1ª) núm. 52/2018, de 17 de abril”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2019, Vol. 11, Nº 1, p. 676.

⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2128-2129.

⁶ I. LORENTE MARTÍNEZ, *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*. Ed. Dykinson, Madrid, 2019, p. 64. Y especial atención al auto que se analiza en ese punto del trabajo citado: AAP Almería 6 de febrero de 2004. [Solicitud de restitución de Juzgado de Bélgica. Causas de oposición. No acceso a la restitución]. ECLI:ES:APAL:2004:48A.

⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2129.

11. Se deben observar varios artículos del convenio en su conjunto, el artículo 3, 8 (que indica que “toda persona o persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor” y las excepciones o motivos que de ser probados llevarían a la autoridad judicial a denegar el retorno de la menor, siempre interpretados con carácter restrictivo a la regla general de retorno inmediato del menor, que se contienen en los artículos 12, 13 y 20 del convenio⁸. De la lectura de todos ellos, se observa que la presunción de la norma se basa en que la persona que está al cuidado del menor ejerce efectivamente su custodia, recayendo sobre el “potencial secuestrador” la carga de probar que no es así⁹.

12. La cuestión es particularmente difícil, ya que en la letra del convenio no se observa una definición sobre lo que se debe considerar por “ejercicio efectivo de la custodia”, pero la disposición se refiere de forma expresa al cuidado de la persona del menor, lo que es posible aún en supuestos de no convivencia, tal como indica el propio tribunal (FJ tercero). En este caso, como se apuntaba la tía no convivía con la menor, pero tampoco tuvo un papel definitivo en el cuidado de la persona de la menor, porque al poco tiempo del fallecimiento del hermano y padre de la menor la madre se trasladó con la misma a España. Esto evidentemente, impidió que se produjese ese cuidado sobre la menor por parte de la tía paterna. Pero también queda probado que es tras detectarle la enfermedad al hermano y tras su fallecimiento cuando la hermana del padre, la tía paterna de la menor inicia un acercamiento a ella, y el período en el que transcurre todo lo expuesto fue de abril del año 2018 a julio de ese mismo año, es decir, cuatro meses. El tribunal señala que los domicilios de tía, abuelos y niña se encontraban a varias horas de distancia en un trayecto en coche, y aunque es legítimo la petición de la familia paterna de tener contacto con la menor, este no es el cauce procedimental adecuado. Por lo tanto, con todos estos datos apuntados, el cuidado de la persona de la menor claramente no recaía en su tía paterna. Lo que se ha de valorar en estos casos son las circunstancias actuales del menor a los efectos de poder determinar si, en interés del mismo, cabe ordenar la restitución del menor a su país de residencia habitual anterior al traslado (principio general del Convenio de La Haya de 1980) o bien procede denegar su retorno (con carácter excepcional, tal como se ha explicado anteriormente).

IV. Nombramiento de un tutor para la menor y fallecimiento del progenitor

13. Una cuestión muy poco pacífica en este procedimiento y que su observancia fue la que hizo al tribunal preguntarse acerca de si estaban ante un secuestro internacional de menores fue el nombramiento como tutora que hizo el progenitor de la menor sobre su hermana y tía de la pequeña. Durante el juicio sobre el retorno o no de esta menor, quedó patente que el Derecho canadiense no contempla una atribución de la custodia a los hermanos del progenitor fallecido de un menor, no existe una resolución judicial o administrativa sobre la custodia de la pequeña que sea ejecutable en Canadá y la madre y el padre de la menor nada convinieron al respecto. Ahora bien, es cierto que existe una designación de tutora en reserva o testamentaria otorgada por el progenitor que, en principio, pudiera ser acorde a la Ley de Derecho Familiar

⁸ Vid. el trabajo de J.J. CASTELLÓ PASTOR, “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 1, marzo 2018, pp. 561-567. El art. 12 del Convenio de La Haya de 1980 establece que, si el procedimiento de restitución ha comenzado cuando ha transcurrido un período de tiempo superior a un año y el menor se encuentra integrado en su nuevo medio, la autoridad competente no está obligada a ordenar el retorno del menor. Si no se cumplen las condiciones del art. 12, la integración del menor en el nuevo medio debería ser tomada en consideración por la autoridad que ostente la competencia para decidir sobre el derecho de custodia. Al respecto, vid. C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: la integración en su nuevo medio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2016, Vol. 8, Nº 2, pp. 77-91.

⁹ Así se observa en la circular número 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de la fiscalía general del Estado español. Esta circular se crea con el objetivo de adoptar un criterio uniforme en los procedimientos de sustracción internacional de menores.

de la Columbia Británica, esto es un dato, que como expone el tribunal de forma impecable, no duda sobre el mismo y sobre la declaración jurada que realiza durante el procedimiento la abogada canadiense de la parte que representaba los intereses de la familia paterna. Y en este punto de la prueba del Derecho extranjero, el Convenio de La Haya de 1980 flexibiliza enormemente esa prueba. El artículo 14 del precitado convenio faculta a las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido para tener en cuenta directamente la legislación del Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación. Esta flexibilización de la prueba del Derecho extranjero es consecuencia de la necesidad de celeridad en estos procedimientos para decidir sobre el retorno de la menor. De este modo, el Tribunal no duda de esa declaración jurada de la letrada canadiense.

14. Al tribunal sin embargo sí que le surgen dudas en relación a la capacidad que tenía el progenitor para adoptar decisiones tan relevantes en relación con su hija, como fue el nombramiento de su hermana como tutora de la menor, en un momento en el que la enfermedad estaba en estado muy avanzado, ya que fue poco antes de su fallecimiento cuando nombró a la tía de la menor como tutora, por insistencia de su familia sobre este extremo. El tribunal de León señala que la capacidad de las personas se presume y no es éste el procedimiento adecuado ni éste el tribunal competente para dilucidar tal cuestión. No puede ser, pues, como señala el tribunal que por ninguna de estas cuestiones apuntadas que se puede negar el retorno demandado.

V. Valoración por parte del tribunal del impacto sobre la menor de la situación de la madre en Canadá y de su traslado a España

15. El tribunal estima para tomar su decisión que, si la menor debiese retornar en Canadá con la madre, no junto a la tía paterna, ese retorno no resultaría perjudicial para la menor, igual que establece que tampoco fue perjudicial para la menor trasladarse con su madre a España, en el momento del proceso, ya desde hacía un año y siete meses. El tribunal se detiene a observar las causas por las que la madre de la menor tomó esa decisión en su momento. El tribunal admite que la madre se sentía en exceso presionada por la familia paterna de la niña, soportaba altos niveles de ansiedad, insostenibles y nada saludables tanto para ella como para la pequeña, lo que llevó a su Médico de Salud Mental a aconsejarle que buscara el apoyo de su propia familia y su traslado a España, así queda demostrado documentalmente en el juicio. Y también se presentó un documento en el que se recogía la opinión de los amigos de la pareja, en el que también consta que “*en los 6 meses anteriores a su fallecimiento le era casi imposible pensar y no podía trabajar*”, siendo testigos de cómo “*su relación con todo el mundo se deterioró drásticamente durante este tiempo*”. De todas estas pruebas documentales aportadas se justifica que la decisión de la madre fue inducida por un profesional de la salud y que, si la madre seguía en esas condiciones, las circunstancias podrían afectar también a la menor.

16. Tras el análisis de todas estas causas el tribunal decide no proceder al retorno de la menor a Canadá. Toma en consideración que no existía un ejercicio efectivo de la custodia por parte de la tía paterna que, aunque las acciones por parte de la tía se emprenden cuando todavía no había pasado un año desde que la menor llegó a España con la madre, se dan las circunstancias excepcionales para determinar que la menor permanezca en España con la madre. La menor no se encuentra en una situación intolerable, ni se encuentra expuesta a un grave peligro físico o psíquico, por lo tanto, la excepción de no retorno contemplada en el art. 13 b) del Convenio de La Haya no se observa en este caso. Y se observa determinada jurisprudencia que sigue esta senda de la valoración de los documentos aportados para valorar el estado de la madre y su posibilidad de hacerse cargo de los menores en cuestión.¹⁰

¹⁰ En el Auto de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección IV, de 14 de junio de 2018, donde se ordena el retorno de los menores de España a Reino Unido y comentado en el trabajo de M. GONZÁLEZ MARIMÓN “Sustracción internacional de menores y enfermedad psiquiátrica del progenitor no sustractor. Comentario del Auto de la Audiencia Provincial de les Illes Balears (sección iv), núm. 37/2018, de 14 de junio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2019, Vol. 11, Nº 1, p. 770.

VI. Reflexiones finales

17. El análisis de esta sentencia de la AP de León, de fecha 12 mayo 2020 pone en valor el auténtico y principal objetivo que persigue el Convenio de La Haya 25 octubre del año 1980, su funcionalidad y su gran impacto en la vida de los particulares, hoy profundamente internacionalizada, y por supuesto, su operatividad para salvaguardar el interés superior del menor. A continuación, se exponen unas reflexiones finales derivadas de lo analizado en este trabajo.

18. Primera reflexión: el Convenio de La Haya 25 octubre de 1980 es un convenio fáctico. El objetivo que persigue es lograr que el niño retorne al lugar de su residencia habitual si el desplazamiento ya se ha producido y prevenirlo. El marco jurídico del convenio solo cubre esa cuestión, la del retorno o no del menor al lugar de su residencia habitual. Para determinar las posibles medidas de protección del menor, esto es, para determinar por ejemplo, la custodia, el derecho de visita del otro progenitor o de otros familiares, como en parte se pretendía en este caso, tía y abuelos pretendían tener contacto con la menor, se deberá acudir a otros procedimientos y se aplicará la normativa pertinente para aportar una solución a esos supuestos. Si la menor tiene ya su residencia habitual en España, la competencia de los tribunales españoles se determinará por el Reglamento Bruselas II bis. De este modo, el convenio persigue proteger el interés superior del menor en los casos de sustracción internacional de menores. Para conseguirlo sus normas persiguen: 1) restablecer la situación a su estado anterior al de la sustracción, es decir, una vuelta al *status quo*; 2) luchar contra la fuerza *bruta* del sustractor, que por la vía de hecho pretende legalizar esa sustracción. De este modo, el convenio realiza una profesión de fe en el Derecho, en la razón y contra los hechos consumados.

19. Segunda reflexión: el Convenio de La Haya 25 octubre 1980 consigue este objetivo con la justa combinación de una regla general y excepciones tasadas a la misma. El convenio consigue el objetivo de cumplir con la protección del interés superior del menor mediante la norma general que contiene y que consiste en lograr el retorno inmediato del menor al Estado de la residencia habitual anterior al traslado ilícito. Y solo en los casos en los que se pruebe debidamente alguna de las excepciones que ofrece el convenio, no autorizar ese retorno del menor. Las causas son tasadas, numeradas en el propio convenio, en los artículos 12, 13 y 20, fuera de esas causas no se podrán aducir otras. Y como son excepciones a la regla general siempre se deberá atender a las circunstancias concretas del caso sobre el que se conozca y su interpretación deberá ser siempre restrictiva. Esas causas siempre se deben demostrar y probar con el objetivo puesto en el menor que se ve envuelto en esa situación y no se presumen nunca.

20. Tercera reflexión: el Convenio de La Haya 25 octubre de 1980 recoge un sistema que presume que la custodia la ostenta la persona que cuida del menor. En esta sentencia queda patente que la presunción de la norma se basa en que la persona que está al cuidado del menor ejerce efectivamente su custodia, recae sobre el “potencial sustractor” la carga de probar que no es así. Y se observa que el tribunal es en este punto donde le surge la duda de que se pudiese considerar que se estaba infringiendo un derecho de custodia o visita establecido por un tribunal canadiense. Y es definitiva la posición del tribunal que no discute acerca de si el nombramiento de la tía paterna de la menor se realiza con arreglo a Derecho, porque de las circunstancias de este caso concreto, no es determinante resolver esta cuestión, y este no es el procedimiento para ello. En el procedimiento del que conoce en esta instancia de apelación el tribunal de León es para pronunciarse sobre si debe retornar o no la menor a Canadá, con la madre y no con la tía paterna.

21. Cuarta reflexión: El tribunal realiza una óptima apreciación de las causas tasadas que son aplicables para no determinar el retorno de la menor a su residencia habitual. El tribunal también atiende a las circunstancias particulares de la madre a la hora de tomar la decisión de trasladarse con la menor de Canadá a España. Razones que se exponen documentalmente ante el tribunal. El traslado de la residencia habitual de la menor se produce porque la madre es la única persona que ostenta la custodia de la menor y, por lo tanto, puede establecer la residencia habitual de la menor, con arreglo a lo que expone el

artículo 5 del Convenio de La Haya. Con independencia, de que en el lugar donde ahora se encuentre la residencia habitual de la menor se pueda litigar por obtener un derecho de visita por parte de la familia paterna de la menor. Sin duda alguna, la óptima utilización de las normas expuestas en el Convenio de La Haya 25 octubre de 1980 por parte de los tribunales que deben ofrecer una respuesta ágil y precisa en estos casos de sustracción internacional de menores potencian la protección del interés superior del menor y en estos casos velan por que ese interés prevalezca sobre cualquier otro.

22. Quinta reflexión. La tendencia positiva de la jurisprudencia española en la aplicación del Convenio de La Haya 25 de octubre de 1980. La jurisprudencia española a la hora de aplicar el Convenio de La Haya de 1980 ha ido modificando su criterio. Al principio de su aplicación, las decisiones de los tribunales españoles ostentaban una tendencia más nacionalista, el niño se quedaba con su progenitor español, el niño se quedaba en España, y la valoración y criterios relativos al caso concreto no se consideraban con la relevancia con la que se consideran en la actualidad. Esa jurisprudencia tendente a soluciones nacionalistas perjudica a los menores, como muestra de ese perjuicio se puede exponer el caso de María José Carrascosa, que legalizó el secuestro de su hija en España, y las consecuencias del mismo fueron infaustas, ya que la niña terminó criándose con sus abuelos en Valencia, alejada de sus progenitores y en un Estado que no era el de su residencia habitual. Pero esa tendencia ha ido cambiando, ya no es así, los tribunales cada vez son menos nacionalistas y velan por la correcta aplicación del Convenio y de sus excepciones. Y la aplicación siempre va en busca del interés del menor, que como ha quedado patente en este trabajo es siempre, y salvo prueba en contrario, su restitución al Estado de su residencia habitual.

23. Sexta reflexión. La gran casuística que proporcionan las excepciones del art. 13 del Convenio de La Haya y la conveniencia de su unificación. La relevancia pluridimensional de la jurisprudencia en la aplicación de la normativa sobre sustracción internacional de menores es patente. Existen tres grupos de sentencias sobre el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, divididas entre, primero: casos en los que no existe motivo para rechazar el retorno directo del menor al país de su residencia habitual, en el que encajaría el supuesto analizado en este trabajo. Segundo: casos que establecen que sí existe motivo para no proceder al retorno del menor. Y un tercer grupo de casos, que son una zona gris, en la que se unen elementos de una y de otra posibilidad en la interpretación de los criterios de ese artículo 13. La Ley así lo permite y la jurisprudencia toma el poder, los jueces van marcando el camino por el que se deben desenvolver estos casos. No existe un Tribunal de Justicia que armonice la aplicación de esas normas, también sería conveniente su creación para la aplicación del Convenio de La Haya 25 octubre de 1980 a nivel internacional. Al igual que sería conveniente, que al menos, España tuviese criterios unificados para la aplicación de las normas que contiene dicho convenio, que servirían de enorme ayuda a los operadores jurídicos que velan y luchan por la protección y defensa del interés superior del menor.