

RESTITUCIÓN DE MENOR A CHILE: COMENTARIO A LA
SENTENCIA Nº 619/2020 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE MADRID, DE 29 DE JULIO DE 2020

CHILD RESTITUTION TO CHILE: COMMENTARY TO
THE JUDICIAL DECREE NO. 616/2020 OF THE PROVINCIAL
COURT OF MADRID, OF 29TH JULY 2020

GLORIA PÉREZ DE COLOSÍA Y LÁZARO

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

Miembro de la Red Española Europea de expertos en Derecho Internacional Privado

Recibido:30.11.2021 / Aceptado:20.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6717>

Resumen: La sustracción o traslado de menores o su retención ilícita por parte de un progenitor o persona que tenga otorgada la guarda por resolución administrativa o judicial, en contra de la voluntad del otro progenitor y en ausencia de una autorización judicial que lo permita constituye un delito castigado por la legislación. Los tiempos de actuación para procurar el inmediato retorno del menor sustraído deben ser muy rápidos y para ello la cooperación internacional, con los instrumentos legales existentes, es indispensable. Crear tratados y convenios internacionales para los Estados que no forman parte de los ya existentes, es imprescindible.

Palabras clave: Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, Reglamento (CE) 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Sustracción internacional de menores

Abstract: Child abduction or child's transfer or their illegal retention by a parent or person who has been granted custody by administrative or judicial resolution, against the other parent wish and in the absence of a judicial authorization that allows it, is a punishable offense. The action times to ensure the immediate return of the abducted child must be very fast and so, international cooperation, with the existing legal instruments, is essential. Create international agreements and conventions for Estates that are not part of the existing ones, it is essential.

Keywords: 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility. International Child Abduction

Sumario: I Presentación del caso. 1. Los datos del caso. 2.- Antecedentes judiciales en Chile 3.- Antecedentes judiciales en España II. Instrumentos legales internacionales de aplicación al caso. 1. Convenio de la Haya de 1980 de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores 2. Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003. III. Resolución del caso por la Audiencia Provincial 1.- Alegaciones del apelante. 2. Alegaciones del Ministerio Fiscal 3. Alegaciones del Abogado del Estado 4.- Fallo de la Audiencia IV. Conclusiones. 1.- La sustracción internacional de menores 2. La sustracción interregional de menores.

I. Presentación del caso

1. Los datos del caso

1. El presente comentario analiza la sentencia dictada por la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigésimosegunda, de 29 Julio 2020¹ en el contexto del traslado de una menor de 9 años de Chile a España por parte de su padre y su abuela paterna. La madre formula denuncia de sustracción ante la Autoridad Central Chilena en fecha 24 septiembre 2019, momento en el que se despliegan las actuaciones judiciales que dan lugar a esta Sentencia. La identidad de todas las partes afectadas ha sido protegida.

2. Nos encontramos con una familia compuesta por tres miembros. El Padre, I., la madre M.E. y una hija común de 9 años M.J., nacida en Montevideo (Uruguay) que desde el año 2012 residen en Chile, habiéndose declarado su residencia definitiva en junio 2017 mediante certificado de permanencia definitiva emitido por el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y seguridad Pública de Chile. Interviene también, la abuela paterna, P. Es abundante la documentación incorporada en todos los procedimientos habidos, tanto en Chile como en España, que hace concluir una “*absolutamente indubitada*”² residencia habitual de la menor en el país de Chile.

3. En Septiembre de 2019, la madre concedió autorización a la abuela paterna de la niña para que viajara a Madrid entre los días 13 al 22 de Septiembre, estableciendo su regreso a Chile el 22 de Septiembre. No retornando la niña en la fecha prevista, la madre puso en conocimiento de la Autoridad Central chilena la sustracción de la menor, lo que dio lugar al procedimiento interpuesto por el Abogado del estado nº 119/2020 seguido ante el juzgado de primera instancia nº 79 de Madrid, en el que fueron parte el Ministerio Fiscal por una parte y el padre y la abuela paterna por otra, como denunciados del traslado ilícito.

4. El juzgado de Primera instancia nº 79 de Madrid dictó, en fecha 28 Febrero 2020, sentencia por la que estimaba la solicitud del Abogado del Estado, declarando “*la restitución de MJ a Chile donde reside en compañía de su madre, Doña ME*”, y condenando al padre y a la abuela paterna en costas y a que abonaran “*los gastos del viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor al estado donde tuviera su residencia habitual con anterioridad a la sustracción*”

5. Así las cosas, el padre y la abuela paterna interpusieron recurso de apelación, oponiéndose a la restitución, basando su alegación, fundamentalmente, en lo establecido en el artículo 13.b del convenio de la Haya de 1980³, sobre sustracción internacional de menores, esto es, que “*existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*”, señalándose fecha para el fallo el 23 de Julio 2020 y dando lugar a la Sentencia 619/2020 de 29 de Julio 2020, que ahora comentamos.

2. Antecedentes judiciales en Chile

6. Antes de producirse la retención de la niña en Madrid por parte del padre y de la abuela, la familia ya llevaba cierto recorrido litigioso en Chile, lo que, de por sí, como veremos más adelante, no es determinante para establecer la ilicitud o no del traslado y la retención de M.J. en Madrid, pues el Convenio de La Haya 1980 sobre sustracción de menores, regula la procedencia -o no, de existir razones que lo justifiquen- del retorno del menor a su país de procedencia por ser este su residencia habitual, sin pronunciarse sobre las medidas civiles en cuanto a custodia o contactos, dado que esta cuestión es

¹ SAP Madrid 29 Julio 2020 [[ECLI:ES:APM:2020:8521]],

² Así queda recogido en el FD Segundo de la SAP Madrid 616/2020 de 29 Julio 2020.

³ <https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf>.

competencia exclusiva del país donde el menor tenga esa residencia habitual. No obstante lo anterior, a pesar de no ser determinante, si es relevante para analizar el histórico judicial y personal de la familia en conflicto, así como elemento probatorio que cada parte presenta⁴

7. Así, el Tribunal de Familia chileno, por sentencia de fecha 6 Septiembre 2018, había otorgado el cuidado exclusivo de la hija común a la madre, modificando el previo cuidado personal compartido, y concediendo unos contactos de fines de semanas alternos al padre siempre que este se encontrara en Chile, pues en aquel momento vivía en Catar. Había también denegado la petición del padre de autorizar la salida de la niña de Chile porque no se concretaba las fechas.

8. El padre formuló recurso de apelación contra esta Sentencia y el 14 Noviembre 2018 la corte de apelaciones de Santiago dictó resolución confirmándola, planteando el padre entonces recurso de casación ante la Corte de Apelación de Santiago, recurso que fue rechazado por Sentencia de 5 Marzo 2019, manteniendo entonces las medidas ya establecidas por el Tribunal de Familia.

9. En este contexto, y ante el incumplimiento de las medidas adoptadas, madre y abuela acuerdan de forma extrajudicial visitas programadas entre la abuela y la nieta a fin de que ambas no pierdan el vínculo. Este acuerdo de visitas es aprobado por el Tribunal competente.

10. El 18 abril 2019, el Juzgado de Familia n° 1 de Santiago de Chile, dictó sentencia de divorcio confirmando las medidas ya establecidas. En el trascurso de este procedimiento, la madre, M.E., concedió autorización a la abuela paterna, P., para que la niña pudiera salir de Chile, en su compañía, entre los días 13 a 22 de Septiembre 2019, de igual manera que ya se había hecho para la salida de la niña de Chile entre los días 18 a 28 de Julio 2019 y los días 14 a 30 de enero 2018, en esta primera ocasión para viajar a Francia. Es esta autorización la que se utiliza para trasladar a la niña a España y la que el padre incumple al no retornarla y retenerla en Madrid, dando lugar a la denuncia de la madre por sustracción de menores, presentada el 24 Septiembre de 2019 ante la Autoridad Central chilena.

11. No conforme el padre con la Sentencia de divorcio dictada, y considerando que la niña no estaba bien atendida por su madre, padre y abuela paterna solicitaron una medida cautelar consistente en que esta no se relacionara con su hija, alegando “*actos vulneradores de derechos imputables a la madre*”, petición que fue rechazada por el Juzgado de familia de Santiago de Chile en fecha 5 Junio 2019 al considerar que la madre tenía “*un repertorio de competencias parentales satisfactorias visualizándose un vínculo cercano y afectivo en la relación con la hija*”. Concluye esta resolución judicial, tras la aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que “*estamos frente a un padre que ha intentado dos demandas de medida de protección en contra de la madre obligando no solo a la madre, sino que a la niña, a someterse al sistema judicial*”.

12. Además de lo anterior, en el año 2013 y en el contexto de la aún existencia del matrimonio, ambos progenitores “*domiciliados en Santiago*” habían otorgado una autorización Notarial conjunta y recíproca, para que su hija pudiera viajar sola en compañía de uno u otro “*sin limite en el tiempo y hasta la mayoría de edad y sin limitación en cuanto al país extranjero al que se dirija*”.

13. De todos estos antecedentes judiciales, podemos concluir que cuando la niña salió de Chile con destino a España lo hizo con una autorización expresa de la madre a la abuela paterna, que no al padre, con fecha cerrada de retorno, que existía una Sentencia de divorcio que otorgaba sus cuidados exclusivos (custodia) a su madre M.E. y concedía a su padre unos contactos (visitas) de fines de semana alternos siempre que este se encontrara en la ciudad, pues en aquellos momentos vivía en Catar, que

⁴ Con relación a esto, al SAP Madrid que comentamos recoge. Con total claridad, que las autoridades chilenas son las competentes para conocer, resolver y proteger la situación, derechos e intereses de Mari José, conforme a la legislación nacional y convenios internacionales.

había quedado pacíficamente resuelto que la residencia habitual de M.J. era Chile y que el padre ya había alegado en un procedimiento judicial falta de diligencia por parte de la madre en el cuidado de la niña, sin que su pretensión hubiera prosperado al estimar el órgano judicial que tal falta de diligencia no se estaba produciendo.

3. Antecedentes judiciales en España

14. A la llegada de la niña a Madrid en Septiembre de 2019, el padre presentó demanda de jurisdicción voluntaria solicitando la protección de la niña y que se le reconociera su guarda y custodia, alegando la situación de desnutrición en la que M.J. llegó a España, así como que su custodia estaba siendo ejercida de forma inapropiada por parte de su madre. Esta petición fue denegada por el Juzgado de primera instancia en Auto de 6 Noviembre 2019, declarando que carecía de “*jurisdicción y competencia internacional para conocer de las medidas...*”, en aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003. No conforme con esta resolución, el padre planteó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, siendo este recurso resuelto por la misma Sección que dictó la sentencia que ahora se comenta, por Auto de 3 Julio 2020 en el que el Tribunal ya advirtió “*desacuerdo ejercicio patria potestad al determinar la competencia para conocer de las medidas paterno filiales urgentes*” planteada por el recurrente Don I.

15. Posteriormente y con la misma argumentación, el padre volvió a presentar demanda de jurisdicción voluntaria, que recayó en el Juzgado de Primera Instancia nº 80 de Madrid y que en el momento de dictar la Audiencia Provincial la Sentencia que se está comentando, estaba pendiente de resolver.

16. Con motivo de la denuncia por sustracción interpuesta por la madre ante la Autoridad Central de Chile, se siguió en el Juzgado de Primera Instancia nº 79 de Madrid los Autos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 119/2020, dando como resultado un Auto de medidas cautelares de fecha 26 Febrero de 2020 y el fallo de fecha 28 de Febrero 2020 ya adelantado al inicio de este artículo, que ordenaba la restitución de M.J. a Chile por ser esta su residencia habitual donde convive con su madre, Doña M.E.

II. Instrumentos legales internacionales de aplicación al caso

1. Convenio de la Haya de 1980 de 25 de Octubre sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

14. La Conferencia de la Haya⁵ se ha ocupado de los aspectos civiles de la protección de “*todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. (...)*” (artículo 4), que se encuentran en situaciones transfronterizas de riesgo. Desde 1980 se han elaborado tres Convenios de la Haya relativos a menores, con el propósito de proporcionar mecanismos e instrumentos prácticos que permita a los Estados miembros cooperar entre ellos: el Convenio de la Haya 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores; el Convenio de la Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional; y el Convenio de la Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

15. El Convenio de La Haya de 1980 fue adoptado por la Conferencia de la Haya en su 14ª sesión el 25 de octubre de 1980. Se trata de un tratado multilateral cuya finalidad es establecer los pro-

⁵ <https://www.hcch.net/>

cedimientos para la restitución efectiva de menores de 16 años (artículo 4) que hayan sido trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante, distinto de donde residen habitualmente, violando así el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, así como velar para que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes (artículo 1).

16. El artículo 3 desarrolla qué se considera como traslado o retención ilícita de un menor. Así, se considerará ilícito cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia conforme al derecho vigente en el estado en el que el menor tuviera su residencia habitual inmediatamente anterior al traslado o retención o cuando este derecho se ejercía de forma efectiva. El derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho interno de estado donde el menor tenía su residencia habitual.

17. El concepto de residencia habitual es un concepto fáctico que no debe atender a situaciones tales como el empadronamiento, el lugar de nacimiento o la nacionalidad que indique el pasaporte, sino al lugar donde el menor tenga su “centro social de vida”⁶. La determinación de la residencia habitual de los bebés, que aún por si solos no tienen un “centro social de vida”, se decidirá en función de la residencia habitual de las personas con las que habitan⁷. En cuanto a la interpretación del concepto de residencia habitual de los concebidos no nacidos, el TJUE, ante una cuestión prejudicial que tenía por objeto la interpretación del artículo 11, apartado 1, del Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, ha aclarado que, la negativa de una madre a volver al país donde ésta tenía su residencia habitual antes del nacimiento del bebé, no constituye un traslado ilícito, pues no se puede considerar, a efectos del Reglamento que ese menor tuviera su residencia en aquel primer estado.⁸

18. Una vez que se ha determinado el traslado o retención ilícito, el estado contratante donde se halle el menor deberá ordenar la inmediata restitución a su país de residencia habitual, en todo caso siempre que hubiera transcurrido menos de un año, e incluso aunque hubiera transcurrido más de un año, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente (artículo 12)

19. No obstante lo anterior, el artículo 13 recoge los supuestos de oposición para denegar la restitución del menor. Estos son: a) que no se estuviera ejerciendo de modo efectivo el derecho de custodia por la persona o institución al cargo o b) que exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. Es este el motivo de oposición más habitualmente utilizado.

20. Ante la gran casuística de supuestos que pueden alegarse dentro del marco del artículo 13b) sería conveniente una unificación, existiendo tres grandes grupos de sentencias que admiten la oposición, que la rechazan y que se mueven en una zona gris indeterminada. Es el invocado por el padre de M.J. en su recurso de apelación para evitar el retorno de la niña a Chile.⁹

⁶ *El lugar donde radican sus vínculos afectivos no necesariamente familiares, derivados de su vida cotidiana (Sent. Cass. Italia 2 febrero 2005), el «espacio físico en el que el menor desarrolla sus actividades diarias, espacio en el que se encuentra el centro de sus intereses» (Sent. 1 Juzgado Mixto Carabayllo, Perú 19 julio 2005 [sustracción desde Argentina al Perú]).*

⁷ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Sustracción Internacional de menores. Una visión general*. El discurso civilizador en Derecho Internacional: cinco estudios y tres comentarios (Junio 2011), pp. 124 ISBN 9788499111360- <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf>

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de junio de 2017 OL contra PQ Petición de decisión prejudicial planteada por el Monomeles Protodikeio Athinon ASUNTO C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=c-111/17&language=es>

⁹ I. LORENTE MARTÍNEZ, “Protección 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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, nº 1, 2021, pp. 966-973.

21. En definitiva, los elementos fundamentales sobre los que se basa la aplicación de este convenio son la determinación de la residencia habitual del menor antes del traslado o retención, la confirmación sobre si este traslado o retención ha sido ilícito o no y el análisis sobre si existen motivos reales de oposición y excepcionales que impidan el retorno.

22. Es especialmente importante respecto al Convenio de la Haya 1980 recalcar que nunca se encargará de resolver sobre el fondo de la titularidad de los derechos de guarda o de visitas, ni sobre la atribución o privación de patria potestad o responsabilidad parental, puesto que no regula la ley aplicable a estos temas, estableciendo únicamente “una estructura de cooperación internacional de autoridades y una acción para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual”¹⁰. Estas cuestiones tendrán que ser decididas por los Tribunales del estado donde el menor tenía su residencia habitual y del que ha sido sustraído, pues son los únicos competentes para hacerlo según el artículo 8 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, que vemos a continuación.

2. Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000

23. El origen de este Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003¹¹, lo encontramos en los artículos 61,65 y 67 del TCE, introducidos en el Tratado de Ámsterdam de 1.997, que atribuye a las instituciones comunitarias la competencia para la elaboración de normas relativas a la cooperación judicial civil. Este Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial y será sustituido a partir del 1 de agosto de 2022 por el Reglamento (CE) nº 2019/1111 del Consejo, de 25 de Junio de 2019¹², que se aplicará a los procedimientos incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esa fecha, siendo uno de sus principales objetivos mejorar las relaciones con el Convenio de la Haya del 96, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.¹³

24. El artículo 10 regula la competencia en caso de sustracción de menores. Así, dice este artículo 10 que, en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, serán competentes para determinar asuntos relativos a la responsabilidad parental, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y todo aquel que tenga un derecho de custodia esté conforme con el traslado o haya transcurrido más de un año y el niño, niña o adolescente (en adelante NNA) esté integrado en su nuevo entorno cumpliéndose alguna (no acumulables) de estas condiciones: que en el plazo de un año no se hubiera presentado ninguna demanda de restitución, que se haya desistido de esta, que se haya archivado o que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

¹⁰ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Sustracción Internacional de menores. Una visión general*. El discurso civilizador en Derecho Internacional: cinco estudios y tres comentarios (Junio 2011), pp. 115-155 ISBN 9788499111360-<https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf>

¹¹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-82188>

¹² <https://www.boe.es/doue/2019/178/L00001-00115.pdf>

¹³ B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: Análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya d3 19 de Octubre de 12996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, Nº 1, 2020, pp. 97-117.

25. Excepcionalmente, regula el artículo 15, la competencia para conocer de esta materia la tendrá otro Estado si el órgano jurisdiccional del Estado en principio competente considera que el menor pueda tener una mayor vinculación y por tanto esté mejor situado para conocer el asunto o una parte de este y siempre que responda al interés superior del menor.¹⁴

26. Es en este contexto sobre la competencia para adoptar medidas en el ámbito de la responsabilidad parental en el que la Jurisdicción Voluntaria planteada por el padre solicitando medidas cautelares y protección de la menor fue rechazada, al declararse el Juzgado de Primera instancia carente de “*jurisdicción y competencia internacional para conocer de las medidas...*”, resolución confirmada por la Audiencia Provincial, tras el recurso de apelación presentado por el padre.

27. Además, el padre, en su recurso, invocó erróneamente la aplicación del Reglamento (CE) nº 2019/1111 del Consejo, de 25 de Junio de 2019 que, como hemos dicho no entrará en vigor hasta el 1 Agosto 2022, razón por la que también su pretensión de adopción de medida cautelar de protección sobre M.J., es rechazada, poniendo de manifiesto el Juzgado de Instancia su error.

III. Alegaciones ante al Audiencia

28. Ante la declaración de restitución de la niña a Chile por Juzgado de Primera Instancia nº 79 de Madrid, la representación del padre y de la abuela paterna, interpuso recurso de apelación, dando traslado de su escrito a las demás partes personadas, esto es, al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal, que presentaron sendos escritos de oposición al recurso.

1. Alegaciones del apelante

29. El padre interesa la renovación de la resolución recurrida y solicita se deniegue la restitución a Chile de su hija. Sus alegaciones principales fueron que la menor “*había residido en Chile de manera circunstancial junto a su madre al haberse divorciado*”; que la menor había viajado a España “*con su abuela paterna bajo una doble autorización materna de un precedente poder general de traslado sin límite de tiempo ni lugar*”; que la niña “*está arraigada habitacionalmente*”, que está empadronada y escolarizada y que realiza actividades deportivas y lucrativas en Madrid; que “*la custodia de M.J. estaba siendo ejercida de forma inapropiada y su efectividad quedaba comprometida*” y aludiendo al “*riesgo para la integridad física, para la integridad moral y para su integridad sexual*”

30. En definitiva, la representación del padre y abuela paterna alega el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980 que hemos visto, como argumento de la improcedencia de la restitución de la menor al lugar donde tales hechos se están produciendo.

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal

31. Por su parte el Ministerio Fiscal solicita que se confirme la Sentencia de instancia alegando que la residencia habitual de M.J. es Chile y no ha transcurrido el plazo de un año que recoge el artículo 12 del Convenio de la Haya 1980; que la madre nunca consistió el traslado a España de su hija más allá del periodo vacacional para el que había dado autorización a la abuela paterna entre los días 13 a 22 de Septiembre 2019; que no podía alegarse aquel poder notarial recíproco que se otorgaron los progenitores mediando aún matrimonio y que además la madre había accionado de inmediato cuantos procedimientos estuvieron a su alcance para conseguir el retorno de su hija. Trae, además, como motivo de oposición el

¹⁴ *Ibidem.*

hecho de que ya el juzgado de familia de Santiago de Chile en 5 junio 2019 rechazó la petición del padre para que la niña no se relacionara con la madre, encontrando que esta tenía un “*repertorio de competencias parentales satisfactorias visualizándose un vínculo cercano y afectivo en la relación con su hija*”.

32. En resumen, el Ministerio Fiscal rechaza la aplicación del artículo 13 del Convenio de la Haya 1980 y acepta el retorno de la niña a Chile

3. Alegaciones del Abogado de Estado

33. El Abogado del Estado pide también que se confirme al resolución de instancia, añadiendo a las mismas razones alegadas por el Ministerio Fiscal que la sentencia de modificación de medidas de cuidado personal de 6 de septiembre de 2018 de la autoridad judicial chilena atribuye a la madre el cuidado personal de su hija y que por tanto, teniendo esta la custodia exclusiva de su hija y residiendo al madre en Chile, es allí donde hay que entender que está la residencia habitual de M.J., explicando que la razón por la que la niña está ahora en Madrid es únicamente porque el padre la ha retenido, superando la autorización dada por la madre para viajar a España, en contra de la opinión de la madre e infringiendo la legalidad chilena.

34. Finalmente hace también alusión a que en ninguno de los informes aportados al procedimiento se hace referencia a que la niña estuviera mal atendida o estuviera en riesgo y que no existe indicio alguno de se hubiera producido abuso de ningún tipo, incidiendo de nuevo en la acreditación de que la madre está perfectamente capacitada para su cuidado, rechazando por tanto las razones de oposición al retorno establecidas en el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980.

IV. Resolución del caso por la Audiencia Provincial

35. La audiencia Provincial de Madrid se enfrenta a la decisión de si debe confirmar o no la restitución de M.J. a Chile. Recordemos que no es competente para decidir sobre cuestiones relativas a la responsabilidad parental y por tanto se trata únicamente de decidir dónde tenía M.J. su residencia habitual, si su traslado o retención a España fueron ilícitas y si se observan razones de las recogidas en el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980 que justifiquen la denegación del retorno.

36. En cuanto a la residencia habitual, los elementos con los que la Audiencia Provincial cuenta para decidir son: por un lado, la declaración de residencia de forma definitiva de la niña en Chile desde junio 2017, emitida por el departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y seguridad Pública de Chile, documento objetivo y de indubitada validez; por otro lado, la historia familiar, social, educativa, sanitaria de la niña que aparece “*indiscutiblemente unida, vinculada y arraigada a, y en Chile*”.

37. Para justificar esta afirmación, la Audiencia relaciona todas las evidencias administrativas –el alta como afiliada del Fondo Nacional de Salud–, sanitarias –sus controles médicos y buco-dentales–, y educativas –los certificados del Instituto chileno Norteamericano sobre la alumna, la matriculación de M.J. en la Enseñanza Básica, el informe de evaluación de la escuela de Párvulos o los informes de la Enseñanza Básica–, que constan en el procedimiento de sustracción de menores, rechazando, por ser “*absolutamente inoperantes*”, el alta en el padrón de Madrid de la niña, su matriculación escolar en proceso extraordinario o una prueba de natación realizada en Madrid que había aportado el padre

38. Todos esos documentos, dice la Audiencia Provincial que “*evidencian las claras raíces de M.J. en aquella sociedad chilena*”, quedando rechazados, por tanto, los alegatos del padre sobre el arraigo habitacional de la niña en Madrid, calificando su estancia de “*meramente transitoria ocasionada por*

un traslado no conforme a la ley”.

39. Establecida sin duda alguna entonces que la residencia habitual de M.J. antes del traslado estaba en Chile y que su retención en Madrid fue “*no conforme a la ley*”, la Audiencia pasa a analizar la aplicación al caso del Convenio de la Haya 1980 para determinar si el traslado fue ilícito conforme a lo regulado en su artículo 3. Para ello analiza quién ostentaba el derecho de custodia de la niña con anterioridad al traslado ilícito relacionando todos los antecedentes judiciales habidos en Chile que he relatado en el punto I.2. de este trabajo, concluyendo que “*el traslado de la niña a Madrid con la abuela y su permanencia en este país constituye una sustracción ilícita tal y como establece el Convenio, en modo alguno consentido por la madre como lo evidencia la inmediata puesta en marcha del procedimiento denunciando la sustracción*”. Hace especialmente alusión la Audiencia a la atribución en exclusiva a la madre del derecho de custodia, así como a que la autorización para viajar lo era únicamente para la abuela paterna y durante un tiempo limitado, especificando respecto al poder notarial alegado por el padre, que este “*responde a una situación absolutamente superada en la actualidad por cuanto dicho permiso otorgado en aquel entonces por ambos progenitores para que cualquiera de ellos viajara con la menor sin límite de tiempo y hasta que la hija fuera mayor de edad era una autorización conjunta y recíproca, otorgada antes del divorcio de ambos y no concedida a la abuela paterna*”.

40. Una vez determinada que la residencia habitual de M.J. era Chile, según el concepto para su determinación expuesto más arriba, y calificado el traslado como ilícito, la Audiencia pasa a examinar las previsiones del artículo 13 del Convenio para decidir si los alegatos del padre encajan en alguna de ellas. Analiza por tanto las razones dadas por el padre para oponerse al traslado, recordemos, la circunstancialidad de residencia de la niña en Chile y que había viajado a Madrid con autorización de la madre sin límite de tiempo ni lugar y que ya estaba arraigada, argumentos ambos ya superados, y que existía “*riesgo para la integridad física, para la integridad moral y para su integridad sexual*”.

41. Dice la Audiencia que “*tampoco en estos extremos los alegatos del apelante tienen corroboración alguna; antes al contrario toda la documentación aportada junto con la demanda evidencia que las manifestaciones de la parte demandada carecen de verosimilitud por cuanto los Tribunales chilenos, competentes en todas aquellas y estas reclamaciones, en todas las jurisdicciones desestiman las pretensiones del padre de modificar la custodia materna o de imputar hechos relacionados con daños causados a la menor*” acudiendo para ello a los informes psicológicos y sociales obrantes en Autos respecto a la parentalidad de la madre y a las solicitudes de medidas de protección iniciadas por el padre, todas ellas rechazadas por no haberse apreciado la “*existencia de peligro o daño alguno para Mari José derivado del entorno convivencial materno*”

42. Son numerosos los pronunciamientos que rechazan la aplicación del artículo 13 b) CH80 cuando se alegan peregrinas razones tales como que el menor estaría mejor cuidado y atendido o que tendría mejores condiciones de vida, pues no se trata de decidir “*en qué país estaría mejor el menor*”¹⁵, sino que el “*grave riesgo*”, el “*daño físico o psíquico*” y la “*situación intolerable*” que recoge el artículo 13 CH80 “*deben interpretarse, siempre, restrictivamente y su existencia y concurrencia deben, siempre, probarse.*”¹⁶, puesto que el CH 1980 no persigue que el menor permanezca en el país donde se criaría mejor, sino en el país donde este tenía su residencia habitual, por ser este su mejor interés.

43. Rechazada, por tanto, la aplicación del artículo 13 del Convenio de la Haya, la audiencia se pronuncia con respecto a la posible prejudicialidad concerniente a la existencia del procedimiento

¹⁵ Así lo recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 De enero de 2021 en el caso de restitución de un menor de España a Venezuela [ECLI:ES:APO:2021:104]. <https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9477196/Proteccion%20de%20menores/20210407>

¹⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Sustracción internacional de menores y restitución al país de su previa residencia habitual: determinación del país que representa el mejor contexto vital para el menor*. Accursio Dip-Blog (30 Mayo 2021), <http://accursio.com/blog/?p=1305>

judicial de jurisdicción voluntaria pendiente de resolver en España que el padre alegaba en su recurso de apelación, diciendo que es un procedimiento que “*pretende obstaculizar el regreso de M.J. a Chile*”, confirmando así íntegramente la resolución apelada y desestimando las pretensiones revocatorias formuladas contra la misma.

V. La sustracción de menores en derecho internacional privado de producción interna

44. Los orígenes punibles de la sustracción de menores en España se encuentran en el código penal de 1822, en el que se recogía el castigo para el rapto de niños impúberes y menores de edad sometidos a patria potestad o tutela. Más adelante, el código Penal de 1848 introdujo un tipo que no distinguía el parentesco del niño si este era menor de 7 años. Con la reforma de 1973 el delito de sustracción de menores seguía limitado a la edad de 7 años y ninguno de sus disposiciones sancionaba la conducta del progenitor no custodio que sustraía a sus propios hijos.¹⁷

45.- Fue el Código Penal de 1995 el que pasó a regular la sustracción de menores en distintos tipos, sustracción, detención y tráfico de menores, dentro del Título XII “*Delitos contra las relaciones familiares*” artículos 223, 224 y 225, pero tampoco en ninguno de estos artículos podía subsumirse la sustracción de un menor por su propio progenitor.

46. La Ley Orgánica 9/2002 de 10 de Noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal y del Código Civil, añade un nuevo párrafo al artículo 224: “*El que indujere a un menor de edad o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*”. Introduce también el artículo 225 bis, en cuyo apartado 1 dice: “*1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años*” y en su apartado 2 regula qué se considera sustracción a estos efectos.

47. Finalmente, la Disposición Final 6.29 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, modifica los párrafos 1 y 2 del apartado 2 del artículo 225 quedando la sustracción regulada, a estos efectos, como “*1.º El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2.º La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.*”

48. Procedimentalmente, la Ley 1/2000, de 7 de Enero, Ley de enjuiciamiento Civil, en su largo Capítulo IV bis, añadido por la disposición final 3.10 de la Ley 15/2015, de 2 de julio “*Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*”, artículos 778 quáter, quinquies y sexies, estableció la norma de procedimiento en los casos de sustracción internacional de menores, es decir, debe necesariamente darse este elemento internacional para que el protocolo que establece la norma despliegue sus efectos, dejando sin un marco legal similar el tratamiento judicial de los traslados y retenciones ilícitas que se producen dentro de España. ¿Por qué no se aprovechó esta reforma legislativa para desarrollar un procedimiento respecto a los traslados ilícitos dentro del territorio nacional?

¹⁷ J. M. DE LA ROSA CORTINA Fiscal Juez excedente. Doctor en Derecho *El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia*. Actividad: “sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales”, del 21 al 23 de Junio de 2017 <https://www.fiscal.es/documents/20142/100691/Ponencia+de+la+Rosa+Cortina%2C+Jos%C3%A9+Miguel.pdf/24309fb3-23aa-07d4-a7cc-fde6bd7d64c7>

VI. Reflexiones finales

49. Aunque la regulación internacional aplicable al traslado y retención ilícito de menores es sólida y abarca a una gran mayoría de estados, quedan, sin embargo, algunos países que, ni son Estados miembros de la Unión europea ni han suscrito el Convenio de la Haya de 1980. En estos casos, y a falta de algún convenio bilateral internacional como el suscrito entre España y Marruecos el 20 de Mayo 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visitas y devolución de menores.¹⁸, nos encontramos ante una ausencia de norma, pudiendo únicamente acudir a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, lo que normalmente resulta de gran complejidad.

50. Además de lo anterior, el artículo 778 quarter de la Ley enjuiciamiento Civil solo es aplicable en el ámbito de un convenio internacional, bien sea el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 Agosto 2022 o su próximo sustituto Reglamento (CE) nº 2019/1111 del Consejo, de 25 de Junio de 2019, con entrada en vigor el 1 de Agosto de 2022, bien sea el Convenio de la Haya de 1980 o algún Convenio internacional bilateral, pero no será de aplicación en el resto de los casos.

51. Por lo tanto, si el objetivo fundamental a proteger es el interés superior del menor, ¿es esta norma discriminatoria y rompe ese objetivo? ¿existen NNA a los que se les ofrece una distinta protección dependiendo de en qué país tengan su residencia habitual?. Pero además, dado que esta norma, el artículo 778 quarter de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo se aplica en un ámbito internacional, debemos hacernos otra pregunta, ¿cuál es entonces el procedimiento de restitución que debe aplicarse cuando el traslado o la retención ilícita se produce dentro de territorio español?.

52. Pese a lo que de entrada pueda imaginarse, nos enfrentamos a una mayor complejidad cuando se trata de retornar a un NNA a una ciudad, su residencia habitual donde tiene su centro vital, de la que ha sido trasladado ilícitamente por uno de sus progenitores sin consentimiento ni autorización del otro o de la autoridad judicial en su defecto, y llevado a otra ciudad dentro de territorio español, que cuando nos enfrentamos a una solicitud de retorno de un NNA trasladado fuera de España, siendo el margen de invocación el artículo 158 del código civil.

53. ¿Por qué, siendo el hecho y las consecuencias las mismas, esto es, el traslado o retención ilícito y la privación del contacto con el progenitor sustraído y familia extensa, la respuesta judicial no es la misma? ¿Cuál es la diferencia entre sustraer a un NNA pasada la frontera entre Hueva y Portugal o quedarse 5 kilómetros antes de entrar a Portugal?. Desde un punto de vista del ilícito penal del 225 bis c.p, ninguna. ¿Vuelve entonces a haber NNA a los que se les da una protección mayor o menor en función del lugar, no de dónde han sido sustraídos sino a dónde han sido llevados?

54. Ante la sustracción de un NNA, lo relevante es determinar cuál era su residencia habitual y retornarlo de inmediato allí, dado que es el juzgado de su residencia habitual el único competente para decidir sobre cuestiones de fondo tales como la custodia o cualquier cuestión inherente a la patria potestad. Por tanto, y siendo competente exclusivamente el juzgado de la residencia habitual del NNA, el mismo tratamiento debe tener su retorno al país de origen que a la ciudad de origen en casos de traslados internos. Son reflexiones que deben ponerse, sin más dilación, sobre la mesa legislativa

¹⁸ C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado Universidad Carlos III de Madrid *El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 47-62 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt*