

La incidencia de la doctrina de los actos propios en la aplicación del CH 1980 a supuestos de sustracción internacional de menores. Comentario a la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022

The incidence of the doctrine of own acts in the application of the CH 1980 to cases of international child abduction. Commentary to the SAP Oviedo of April 7, 2022

M^a JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora de Derecho Internacional Privado (Universidad San Jorge)
Magistrada Suplente*

Recibido:16.12.2022 / Aceptado:31.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7583

Resumen: La SAP Oviedo de 7 de abril de 2022 desestima un recurso de apelación formulado por el padre de una niña menor de edad contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo, por la cual se decreta que no procede acordar la restitución a Reino Unido de la hija menor, que había sido trasladada por la madre a nuestro país. Ello, sobre la base de que el traslado de la niña a España desde el Reino Unido fue consentido por su padre, que fue quien interpuso la demanda y el posterior recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, que rechaza sus pretensiones.

Palabras clave: tsustracción de menores, CH 1980, derechos de custodia.

Abstract: The SAP Oviedo of April 7, 2022 dismisses an appeal filed by the father of a minor girl against the judgment issued by the Court of First Instance No. 7 of Oviedo, which decrees that the return of the minor daughter, who had been transferred by her mother to our country, from the United Kingdom is not appropriate. This, on the basis that the transfer of the child to Spain from the United Kingdom was consented to by her father, who was the one who filed the lawsuit and the subsequent appeal against the judgment issued in the first instance, which rejected his claims.

Keywords: child abduction, CH 1980, custody rights

Sumario: I. Introducción: Breve descripción de la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022. II. Consideraciones iniciales acerca de la doctrina de la buena fe y de los actos propios. III. Notas sobre el CH 1980, en particular, sobre la posible ilicitud del traslado ilícito de un menor y las excepciones al retorno inmediato. IV. Análisis de fallo de la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022. V. A modo de conclusión.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familia», IP: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de investigación JIU2021-SOC-10: Retos del Derecho civil en materia de protección de menores, con especial referencia a la era digital, IP: Javier Martínez Calvo.

I. Introducción: Breve descripción de la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022

1. La cuestión litigiosa examinada por SAPOviedo de 7 de abril de 2022 (ECLI:ES:APO:2022:1294) tienen por objeto el ejercicio de una acción de retorno de una menor, que fue trasladada a España por su madre desde el extranjero, para lo cual, el Tribunal ha debido dilucidar si dicho desplazamiento puede calificarse o no de ilícito con arreglo al CH 1980. Se trata de un tema que, en los últimos tiempos, ha venido adquiriendo notoriedad debido al interés mediático que han despertado algunos asuntos, como el caso de Juana Rivas. No obstante, al margen de ello, nos encontramos ante un fenómeno de notable relevancia, debido al aumento de los supuestos de sustracción internacional de menores, como consecuencia de la creciente internacionalización de las relaciones familiares.

2. Concretamente, en el caso que se va a analizar a lo largo del presente trabajo, la Audiencia Provincial de Oviedo desestima un recurso de apelación formulado por el padre de una niña menor de edad contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo, por la cual se decretó que no procedía acordar la restitución a Reino Unido de la hija menor, que había sido trasladada por la madre a nuestro país. Ello, sobre la base de que el traslado de la niña a España desde el Reino Unido fue consentido por su padre, quien interpuso la demanda y el posterior recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, que rechazó sus pretensiones.

3. Tanto la sentencia de instancia como el Tribunal “ad quem” consideran probado que, en octubre de 2021, el padre presentó demanda ante los órganos jurisdiccionales del Reino Unido y que estos resolvieron que, a la fecha del traslado de la menor con su madre a España (20 de octubre de 2021), la residencia habitual de la hija se situaba en Reino Unido, así como que el padre tenía y ejercía derechos de custodia, de conformidad con lo previsto en la ley de la jurisdicción de Inglaterra y Gales, y en el sentido de los artículos 3 y 5 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante CH 1980)¹. También coinciden dichas resoluciones en que, aun siendo correcto, con arreglo al art.5 CH 1980, que el tribunal inglés se pronunciase sobre el lugar de residencia habitual de la menor y sobre los derechos de custodia del padre según la legislación inglesa, dicha decisión no vincula al tribunal español.

4. Conviene aclarar que el progenitor apelante se había trasladado a España por motivos laborales en septiembre de 2020, habiendo fijado en la ciudad de Barcelona su residencia, donde teletrabajaba y en la cual continuaba residiendo en el momento en que se produjo lo ruptura con la madre de la menor, en las Navidades del mismo año.

5. La Audiencia Provincial entiende que en el momento de interposición de la demanda, el padre era titular de la patria potestad de la menor, de la representación legal y de los derechos y deberes inherentes a la misma, si bien, considera que, no ejercía de modo efectivo o material la custodia, entendida como convivencia habitual y cuidado de los hijos. A estos efectos, la Sala valora que el progenitor solo había visto a su hija dos semanas en Navidad y unos días en agosto de 2021. Por tal motivo, el Tribunal resuelve que el traslado no sería ilícito, de conformidad con el art. 3 b) CH 1980 y no acoge la pretensión del recurrente de restitución de la menor al Reino Unido.

6. Además, se muestra de acuerdo con la Juez “a quo” en que la solicitud de restitución de la niña podría ser denegada, en virtud de lo dispuesto en el art.13 a) CH 1980, habida cuenta que de la prueba practicada se acredita que el traslado de la madre con la hija a España fue consentido por el progenitor apelante.

¹ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, «BOE» núm. 202, de 24/08/1987.

7. No obstante, hay otros datos respecto de los cuales el Tribunal “ad quem” guarda silencio o se pronuncia de forma ambigua. Tal es el caso de si existe una resolución judicial, convenio regulador o pacto de relaciones familiares, en relación con la custodia de la hija. Ciertamente, de la redacción de la Sentencia únicamente se deduce que, con anterioridad de su traslado a España, la menor se encontraba bajo la guarda de la madre en Londres, mientras que el padre residía en España, y que ambos progenitores son titulares de la responsabilidad parental. Tampoco queda clara la edad de la menor, aunque cabe entender que no ha alcanzado la edad de 16 años, pues, de lo contrario el Convenio no resultaría de aplicación, con arreglo a lo dispuesto en su artículo 4. Del mismo modo, no se menciona expresamente donde reside el padre en el momento en que pone en marcha el procedimiento de restitución de la menor en España, ni si ha vuelto a Reino Unido, dado su interés en que la niña sea devuelta a este país.

8. Visto el tenor de la SAP Oviedo, seguidamente, en primer lugar, se examinarán los presupuestos para la aplicación de la doctrina de la buena fe y de los actos propios, habida cuenta que la resolución de la Sala aprecia la existencia de consentimiento paterno respecto del desplazamiento a España de la menor, a la luz de la prueba practicada. En segundo término, se estudiarán los requisitos para que proceda la restitución del menor, con especial atención al art.3 del Convenio y a la excepción del art.13 a) CH 1980. Por último, se analizará el fallo de la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022 y se terminará con unas reflexiones finales.

II. Consideraciones iniciales acerca de la doctrina de la buena fe y de los actos propios

9. Con carácter previo al análisis del fallo de la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022, parece oportuno realizar una serie de consideraciones acerca de la denominada doctrina de la buena fe y de los actos propios, toda vez que, como ya se ha dicho, obran en la causa suficientes pruebas que acreditan que el padre de la niña era conocedor de la intención de la madre de trasladarse a España y de que no manifestó su oposición hasta que esta no se vio materializada. Más aún, consta en autos que el progenitor exteriorizó que así pasaría más tiempo con la hija. En concreto, por ambas partes se aportaron al procedimiento diversos correos electrónicos de los cuales se deduce que el progenitor recurrente era sabedor de que la madre había encontrado trabajo en nuestro país, que había alquilado un piso cerca de Oviedo, habiendo el padre visitando la zona y los colegios donde podría escolarizar a su hija y habiéndose ofrecido a matricular a la niña. Ciertamente es que el apelante mostró sus dudas acerca de la conveniencia de que la madre se instalase en dicha localidad, pero, nunca cuestionó su desplazamiento a España con la hija común de la pareja.

10. Dicho esto, hay que explicar que, desde antiguo, los tribunales de justicia vienen aplicando una serie de reglas o principios que operan con independencia de las normas con rango de ley. Se trata de la denominada “doctrina de los actos propios” o regla “non venire contra factum proprium”. Esta teoría recoge un principio general del Derecho, que se aplica tanto en Derecho Público como en Derecho Privado y que también opera respecto de situaciones de Derecho Internacional privado. Conforme a esta teoría, se niega la legitimación procesal, ya sea activa o pasiva, a aquellos sujetos que interpongan acciones legales ante los tribunales de justicia, con objeto de reclamar el reconocimiento de una pretensión que resulte contraria a un comportamiento anterior de esa persona².

11. En este sentido, nuestro Tribunal Supremo (STS nº 63/2018 de 5 febrero, entre otras) viene sosteniendo que “La doctrina jurisprudencial sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencias 1/2009, de 28 de enero y 301/2016, de 5 de mayo). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción

² Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La doctrina de los actos propios, una sentencia de divorcio dictada en el extranjero y una sucesión en favor de la esposa abierta en España”, publicado el 11 de junio de 2022 en *ACCURSIO DIP Blog*, <http://accursio.com/blog/?p=1513>.

entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (sentencias núm. 552/2008, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, 649/2014, de 13 de enero de 2015, y 301/2016, de 5 de mayo)³.

12. La doctrina de los actos propios se encuentra estrechamente vinculada con la buena fe en el ejercicio de los derechos y la prohibición de abuso de derecho, que en el ordenamiento jurídico español se contemplan en el art.7 Cc. La jurisprudencia ha precisado que, conforme al principio de la buena fe, la ley no puede amparar el abuso de derecho ni el ejercicio antisocial del mismo. Se trata, pues, de un mecanismo de defensa contra una acción ejercitada dolosamente. En este sentido, se han individualizado una serie de casos en los que cabe apreciar un ejercicio desleal de los derechos subjetivos, al margen de lo postulados de la buena fe, en tanto en cuanto la misma veda ir en contra de los actos propios, entre los cuales, destacaría a los efectos de este trabajo, que “no debe admitirse la invocación de las reglas jurídicas por el mismo sujeto que las despreció o no cabe imputar a otro una conducta en la que la propia parte ha incurrido⁴.

13. En definitiva, en palabras de la STS de 27 de junio de 2021, “actuar conforme a los requerimientos derivados de la buena fe, dentro de los cuales se podría incluir no abusar del derecho, exige no hacerlo en contra de la confianza suscitada en la otra parte; ser coherente con la propia conducta por imperativos éticos; y no ejercitar de forma desleal los derechos subjetivos. Las actuaciones sin sujetarse a dicho principio no generan una mera sanción moral por la conducta desencadenada, sino indiscutibles consecuencias jurídicas sobre el ejercicio de los derechos, como incluso la desestimación de las pretensiones ejercitadas.”

14. Las anteriores consideraciones enlazarían con la teoría de las expectativas razonables o principio de la apariencia jurídica, en cuya virtud “una persona no debe hacer creer a otras que su posición jurídica es una para luego actuar contra dicha posición, pues los terceros quedarían dañados o más bien engañados y el tráfico jurídico se volvería inestable, imprevisible y, al final, imposible⁵.” Ténganse en cuenta aquí que “los actos propios tienen su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, lo que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables, declarando así mismo que sólo pueden merecer esta consideración aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definen de forma inalterable la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, lo que no puede predicarse en los supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia⁶.”

³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) num. 63/2018 de 5 febrero (RJ\2018\397). Vid. también STSJC num. 28/2007 de 27 septiembre (RJ\2007\8520), que expone como el Código de Derecho Civil de Cataluña recoge la doctrina de los actos propios, disponiendo que “Nadie puede hacer valer un derecho o una facultad que contradiga la conducta propia observada con anterioridad si ésta tenía una significación inequívoca de la cual derivan consecuencias jurídicas incompatibles con la pretensión actual”

⁴ Así se expresa la STS num. 578/2021 de 27 julio (RJ\2021\3655), con cita de otras muchas resoluciones del TS. De la misma manera nuestro Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre este particular, en sentencias como las núm. 120/1983, de 15 de diciembre (RTC 1983, 120), 6/1988, de 21 de enero (RTC 1988, 60/2017, de 22 de mayo (RTC 2017, 60) y 165/2020, de 16 de noviembre (RTC 2020, 165), entre otras muchas, en las cuales se reconoce que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE se debe ejercitar también con sujeción al principio de la buena fe. También el TEDH ha valorado que, en el ejercicio de los derechos fundamentales, se haya actuado con sujeción a las exigencias de la buena fe (SSTEDH de 21 de enero de 1999 (TEDH 1999, 3), caso Fressoz y Roire c. Francia; de 20 de mayo de 1999 (TEDH 1999, 22), caso Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega; o de 29 de julio de 2008 (JUR 2008, 237462), caso Flux c. Moldavia).

⁵ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La doctrina de los actos propios, una sentencia de divorcio dictada en el extranjero y una sucesión en favor de la esposa abierta en España”, publicado el 11 de junio de 2022 en *ACCURSIO DIP Blog*, <http://accursio.com/blog/?p=1513>.

⁶ Vid. SAP Murcia (Sección 5^a) núm. 86/2010 de 16 marzo (JUR 2010\164419), con cita de numerosas sentencias del TS.

III. Notas sobre el CH 1980, en particular, sobre la posible ilicitud del traslado ilícito de un menor y las excepciones al retorno inmediato⁷.

15. Primeramente, hay que recordar que el CH 1980 constituye uno de los instrumentos más importantes aprobados en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado. Baste decir que, a fecha 14 de noviembre de 2022, el número de Partes contratantes asciende a 103⁸, entre las cuales figuran tanto España como Reino Unido, países involucrados en el supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial de Oviedo en el caso que nos ocupa. Este Convenio, que no incorpora reglas de Derecho Internacional Privado, incluye normas jurídicas conocidas como “self-executing”, es decir, normas cuya particularidad radica en que se aplican sin que los Estados parte deban dictar normas para su desarrollo⁹.

16. Conforme al art.1 CH 1980, la finalidad del Convenio consiste, por un lado, en garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante, y por otro, velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes¹⁰. La definición de traslado ilícito se

⁷ De entre los numerosos trabajos publicados sobre este tema, para la elaboración del presente trabajo se han consultado, entre otros: A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: Una visión general” en Y. GAMARRA CHOPO (Coord.) *El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico (C.S.I.C), Excma. Diputación de Zaragoza, 2011, pp. 115-155; A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y sustracción internacional de menores: algunas cuestiones controvertidas”, E. PÉREZ VERA (ed. lit.), J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (ed. lit.), M. GUZMÁN ZAPATER (ed. lit.), A. FERNÁNDEZ PÉREZ (ed. lit.), M. GUZMÁN PECES (ed. lit.), *El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, 2020, pp.185-205; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un Estado distinto al de su residencia habitual. su interpretación en el Auto de la Audiencia Provincial Barcelona (sección 18^a) de 27 de noviembre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 641-651; C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “Sustracción internacional de menores: Vías de actuación en el marco jurídico vigente” *Revista Boliviana de Derecho*, Nº. 20, 2015, pp. 192-213; C. AZCÁRRAGA MONZONÍS Y P. QUINZÁ REDONDO, “Sustracción internacional de menores y convenio de La Haya de 1980. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 3^a) núm. 377/2017, de 29 de junio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 795-801; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Capítulo XXV. Sustracción internacional de menores: Aplicación por el Tribunal Supremo de los instrumentos internacionales vigentes para España”, A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Coord.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Vol. 2, Tomo 2, 2019, pp. 587-605; I. LORENTE MARTÍNEZ, *Sustracción internacional de menores: Estudio jurisprudencial práctico y crítico*, Dykinson, 2019; I. LORENTE MARTÍNEZ, “4. La protección del menor en los casos de sustracción internacional de menores. Especial mención de la crisis sanitaria del Covid-19”, A. ORTEGA GIMÉNEZ (Dir.), I. LORENTE MARTÍNEZ Y L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (Coord.), *Europa en un mundo cambiante: Estrategia Europa 2020 y sus retos sociales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 67-80; I. LORENTE MARTÍNEZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 966-973; C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Sustracción internacional de menores extracomunitaria: A vueltas con la obligación de restitución automática del Convenio de La Haya de 1980 en la práctica española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 134-152; M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “El Caso “Green Card”. Reconocimiento de resolución de familia británica en España. Sustracción de menores/Reino Unido, España, Estados Unidos de América”, A. CEBRIÁN SALVAT E I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2019, pp.60-72, D. CARRILLO MARÍN, “La declaración de ilicitud del traslado de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; Un caso práctico”, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado y sociedad global: Los principios del Derecho Romano en el Derecho Privado Europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp.505-513.

⁸ Consúltese, <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>. En este enlace se indica que “el término “Parte contratante” comprende los casos en los que el Convenio ha entrado en vigor, y los casos en los que aún no ha entrado en vigor, para esa Parte después el depósito del instrumento de ratificación, adhesión, aceptación o aprobación.”

⁹ Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, p.969; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Vol. II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2129.

¹⁰ Estos objetivos se avienen con lo previsto en diversos textos internacionales en relación con el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en los términos del art.10 de la Convención de los derechos del niño de UN de 1989, del art.8 CEDH o de los arts.7 CDFUE en relación con el 24.2 del mismo texto legal, que consagra el principio del interés del menor. Vid. G. MORENO CORDERO, “8. El interés del menor y su retorno seguro en sustracciones intracomunitarias fundadas en violencia de género: el grave riesgo en la guía de las buenas prácticas”, A. ORTEGA GIMÉNEZ (Dir.), I. LORENTE MARTÍNEZ Y L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (Coord.), *Europa en un mundo cambiante: Estrategia Europa 2020 y sus retos sociales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp.121-122.

encuentra recogida en el art.3 del Convenio, que entiende que el traslado o la retención de un menor es ilícito en dos supuestos:

- 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. Este derecho de custodia mencionado 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. De este último párrafo se deduce que no es obligatorio que exista una resolución previa que resuelva sobre la custodia¹¹.
- b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

17. En definitiva, lo determinante en estos casos es que el menor haya sido sustraído del entorno familiar y social en el cual realizaba su vida. Junto a ello, es importante subrayar que para definir un traslado o retención de un menor habrá que atender a la existencia de un derecho de custodia, “que da un contenido jurídico a la situación modificada por las acciones que se pretenden evitar¹².”

18. Lo cierto es que el CH 1980 no explica los términos en que ha de interpretarse ese ejercicio de forma efectiva de los derechos de custodia, conforme al art.3. Sin embargo, el propio Convenio sí que concreta en su art.5 qué debe entenderse por derechos de custodia y visitas a los efectos del Convenio. En lo referente a este trabajo, es conveniente establecer qué derechos se encuentran comprendidos en la noción de derecho de custodia del CH 1980; y así dicho instrumento normativo dispone que quedan cubiertos por el mencionado concepto “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia¹³”

19. Nótese aquí que el Convenio no se ocupa del fondo de los derechos de custodia, toda vez que no lo menciona entre una de sus finalidades en el art.1. Más aún, en los arts.16, 17 y 18 CH 1980 se aprecia la intención del Convenio de desvincular la acción de restitución en relación con los derechos de custodia. Así, el derecho de custodia habrá que dirimirse ante las autoridades competentes del Estado de la residencia habitual del menor con anterioridad a su desplazamiento, tanto si el traslado se ha producido antes de haberse dictado una resolución en relación con la custodia como si ha tenido lugar con pos-

¹¹ Vid. C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Sustracción internacional de menores extracomunitaria: A vueltas con la obligación de restitución automática del Convenio de La Haya de 1980 en la práctica española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, p.139. Esta autora entiende que no es preciso que exista una previa resolución judicial que atribuya un derecho de custodia o régimen de visitas para que pueda iniciarse el procedimiento de restitución previsto en el CH 1980, puesto que lo que protege el citado Convenio es “el efectivo ejercicio del derecho de custodia o régimen de visitas y, consecuentemente, proteger al menor manteniendo su statu quo, lo cual puede producirse en una mera separación de hecho sin mediación de autoridad competente (tal y como se deduce del último párrafo del art. 3 del Convenio).”

¹² En este sentido, Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p.3, en el cual se expone que “nos encontramos ante el traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia. Por supuesto, es preciso asimilar a semejante situación la negativa a devolver al menor a su entorno, tras una estancia en el extranjero, consentida por la persona que ejercía la custodia. En ambos casos, la consecuencia es, en efecto, la misma: el menor ha sido sustraído al entorno familiar y social en el que se desarrollaba su vida. Por lo demás, en este contexto, poco importa la naturaleza del título jurídico sobre el que descansaba el ejercicio del derecho de custodia sobre la persona del menor: desde este punto de vista, la existencia o ausencia de una resolución relativa a la custodia no cambia en absoluto los aspectos sociológicos del problema”.

¹³ Durante los trabajos preparatorios del Convenio, se presentaron varias propuestas para suprimir del art. 3 la referencia al ejercicio efectivo de la custodia, “debido a que, de esa forma, se imponía al demandante la carga de la prueba sobre un punto que, a veces, será difícil de establecer.” En este sentido, Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p.21.

terioridad y en consecuencia, desobedeciendo dicha resolución¹⁴. En este punto, hay que tener presente que el art.16 CH 1980 prohíbe a las autoridades judiciales o administrativas del Estado donde haya sido trasladado el menor o en el cual se encuentre retenido ilícitamente, resolver sobre el fondo de la cuestión de los derechos de custodia hasta que se haya decidido que no procede la restitución del menor en los términos del Convenio, o si pasado un tiempo razonable, no se han ejercitado acción alguna conforme a dicho texto legal¹⁵. Del mismo modo, la resolución que se acuerde sobre la restitución del menor en virtud del Convenio no influirá en la cuestión de fondo del derecho de custodia (art.19).

20. Por otro lado, el Convenio se aplica a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes del traslado ilícito, y deja de aplicarse cuando el menor haya cumplido los 16 años de edad (art.4 CH 1980)¹⁶. No se olvide aquí que el Convenio se aplica inter partes, luego, para que opere el CH 1980, el menor debe tener su residencia habitual en un Estado parte del Convenio y ha de haber sido trasladado a otro Estado parte del mismo.

21. Para el cumplimiento de sus fines, el CH 1980 recoge una serie de medidas urgentes, cuya naturaleza puede ser preventiva o que, en el caso de haber tenido lugar ya el desplazamiento o retención ilícitos, tienen por objeto el retorno del menor a su residencia habitual¹⁷. Concretamente, junto la adopción de medidas encaminadas a conseguir la restitución voluntaria del menor, el Convenio establece un procedimiento de restitución inmediata del niño, de carácter urgente y que se articula a través de un sistema de cooperación entre Autoridades Centrales, que se regula en sus arts.8 a 20. No obstante, el Convenio no contempla una obligación absoluta, en virtud de la cual las autoridades del Estado requerido, ya sean judiciales o administrativas, deban acordar ineludiblemente la restitución del menor. Así, los arts. 12, 13 y 20 (excepción de orden público) disponen una serie de causas, que pueden operar como motivos para denegar la restitución del menor, que deberán ser interpretadas de manera restrictiva y en interés de los menores¹⁸. En este sentido, del art.12 CH 1980 se colige la facultad que asiste a las autoridades del Estado requerido para denegar la restitución del menor cuando haya transcurrido un periodo superior al

¹⁴ Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p.5.

¹⁵ El TEDH reconoce que esta regla trata de evitar que el procedimiento referido al derecho de custodia prejuzgue el relativo a la restitución del menor. Vid. STEDH (Sección 1^a) de 6 de noviembre de 2008, Caso Carlson contra Suiza (TEDH\2008\86). Sobre la jurisprudencia del TEDH y la aplicación del CH 1980, consúltese, M. HERRANZ BALLESTEROS, “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho Europeo* 44, Octubre - Diciembre 2012, pp. 41 a 60.

Se ha dicho, además, que la principal finalidad del CH 1980 es el mantenimiento del *status quo* anterior a la sustracción del menor y que ello incide asimismo en la necesidad de respetar las normas de competencia

aplicables a los derechos de custodia antes de que tuviera lugar la sustracción. Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, 2008,

¹⁶ Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p. 22, en el cual se justifica la elección de la edad a que se refiere el art.4 CH 1980, en que “una persona de más dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que es difícil ignorar, ya sea por uno o por otro progenitor, ya sea por una autoridad judicial o administrativa”. A ello se refiere igualmente, M. HERRANZ BALLESTEROS, “Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un Estado distinto al de su residencia habitual. su interpretación en el Auto de la Audiencia Provincial Barcelona (sección 18^a) de 27 de noviembre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, N° 2, p.645.

¹⁷ Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, “4. La protección del menor en los casos de sustracción internacional de menores. Especial mención de la crisis sanitaria del Covid-19, A. ORTEGA GIMÉNEZ (Dir.), p.69 y también, I. LORENTE MARTÍNEZ, *Sustracción internacional de menores: Estudio jurisprudencial práctico y crítico*, Dykinson, 2019, p.64.

¹⁸ Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, “4. La protección del menor en los casos de sustracción internacional de menores. Especial mención de la crisis sanitaria del Covid-19, A. ORTEGA GIMÉNEZ (Dir.), p.69 y C. AZCÁGARRA MONZONIS, “Sustracción internacional de menores. asunto vinculado con Suiza y España. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1^a) núm. 52/2018, de 17 de abril”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, N° 1, p.676.

En otro orden de consideraciones, debe advertirse que existe una abundante jurisprudencia del TEDH sobre la interpretación de las causas de no restitución del menor y la consiguiente orden de no retorno, en relación con el art.8 CEDH, que ha sido analizada de manera exhaustiva por M. HERRANZ BALLESTEROS, “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho Europeo* 44, Octubre - Diciembre 2012, pp. 41 a 60.

año desde que se produjo el traslado o retención ilícitos, o en el supuesto de que, aun habiendo finalizado el plazo inferior al año, fijado en el citado precepto, se demuestre que el menor se encuentra integrado en el nuevo medio. Además, Junto a esto, el art.13 CH 1980 establece las excepciones por las cuales se permite declarar la improcedencia de la restitución si se acredita alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejerciera de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o hubiera consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
- b) Que existe 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.

22. El art.13 también prevé que las autoridades competentes se nieguen a ordenar la restitución del menor en el supuesto de que el propio menor se oponga a la restitución, siempre y cuando el niño cuente con la edad y madurez suficiente para tener en cuenta sus opiniones.

23. Atendiendo a que la SAP Oviedo aborda el análisis de la excepción prevista en el art.13 a) CH 1980, parece oportuno detenerse en este precepto y realizar una serie de puntualizaciones acerca de esta causa de no restitución¹⁹:

- 1^a) Poniendo en relación el art.13 a) con el art.3, ambos del Convenio, el derecho de custodia puede haber sido atribuido, sola o de forma conjunta, a la persona que ejercita la acción de restitución del menor, de tal manera que también se califica como ilícito el traslado de un menor por uno de los titulares de la custodia conjunta, sin el consentimiento del otro titular, en tanto que habría hecho caso omiso a los derechos reconocidos legalmente al otro progenitor.
- 2^o) Tanto el art.3 como el art.13 a) CH 1980 requieren que el derecho de custodia vulnerado por el desplazamiento ilícito sea ejercido de forma efectiva por su titular. Esta idea encuentra su justificación en el marco de las relaciones internacionales, en el cual es relativamente frecuente que existan resoluciones contradictorias que no siempre resultan adecuadas para fundar en ellas la protección de la estabilidad de la vida de un menor²⁰.
- 3^o) El artículo 13 a) asigna al infractor la carga de probar que la persona, institución u organismo, a cuyo cargo se encontraba el menor, no ejercía efectivamente la custodia en el momento de producirse el desplazamiento o retención ilícitos²¹. Sobre este particular, el Informe explicativo del CH 1980 aclara que del Convenio se deduce una presunción no implícita de que el titular de los derechos de custodia los ejerce de forma efectiva, salvo prueba en contrario del infractor que se opone a la restitución²².
- 4^a) Tal como se ha indicado más arriba, el Convenio no define la noción de “ejercicio efectivo” de los derechos de custodia, aunque el art.5 alude al cuidado de la persona del menor. Comparando el art.13 a) con el art.5, ambos del CH 1980, es posible concluir, siguiendo en este punto el Informe explicativo del Convenio, -y esto es importante a los efectos de este trabajo-, que “existe custodia efectiva cuando su titular se encarga del cuidado de la persona del menor, incluso si no conviven, por razones plausibles en cada caso concreto (enfermedad, estancia de estudios, etc..).” Ahora bien, el citado Informe deja al arbitrio del Juez la

¹⁹ Para despejar las lagunas del art.13 a) o las dudas que suscita su interpretación se va a acudir a E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*.

²⁰ Se dice en el Informe explicativo que, en este punto, “el Convenio ha hecho hincapié en la protección del derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital, es decir del derecho de los menores a no ver alteradas las condiciones afectivas, sociales, etc. que rodean su vida, a menos que existan argumentos jurídicos que garanticen la estabilidad de la nueva situación.” Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p.21.

²¹ La diferencia con el art.3 CH 1980 estribaría en que, en este caso, “sólo exige al demandante una primera evidencia de que ejercía realmente el cuidado sobre la persona del menor”. Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p.21.

²² Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, pp.21 y 22.

decisión de determinar la naturaleza efectiva o no del ejercicio de la custodia de un menor en cada caso concreto²³.

- 5º) La aquiescencia del titular del derecho que formula la reclamación puede afectar a la calificación del desplazamiento del menor como ilícito. En concreto, el art. 13 a) se refiere al consentimiento del titular de los derechos de custodia al autorizar el traslado o retención del menor, permitiendo también que ese consentimiento o aprobación se haya emitido con posterioridad, aceptando esa situación²⁴. Aquí hay que advertir que hay casos en que ese consentimiento ha sido otorgado por el titular de la custodia, si bien por un tiempo determinado, lo que implica que si la situación persiste fuera del límite temporal para el cual se consintió, el traslado o retención deviene ilícita²⁵. No cabe duda de que quien ha de probar la existencia de dicho consentimiento ha de ser el progenitor “secuestrador”, siendo contrario al texto del art. 13 a) CH 1980 que se obligue al progenitor no infractor a acreditar que no ha consentido el desplazamiento o no retorno ilícitos del menor. En este sentido se ha pronunciado el TEDH²⁶.

24. Sentado lo que antecede, a continuación, se analizará el fallo de la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022, poniendo sus fundamentos y conclusiones en relación lo explicado respecto a la doctrina de los actos propios, la buena fe y el abuso de derecho, junto con el art. 3 y la excepción de no retorno del art. 13 a) CH 1986

IV. Análisis de fallo de la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022

25. Como ya se ha indicado más arriba, la SAP Oviedo desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de instancia, ratificando esta en todos sus pronunciamientos- con los cuales la Sala afirma encontrarse de acuerdo, aunque con algunos matices,-y en consecuencia, denegando la restitución de la menor al Reino Unido, que había sido solicitada por su padre.

26. Primeramente, se van a examinar los argumentos referentes a la valoración que se ha hecho, tanto en primera instancia como vía recurso de apelación, sobre la resolución de la High Court Of Justice de Londres, de 9 de diciembre de 2021, por la que se establece que, al tiempo de producirse el traslado de la menor a España con su madre, la residencia de la hija se encontraba en Reino Unido y que el padre ejercía los derechos de custodia conforme a los arts. 3 y 5 CH 1980. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial no ponen en duda la pertinencia de la resolución extranjera, si bien consideran que no están obligados por sus conclusiones. Este pronunciamiento de ambos tribunales podría encontrar encaje en los arts. 16-19 CH 1980, dado que, ciertamente, de tales preceptos parece desprenderse que en el Convenio subyace el propósito de prevenir que el procedimiento referido al derecho de custodia prejuzgue el relativo a la restitución del menor, lo cual ha venido avalado por la doctrina del TEDH²⁷. Esta separación entre ambos procedimientos se hace más evidente en los arts. 17 y 19 CH 1980. En el primer caso, puesto que la decisión de no restitución del menor no puede justificarse únicamente en el hecho de

²³ Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p 33.

²⁴ Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p 33. En este informe se pone de manifiesto que “esta precisión hizo posible la supresión de toda referencia al ejercicio de “buena fe” del derecho de custodia, con lo que se evitó que el Convenio pueda ser utilizado como instrumento de un posible “regateo” entre las partes.”

²⁵ M. HERRANZ BALLESTEROS, “Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un Estado distinto al de su residencia habitual. su interpretación en el Auto de la Audiencia Provincial Barcelona (sección 18ª) de 27 de noviembre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, p.646. Advierte esta autora que la excepción del art. 13 a) CH 1980 suele formularse de forma conjunta con otras excepciones.

²⁶ Sobre la inversión de la carga de la prueba y su relación con la posible violación de los arts. 6 y 8 CEDH, consúltense STEDH (Sección 1ª) de 6 de noviembre de 2008, Caso Carlson contra Suiza (TEDH\2008\86).

²⁷ Como ejemplo, cabe citar la STEDH (Sección 1ª) de 6 de noviembre de 2008, Caso Carlson contra Suiza (TEDH\2008\86), con mención de otras muchas.

que se haya dictado una resolución relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido. Y en el segundo, habida cuenta que una resolución sobre la restitución del menor tampoco puede afectar a la decisión sobre el fondo de la custodia.

27. No obstante, en la práctica, la separación entre ambas cuestiones no resulta tan clara, pues es innegable que, en determinadas circunstancias, puede haber cierta conexión entre el procedimiento de restitución y la cuestión de fondo de los derechos de custodia, lo cual se hace más patente a la hora de valorar la ilicitud del desplazamiento o retención, así como la posible concurrencia de algunas de las causas de no restitución previstas en el Convenio²⁸. En cualquier caso, los tribunales españoles sí que se encontraban facultados para tomar en consideración los fundamentos de la sentencia extranjera al aplicar el Convenio y resolver acerca de si el titular de la custodia la ejercía de forma efectiva en el momento del desplazamiento de la menor a España y por consiguiente, si el traslado podría calificarse como ilícito en el sentido del art.3 o en su caso, para verificar si concurría la excepción del art.13 a) del Convenio. (arts.14 y 17 CH 1980).

28. En segundo término, la Sala valora si el desplazamiento de la menor a nuestro país desde Reino Unido es susceptible de ser considerado ilícito con arreglo al art.3 CH 1980. No deja claro el Tribunal “ad quem” si el Juzgador “a quo” hizo manifestación alguna sobre este particular, pero, de la redacción de la sentencia parece inferirse que, con muy buen criterio, es uno de los puntos en que la Audiencia ha introducido alguna matización. En todo caso, la Sala entiende que, en el supuesto sometido a su consideración, el desplazamiento de la menor no constituye un traslado ilícito en los términos del artículo 3, puesto que el progenitor apelante no ejercía de modo efectivo o material la custodia y por consiguiente, faltaría uno de los presupuestos recogidos en el citado precepto. El Tribunal fundamenta su decisión en la ausencia de convivencia habitual entre la menor y su padre, circunstancia esta que parece acreditarse con los elementos fácticos que obran en la causa. Ahora bien, la Audiencia no valora a tal fin si concurren en el asunto enjuiciado algunas de las circunstancias que, en virtud del art.5 CH 1980, quedan comprendidas en el concepto de derechos de custodia, tales como “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”. Nótese aquí que el Tribunal británico sí que se ha manifestado acerca de tales extremos.

29. En relación a los argumentos de la Sentencia que resuelve el recurso de apelación, ha de traerse de nuevo a colación la interpretación dada por el Informe explicativo del Convenio, expuesta más arriba, que deja sentado que la convivencia previa al traslado o retención del menor no es un dato significativo en orden a determinar si existe o no custodia efectiva, aunque dispone que habrá que estar a cada caso concreto y examinar si la ausencia de convivencia obedece a motivos razonables. En efecto, el Informe reseñado pone en mayor medida el acento en otra circunstancia, cual es que el titular de la custodia se encargue del cuidado del menor. No obstante, se trata de criterios interpretativos y en último término, el Informe deja a la discrecionalidad del Juez la decisión de si en un supuesto determinado la custodia se ejerce o no de manera efectiva.

30. Sin embargo, a mayor abundamiento, aunque se hubieran atendido los argumentos de la parte recurrente en el sentido de que el progenitor apelante ejercía de forma efectiva la custodia sobre la menor, debe advertirse que la Sentencia de la Audiencia Provincial enumera una serie de pruebas, de las cuales se colige que el desplazamiento de la menor a España fue consentido por el progenitor. En consecuencia, tampoco procedería estimar la solicitud de restitución de la menor a Reino Unido, formulada por el recurrente, habida cuenta que dicho consentimiento pone en evidencia que no ha habido vulneración alguna de los derechos de custodia y por consiguiente, el traslado de la hija no sería ilícito con arreglo al art.3 CH 1980²⁹.

²⁸ Así lo defiende P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, 2008, pp.9-10.

²⁹ En relación con el consentimiento del progenitor al traslado o retención de un menor, la Circular 6/2015 de la Fiscalía

31. Dichas pruebas han sido valoradas de forma exhaustiva por la Audiencia Provincial, que acoge a este respecto los fundamentos de la sentencia recurrida en relación con la excepción del art.13 a) CH 1980, que, de cumplirse los presupuestos del art.3, podrían haber dado lugar a la desestimación de la pretensión de restitución. Ello, habida cuenta que el padre era conocedor de la intención de la madre de trasladarse con la niña a nuestro país, donde, además, el progenitor se había trasladado por motivos laborales y había fijado su residencia habitual, sin que éste manifestase objeción alguna al respecto, llegando, incluso, a indicar su deseo de matricular a la niña en un colegio en nuestro país y a ofrecerse a realizar la matrícula él mismo. También mostró su satisfacción por poder pasar más tiempo con la niña una vez se hubiera establecido en España y visitó la localidad donde madre e hija pensaban fijar su residencia, respecto de la cual exteriorizó ciertas dudas, que no se hicieron extensivas a la decisión de que la niña se instalase en nuestro país hasta una vez efectuado el traslado.

32. Aunque ni la resolución de instancia ni la Audiencia se pronuncian sobre ello, lo anterior enlazaría con la doctrina de los actos propios y con lo dispuesto en el art.7 Cc en relación con el principio de buena fe y la prohibición del abuso de derecho, antes estudiada, habida cuenta la existencia de evidentes contradicciones entre la actuación anterior a la demanda por parte del reclamante y su posterior solicitud de restitución de la menor a Reino Unido. Dicho comportamiento, como puede verse desprende de las comunicaciones y correos aportados por ambas partes al procedimiento, es lo suficientemente evidente, como para generar una confianza en la madre acerca de la aquiescencia del padre a que la menor se desplazase a nuestro país, estableciendo ambas aquí su residencia. No cabe duda de que la decisión posterior del padre, al poner en marcha el procedimiento de restitución de la hija al Reino Unido, sería contraria a sus propios actos, habida cuenta que se cumplen los presupuestos sentados por la jurisprudencia en relación con la expresada doctrina, tal como se ha estudiado en otro epígrafe del presente trabajo.

33. En consecuencia, lo razonable es entender que la acción entablada por el padre es contraria a la buena fe y se ha formulado de forma dolosa y con abuso de derecho. Todo ello con infracción del art.7 Cc. puesto que dicha reclamación puede interpretarse como un ejercicio desleal de sus derechos subjetivos, con el exclusivo propósito de causar un perjuicio a la madre de la menor³⁰.

General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en su apartado 4.6.4 dispone:” También conforme al art. 13 CH80 la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que el reclamante (...) había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.

Por tanto, si el reclamante consiente o posteriormente acepta el traslado o retención, su solicitud debe rechazarse conforme al principio *venire contra factum proprium non potest*.

De nuevo, la carga de la prueba recaerá en la parte que alega tal circunstancia, sin perjuicio de las posibilidades de actuación de oficio del órgano jurisdiccional.

El consentimiento que puede fundamentar la excepción ha de recaer sobre el traslado definitivo a un tercer país, no debiendo darse esta virtualidad a consentimientos para desplazamientos temporales. En este sentido puede citarse el AAP Madrid, secc. 22^a, de 31 de marzo de 2015, rec. 960/2014, que declara que “el consentimiento del padre al viaje de la niña a España junto con su madre como un acto propio del recurrente no puede, objetivamente, generar la confianza de un aquietamiento del padre al traslado definitivo de la niña a este país, pues, aquel comportamiento puntual y realizado, con ocasión de aquel conflicto - y período vacacional - no puede tener la proyección y vinculación que se pretende, como lo evidencia, en primer lugar, la redacción genérica del documento policial al que se ha hecho referencia y, en segundo lugar, la inmediata puesta en marcha por parte del padre, de cuantos procedimientos judiciales estuvieron a su alcance para lograr el regreso de Estela a su residencia habitual”.

Tampoco puede articularse la excepción en base a una mera autorización para viajar (AAP Vizcaya, secc. 4^a n^o 473/2011, de 28 de junio; SAP Barcelona, secc. 18^a, n^o 573/2013, de 1 de octubre).”

³⁰ Como ejemplos de doctrina jurisprudencial en torno al consentimiento del progenitor en supuestos de traslado o retención ilícitos de menores, pueden citarse, entre otras resoluciones: AAP Barcelona 27 noviembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:7912A]; SAP Pontevedra 17 abril 2018 [traslado de menor desde Zurich a España] [ECLI:ES:APPO:2018:354]; AAP Palencia 20 abril 2018 [restitución de menor a Inglaterra] [ECLI:ES:APP:2018:217]; SAP Alicante 18 abril 2016 [traslado de menores a Brasil] [CENDOJ 03065370092016100182]; SAP Pontevedra 14 marzo 2019 [menor con residencia en México retenida en España] [ECLI:ES:APPO:2019:737]; SAP Murcia 24 mayo 2018 [menor trasladado ilícitamente a España desde Rumanía] [ECLI:ES:APMU:2018:1395]; SAP Santa Cruz Tenerife 10 mayo 2018 [sustracción de menores desde Italia] [ECLI:ES:APTF:2018:628]; SAP Asturias 15 marzo 2017 [restitución de menores a Estados Unidos] [JUR/2017/106546]; SAP Baleares 28 julio 2016 [sustracción de menor desde Polonia a España] [CENDOJ 07040370042016100256]; SAP Zaragoza 19 enero 2016 [sustracción internacional de menores desde Italia] [CENDOJ 50297370022016100001]; SAP Barcelona 4 febrero 2014

V. A modo de conclusión

34. En los supuestos en los cuales se dirime un litigio en relación con una hipotética sustracción internacional de menores, como el dilucidado por la Audiencia Provincial de Oviedo, no cabe duda de que se produce una disyuntiva entre el deber de salvaguardar aquellas relaciones que se han visto modificadas con ocasión de un desplazamiento o retención de un menor en un país distinto del de su residencia habitual, y el respeto a la vida privada y familiar que trae causa de tales situaciones. En estos casos, no puede olvidarse que la principal víctima es siempre el menor, que se ve apartado de su entorno de vida habitual. Por este motivo, es el interés del menor la consideración primordial a la que habrán de atender todas las posibles soluciones que se arbitren en este tipo de conflictos.

35. Como se ha planteado en este trabajo, para dar respuesta a los supuestos de sustracción de menores, resulta fundamental el CH 1980, habida cuenta que se encuentra vigente en numerosos Estados. No obstante, en la práctica, la aplicación del Convenio da lugar a una serie de inconvenientes, debido a que presenta algunas carencias y lagunas, que no siempre resulta fácil integrar. En este sentido, la presente exposición ha desarrollado algunos de los problemas relacionados con la interpretación de los arts. 3 y 13 CH 1980. Ciertamente, como se ha explicado, no siempre resulta sencillo establecer cuando un traslado o retención de un menor fuera del país donde tiene su centro social de vida puede calificarse de ilícito, en el sentido del art.3 del Convenio. Y por otro lado, tras analizar el art. 13, se han podido desentrañar algunas de las complicaciones que surgen en orden a determinar el contenido y alcance de aquellas excepciones a la restitución inmediata y con carácter urgente del menor en aquellas situaciones en las que el Convenio considera plenamente justificado apartarse de este principio general.

36. Estas son algunas de las cuestiones que deben abordar en su día a día los Juzgados y Tribunales españoles. Tal ha sido el caso del Juzgado de Primera Instancia n^o 7 de Oviedo y de la apelación resuelta por la Audiencia Provincial a la sentencia dictada por ese Juzgado. De la primera de dichas resoluciones cabe destacar que considera improcedente la restitución de la menor con fundamento en el art.13 a) CH 1980, a la vista de que existe consentimiento del padre reclamante al traslado de su hija con su madre a nuestro país. Estos argumentos son avalados por la Audiencia Provincial, pero, en primer término, fundamenta la desestimación de la petición de restitución en que el traslado no es ilícito por no cumplir con los requisitos del art.3 CH.

37. En este punto, hay que decir que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo ha procedido correctamente al examinar en primer lugar la concurrencia de los requisitos del art.3 del Convenio. Ahora bien, el fundamento de dicha decisión debería situarse en que, habiendo quedado acreditado el consentimiento del padre reclamante, tampoco se ha producido infracción de los derechos de custodia de dicho progenitor, y por consiguiente, resulta irrelevante que, con posterioridad, haya manifestado su desacuerdo al traslado de su hija a España, iniciando el procedimiento de retorno previsto en el CH 1980.

38. Justamente, porque no se ha vulnerado el derecho de custodia, puede afirmarse que, en supuestos como este, no se trata de que concurra una de las excepciones previstas por el Convenio para la no restitución del menor sino que, en realidad, el traslado del menor a otro país-España en el asunto enjuiciado por la Audiencia- no puede considerarse ilícito con arreglo al art.3 CH 1980, debido a que el padre apelante consintió el desplazamiento de la hija y ya no puede cambiar de opinión. Ello comporta

[traslado de menor a Méjico y guarda] [CENDOJ 08019370182014100104]; SAP Baleares 9 febrero 2018 [retención de menor en España] [ECLI:ES:APIB:2018:267]; SAP Lugo 20 septiembre 2017 [falsa sustracción de menores] [ECLI:ES:APLU:2017:515]; SAP Asturias 5 julio 2013 [CENDOJ 33024370072013100293]; AAP Madrid 15 octubre 2002 [CENDOJ 28079370222002200281]; SAP Asturias 30 abril 2007 [restitución de menores a Argentina] [CENDOJ 33024370072007100172]; SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [menores españoles trasladados desde Francia a España] [ECLI:ES:APPO:2019:1074].

que la acción de restitución ejercitada por el progenitor reclamante no quede amparada por los mecanismos del Convenio, dado que el mismo no resulta de aplicación.

39. En definitiva, en palabras del Profesor Javier Carrascosa, cabe concluir que la “teoría de los actos propios está incrustada y viva en el art. 3 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980³¹.”

³¹ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La doctrina de los actos propios, una sentencia de divorcio dictada en el extranjero y una sucesión en favor de la esposa abierta en España”, publicado el 11 de junio de 2022 en *ACCURSIO DIP Blog*, <http://accursio.com/blog/?p=1513>.