

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN DE MENORES. EL TRATO DESIGUAL EN SITUACIONES SIMILARES

INTERNATIONAL JURISDICTION OF THE SPANISH COURTS IN INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CASES. THE UNEQUAL TREATMENT IN SIMILAR SITUATIONS

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Doctora en Derecho

*Abogada Colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia
Profesora Asociada de Derecho internacional privado. Universidad de Murcia*

Recibido: 13.12.2018 / Aceptado: 16.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4656>

Resumen: A través de esta interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017 se aborda el estudio de la competencia judicial de los tribunales españoles para entrar a conocer de un supuesto de secuestro internacional de menores, en un caso de múltiples aristas internacionales, y con el traslado de una menor de un país no firmante del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, Nigeria a España. Se observa el trato desigual que puede llegar a tener un caso similar, si el traslado se hace de un país que no es firmante del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 a otro país que sí lo es.

Palabras clave: secuestro internacional, competencia judicial internacional, España, Nigeria, residencia habitual, menores.

Abstract: Through this interesting judgment of the Provincial Hearing of Barcelona of October 2, 2017 there is approached the study of the international jurisdiction of the Spanish courts to begin to know about a case of minors' international kidnapping, in a case of multiple international edges, and with the movement about minor one about a not signatory country (Nigeria) of Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, to Spain. Is observed the unequal treatment that can manage to have a similar case, if the movement is done of a country that is not a signatory of the Convention of 25 October 1980 to another country that yes it is.

Keywords: child abduction, international jurisdiction, Spain, Nigeria, habitual residence, minor.

Sumario: I. Los hechos y las cuestiones jurídicas suscitadas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017. II. Perspectiva inter-estatal. Instrumentos legales internacionales contra el secuestro internacional de menores. III. El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980: un convenio internacional inter partes. IV. Novedades en el marco legal nacional de la Ley de enjuiciamiento civil. Art. 778 LEC. V. El dato clave: la "discriminación procesal". Ni acción, ni procedimiento en el Derecho español para la restitución de un menor sustraído ilegalmente con residencia habitual en un país que no es parte del Convenio de La Haya de 1980. VI. Determinación del concepto residencia habitual en los casos de sustracción internacional de menores. VII. Conclusiones.

I. Los hechos y las cuestiones jurídicas suscitadas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017.¹

1. La Ley de la Jurisdicción Voluntaria 15/2015 de 2 de julio, ha introducido dos nuevos procedimientos dentro de los procesos de familia del Libro IV de la LEC: Por un lado, el procedimiento para obtener la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional y por otro, el proceso para declarar la ilicitud del traslado o retención internacional de un menor. El legislador español ha escogido trasladar esta materia de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa, modernizando estos procedimientos e intentando introducir reformas con la finalidad de asegurar una mejor protección del menor y sus derechos. En este trabajo se va a ver cómo funciona este procedimiento al hilo de un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017.

2. En la actualidad, es un hecho indiscutible la internacionalización de la sociedad. Las facilidades que se presentan hoy día a todos los niveles (transporte, comunicación, etc.) ocasionan un gran flujo de movimiento internacional por todo el mundo. El rasgo característico que presenta el mundo en la actualidad es su planitud. Esto lo plasma con brillantez el economista Thomas Friedman en su sugestiva obra *The World is Flat: A Brief History of the Twenty-first Century*. Básicamente, lo que este autor expone es que la tierra es plana porque todo está interrelacionado². Es un hecho que resulta incontrovertible, el mundo se encuentra fuertemente globalizado, ese dato ya no se puede obviar. Los avances de tipo tecnológico, el aumento de conocimientos técnicos, la revolución digital, en definitiva, las eliminaciones de las barreras geográficas producen que el traspaso de fronteras sea ágil, rápido y sencillo. Los distintos tipos de familia de nuestra época efectúan una vida altamente internacional, y cada vez más. Esto tiene un resultado y es que los menores, por consiguiente, también se desplazan con sus progenitores, establecen su residencia habitual en distintos lugares, o bien, los padres se ven forzados a viajar y ellos a permanecer con otros familiares, las opciones son múltiples. Lo que es incuestionable es que en los últimos tiempos se ha observado un crecimiento exponencial de casos de secuestro internacional de menores. Y tras poner de relieve este dato se ha de subrayar otro dato muy importante: el operador jurídico del Siglo XXI ha de estar formado y preparado para aportar soluciones jurídicas a estos casos internacionales y para de este modo, satisfacer el interés del menor en el caso concreto. En definitiva, tiene que estar preparado para tutelar adecuadamente los intereses que están envueltos en estos casos. Y a continuación se observa un caso completamente internacional para analizar la normativa que cubre los supuestos de sustracción internacional de menores, a nivel internacional y nacional.

3. Según se extrae de los datos de la sentencia la resolución de instancia declara la incompetencia del Juzgado para el conocimiento de la demanda de restitución inmediata de la menor, interpuesta por su padre contra la madre. Estima la juzgadora de instancia que, dada la nacionalidad de los intervinientes, lugar de celebración del matrimonio, y último domicilio familiar, no les es de aplicación el procedimiento previsto en el art. 778 *quarter* de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los hechos relatados por el promotor del expediente, sucintamente expuestos, son los siguientes: El matrimonio formado por los padres de la menor, fue contraído en República Dominicana, son residentes en Laos, Nigeria y el padre de la menor reside en Marruecos, desde el año 2009. Tras un viaje a la República Dominicana, madre e hija llegan a Barcelona donde se instalan en el mes de enero de 2016. El padre de la menor, ante el no retorno a Nigeria de madre e hija, presenta solicitud de restitución de la menor a su país de residencia habitual, Nigeria. En fecha 28 de diciembre de 2016 el mismo Juzgado dicta Auto de adopción de medidas cautelares sobre la menor acordando la prohibición de salida del territorio salvo autorización judicial, prohibición de expedición de pasaporte y entrega inmediata al Juzgado del vigente, así como la prohibición de cambio de domicilio.

4. El art. 3 a) del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, que sustancialmente establece que: "El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos, cuando se haya producido con in-

¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017. ECLI:ES:APB:2017:7514A

² T. FRIEDMAN *The World is Flat: A Brief History of the Twenty-first Century*, Ed. Martínez Roca, S.A., Madrid, 2005, p. 7.

fracción 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 Convenio posee, aunque no solo, las finalidades de: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante y b) Vigilar que los derechos de custodia y de visita efectivos en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes. Por su parte el artículo 2, apartado 11) del Reglamento 2201/2003 de la Unión Europea entiende por traslado o retención ilícita cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención y este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor" Ahora bien, lo que aquí con carácter previo al examen de si existió un traslado ilícito lo que está claro es que ha de determinarse la competencia de los tribunales españoles para conocer de esta cuestión, como nos impone el art. 48.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y es entonces donde hemos de estar a lo dispuesto en el art. 778 quarter de la LEC, introducido por la Ley 26/2015 de 28 de julio. Este precepto dispone que "*1. En los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo. No será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional.*"

5. Del auto se desprende claramente que el precepto no será aplicable a aquellos supuestos en que el menor procediera: a) de un Estado que no forme parte de la Unión Europea o b) que se trate de un Estado que no sea parte de algún convenio internacional. Nigeria, país de residencia habitual de la menor, no es, evidentemente, un Estado miembro de la Unión Europea. Tampoco consta Nigeria como Estado parte en el Convenio de la Haya ni en ningún otro Convenio internacional en materia de protección de menores de la que derive la competencia de los tribunales españoles, lo que conduce necesariamente a la desestimación del recurso, confirmando la resolución de instancia.

6. La reflexión sobre esta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017 se hace necesaria en el sentido de la discriminación que se produce en relación con la sustracción de un menor desde un Estado parte en el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, o desde un Estado no parte en ese Convenio.

V. El dato clave: la "discriminación procesal". Ni acción, ni procedimiento en el Derecho español para la restitución de un menor sustraído ilegalmente con residencia habitual en un país que no es parte del Convenio de La Haya de 1980.

7. En esta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017 se hace patente una lamentable realidad: la discriminación procesal que se produce según sea el país desde el que se traslada al menor parte en el Convenio de La Haya de 1980. Si el menor es trasladado desde un país que no es parte en el citado Convenio, en España no existe tan siquiera acción, ni procedimiento para poder instar la acción de retorno directo que tiene como regla principal el Convenio siempre que el traslado no se haya producido hace más de un año y no se alegue y se pruebe alguna de las causas del art. 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

8. Se hace imposible en nuestro país instar el retorno a su país de residencia habitual Nigeria de una menor trasladada a España. El art. 778 *quater* LEC sólo permite iniciar el procedimiento de retorno

del menor a su país de residencia habitual en el caso de que resulte aplicable "*un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea*". Este artículo de la LEC establece de forma cristalina que ese procedimiento "*no será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la UE ni sea parte de algún convenio internacional*". De este modo se produce una grave discriminación hacia estos supuestos, y finalmente, lo que se produce es la legalización de esa sustracción, que rompe con lo que la normativa internacional establece con carácter general³.

9. No se puede solicitar la restitución del menor en este caso porque el legislador español impide que el progenitor tenga acción ya que el niño procede de un país no parte del Convenio de la Haya de 1980, Nigeria. En realidad, esta discriminación no tiene ningún punto positivo, no se gana nada con ella, porque a pesar de que España no incumple sus obligaciones internacionales, aunque no acepte que exista esta acción, el interés del menor se ve seriamente perjudicado. Esta solución adoptada por el legislador español no encaja con el principio de suprema tutela que se ha de defender en los casos de sustracción internacional de menores: el interés superior del menor. El legislador impide incluso la aplicación por analogía de las normas que se podrían aplicar en el resto de casos de sustracción. Y la solución que el legislador español deja al progenitor que no es el sustractor es una solución muy deficiente como se expone a continuación.

10. La única alternativa que subsiste para el progenitor no sustractor sería litigar en Nigeria, con las normas del Derecho nigeriano. El reparto de competencias resulta correcto cuando conoce el tribunal del país de residencia habitual del menor, pero siempre que el menor se encuentre en dicho país. En caso contrario, hay riesgos de que se pueda producir la ejecución en España de la sentencia nigeriana, y el resultado será que el menor se quede en España, y se legalice por lo tanto el secuestro del mismo. Si finalmente el progenitor puede litigar en Nigeria y conseguir que los órganos jurisdiccionales de dicho país dicten una sentencia que inste el retorno de la menor al país de su residencia habitual. Una vez tenga esa sentencia que le sirva al progenitor como título para reconocerla en nuestro país, con los trámites que sean precisos y que recoge nuestra normativa, podrá exigir el retorno de la menor a Nigeria. Se debe resaltar que todo esto comporta tiempo, esfuerzo y mucho desgaste emocional y económico para conseguir lo que los instrumentos legales internacionales (Reglamento Bruselas II bis y Convenio de La Haya de 1980) desarrollan como base general para evitar la legalización de los secuestros internacionales de menores.

11. La regla general del Reglamento Bruselas II bis y del Convenio de La Haya de 1980 es el retorno inmediato del menor al Estado de su previa residencia habitual. Esta legislación internacional no ordena que el retorno de los menores sea a una persona, sino lo que se pretende es que los menores regresen a su residencia habitual, y que no sean cosificados y trasladados como si fueran un equipaje. Esto es lo que garantiza el interés superior del menor. El menor debe ser restituido a su residencia habitual siempre y cuando no existan razones para evitar ese retorno.

12. Los daños psicológicos que los secuestros de menores por sus progenitores causan a dichos menores deben ser expuestos. Este es un importante aspecto que se ha de destacar ya que la piedra angular sobre la que gira todo el Derecho relativo a la sustracción internacional de menores es el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Este convenio expone que el interés superior del menor está en que el menor permanezca en el Estado de su residencia habitual. Las disposiciones del convenio reflejan la presunción fundamental de que el traslado o retención ilícitos del menor son generalmente perjudiciales para su bienestar⁴ y de que en la mayoría de los casos, se atenderá al interés superior del menor si se lo restituye al Estado de su resi-

³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, pp. 527-528.

⁴ La afirmación de que la sustracción internacional de niños tiene efectos perjudiciales para su bienestar ha sido confirmada en varios estudios, p. ej.: M. Freeman, *International Child Abduction: the Effects*, Reunite International Child Abduction Centre, 2006 and *Parental Child Abduction: The Long-Term Effects*, International Centre for Family Law, Policy and Practice, 2014; G.L. Greif, *The long-term aftermath of child abduction: Two case studies and implications for family therapy*, American Journal of Family Therapy, vol. 37, 2009, pp. 273-286.

dencia habitual. Esta solución también obedece a que esa restitución inmediata del menor responde a la voluntad de restablecer una situación modificada unilateralmente por uno de los progenitores, es decir, reponer el *statu quo ante*.

13. El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la Sustracción internacional de Menores, establece que es deseo de los Estados signatarios proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita que el progenitor no custodio ostente respecto al menor⁵.

14. Un aspecto queda demostrado, y es que cuando se produce el traslado de un menor desde el país de su residencia habitual a otro de forma ilegal es negativo siempre para el menor. Las razones de esta repercusión negativa del traslado de un país a otro de forma ilegal sobre el menor se presentan a continuación.

15. El secuestro internacional provoca en los niños un grave desequilibrio en su normal desarrollo. Y por supuesto, según en la edad en que este secuestro se produzca, el menor puede sufrir graves traumas psicológicos. Una vez que se ha producido el secuestro el menor puede presentar diversos comportamientos, que van desde pequeños cambios en el estado de ánimo (períodos oscilantes entre alegría y tristeza), regresiones significativas en su comportamiento (volver a orinarse en la cama, volver a chuparse el dedo, hablar a media lengua, etc.). Y reconocidos estudios señalan que los menores que han sido secuestrados, están expuestos con mayor probabilidad a una serie de desventajas psicológicas y sociales. Estas desventajas los hacen vulnerables a influencias perjudiciales exteriores. Y se pueden resumir en los siguientes los efectos que pueden sufrir las víctimas infantiles: depresión; pérdida de arraigo; pérdida de seguridad, estabilidad y confianza; timidez excesiva, aunque sea en acontecimientos ordinarios; soledad; cólera; impotencia; interrupción en la formación de la identidad; miedo al abandono; y en muchos casos, los menores tienden a culpabilizarse de lo ocurrido, sin llegar a entender lo que ocurre⁶.

16. La acción directa de retorno presenta como objetivo único y principal que los menores vuelvan al país de su residencia habitual. Con carácter previo se ha de indicar que surge una problemática, ya que el concepto de residencia habitual no aparece definido en ninguno de los textos legales que regulan los aspectos jurídicos relativos a la sustracción internacional de menores. La definición de este concepto de “residencia habitual” no aparece ni en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, ni en el Reglamento Bruselas II bis. Ante esas lagunas conceptuales se ha de indagar sobre lo que expone al respecto la jurisprudencia. Los jueces en la resolución de los concretos casos colman esas lagunas que presentan las legislaciones de carácter internacional que regulan la sustracción internacional de menores.

VI. Determinación del concepto residencia habitual en los casos de sustracción internacional de menores

17. La residencia habitual es un concepto fáctico, en los textos legales que lo emplean. Y es fundamental en este punto establecer qué se debe entender por residencia habitual del menor en los casos de sustracción internacional de menores.

⁵ En este sentido lo declara el FD Tercero del AAP Guipúzcoa de 14 de septiembre de 2005 [No restitución, madurez de los menores para ser escuchados]. Id Cendoj: 20069370022005200281. ECLI:ES:APSS:2005:700A

⁶ La afirmación de que la sustracción internacional de niños tiene efectos perjudiciales para su bienestar ha sido confirmada en varios estudios, p. ej.: M. Freeman, *International Child Abduction: the Effects*, Reunite International Child Abduction Centre, 2006 and *Parental Child Abduction: The Long-Term Effects*, International Centre for Family Law, Policy and Practice, 2014; G.L. Greif, *The long-term aftermath of child abduction: Two case studies and implications for family therapy*, American Journal of Family Therapy, vol. 37, 2009, pp. 273–286.

18. Por “residencia habitual”, en una conceptualización europea, debe entenderse el lugar donde radica el “centro social de vida del menor”, el lugar donde radican sus vínculos afectivos no necesariamente familiares, derivados de su vida cotidiana. Así lo apunta la jurisprudencia, (Sent. Cass. Italia 2 febrero 2005⁷), 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]⁸). La residencia habitual del menor radica en el lugar donde éste tiene el centro de sus vínculos afectivos, y no solo parentales, derivados de su vida cotidiana, y es una “noción de hecho” (Sent. Corte Cass Italia 30 junio 2014 [menor trasladado desde Grecia a Italia]⁹). El tribunal del Estado parte requerido es competente para concretar el país de la residencia habitual del menor (SAP Barcelona 1 octubre 2013¹⁰ [sustracción de menores desde Madeira]). Y se debe precisar en este sentido lo que sigue:

- (a) No es definitiva a estos efectos la duración de la residencia en un país, de modo que el menor puede tener su residencia habitual en un país, aunque lleve poco tiempo habitando en el mismo siempre que su centro social de vida se localice en tal país (AAP Vizcaya 18 diciembre 2007¹¹ [inexistencia de sustracción internacional de menores desde Holanda a España]).
- (b) Debe realizarse un *day-to-day test* para acreditar el lugar de residencia habitual del menor (Sent. Jerusalem District Court, Israel, 11 noviembre 2004 [denegación de restitución desde Israel a USA¹²]).
- (c) La residencia habitual es un concepto fáctico, que no depende de datos jurídicos como la inscripción del menor en Registros, padrones municipales u otros sistemas de control administrativo, o el domicilio legal o la nacionalidad o la autorización de residencia o trabajo en un país¹³.

19. La jurisprudencia europea expone que el concepto de “residencia habitual” del art. 8.1 RB II-bis debe identificarse con el “lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar”¹⁴.

20. El concepto de “residencia habitual” que emplea el Reglamento Bruselas II-bis resulta muy similar al utilizado por los convenios internacionales elaborados por la Conferencia de La Haya de DIPr. sobre protección de menores. De este modo, la “residencia habitual” es una “noción fáctica”, es una “noción de hecho”¹⁵.

21. Se corresponde con el “centro social de vida del menor”. Tal como lo ha señalado la jurisprudencia española en los siguientes pronunciamientos. AAP Burgos 29 julio 2010¹⁶ [residencia en

⁷ Sentencia Corte Cassazione Italia, 2 febrero 2005. *Rivista di Diritto internazionale privato e procesuale*. Anno XLII, N°2. Aprile, giugno 2006. Edizione Cedam Padova. Pp. 425-429.

⁸ Texto en INCADAT. Link: <https://www.incadat.com/es>

⁹ Texto en INCADAT. Link: <https://www.incadat.com/es>

¹⁰ SAP Barcelona 1 de octubre de 2013 [Restitución de los menores a Madeira]. Id Cendoj: 8019370182013100558 ECLI:ES:APB:2013:11168. Link: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6891369&links=&optimize=20131127&publicinterface=true>

¹¹ SAP Vizcaya de 18 de diciembre de 2007 [Determinación de la RH de los menores, no aplicación de CH 1980 porque no hay traslado ilícito] Id Cendoj: 48020370042007200231 ECLI:ES:APBI:2007:1571A. Link: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=730347&links=&optimize=20080424&publicinterface=true>

¹² Texto en INCADAT. Link: <https://www.incadat.com/es>

¹³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 17ª ed., Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 550-551.

¹⁴ Así lo determina la siguiente jurisprudencia: STJUE 15 febrero 2017, C-499/15, W, V vs. X, FD 60, ECLI:EU:C:2017:118. STJUE 2 abril 2009, menores C, D y E, FJ 44. ECLI:EU:C:2009:225. STJUE 22 diciembre 2010, C-497/10 PPU, Mercredi, FD 46-47. ECLI:EU:C:2010:829. AAP Valladolid 21 febrero 2011, [determinación de la residencia habitual de menor empadronado en España, pero con centro social de vida en Francia]. Id Cendoj: 47186370012011200025. ECLI: ES:APVA:2011:165A

¹⁵ STJUE 8 junio 2017, C-111/17 PPU, OL vs. PQ, FD 51. ECLI:EU:C:2017:436.

¹⁶ AAP Burgos 29 julio 2010 [residencia en España de menores a efectos de nombramiento de defensor judicial en partición de herencia y padre con residencia temporal de facto en Austria]. Id Cendoj: 09059370022010200033 ECLI: ES:APBU:2010:647A

España de menores a efectos de nombramiento de defensor judicial en partición de herencia y padre con residencia temporal de facto en Austria].

22. Asimismo se observa en este sentido el pronunciamiento de la AP Barcelona 21 enero 2015 [divorcio entre cónyuges ecuatorianos]¹⁷. Se trata del lugar en cuyo ambiente familiar y social se encuentra integrado el menor. La residencia habitual del menor radica en el Estado miembro donde éste tiene una presencia física que no es de “carácter temporal u ocasional”¹⁸.

23. La única opción que le quedará al progenitor es litigar en el Estado de nueva residencia de la menor por su derecho de custodia. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental se determinará exclusivamente con arreglo a los foros recogidos en el Reglamento Bruselas II-bis, cuando el sujeto menor de edad según su Ley nacional (art. 9.1 CC) tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o como sucede en este caso, en España, si así se desprende de los datos fácticos que componen el concepto de residencia habitual. Así se observa intachablemente en la SAP Zaragoza 20 abril 2012¹⁹, ponente de la Sentencia la magistrada María Jesús Sánchez Cano [menores marroquíes]. En dicho supuesto, el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [protección de niños] resulta totalmente inaplicable a la cuestión (art. 61.a RB II-bis). El art. 22 LOPJ resulta también totalmente inaplicable a este supuesto²⁰.

24. Sin embargo, en este caso concreto se plantea la dificultad de determinar en qué lugar tiene su residencia habitual la menor ¿la menor reside habitualmente en España o en Nigeria? Esta es la clave, la determinación de su lugar de residencia habitual para saber dónde se podrá litigar para establecer unas medidas de protección para esta menor. El tiempo es un factor determinante para determinarlo, esta es una cuestión innegable, pero, cuánto tiempo es necesario que transcurra para considerar que la menor tiene su residencia en España después del secuestro por su madre. Como antes se ha expuesto el concepto de residencia habitual es un concepto fáctico, que no se define en los textos legales, y que se determina en el caso concreto. Pero, aunque la normativa no nos ofrezca un tiempo determinado para considerar que la menor tiene su residencia habitual en un determinado país, sí que en el Convenio de La Haya de 1980 hay una causa que determina que el menor se encuentra, con carácter general, integrado en su nuevo medio, y ese plazo es el de un año.

25. Se puede considerar que el Convenio de La Haya de 1980 en este sentido ofrece una guía, un dato de suma importancia a tener en cuenta para considerar que un menor secuestrado por su progenitor y trasladado a un país distinto al de su residencia habitual se encuentra integrado en este nuevo país: un año. Evidentemente, se ha de atender a las circunstancias del caso concreto, porque el menor puede que esté integrado y tenga su centro social de vida antes de ese año desde que se produce su secuestro. Es posible que el menor tenga una integración más rápida, que aprenda el idioma, que tenga amigos, vaya al colegio, en definitiva, una vida nueva, su centro social de vida en España si se atiende a los datos del caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017.

VII. Conclusiones

26. A continuación, se exponen las conclusiones finales de este trabajo, que analiza las consecuencias de la falta de acción en casos de sustracción internacional de menores cuando el menor es

¹⁷ SAP Barcelona 21 de enero de 2015 [divorcio cónyuges ecuatorianos] ECLI: ES:APB:2015:201. Id Cendoj: 08019370122015100016

¹⁸ STJUE 15 febrero 2017, C-499/15, W, V vs. X, FD 61. ECLI:EU:C:2017:118. STJUE 8 junio 2017, C-111/17 PPU, OL vs. PQ, FD 42-43. ECLI:EU:C:2017:436.

¹⁹ SAP Zaragoza 20 abril 2012 [menores marroquíes con residencia habitual en España] ECLI: ES:APZ:2012:1015

²⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2017, p. 485.

trasladado de un Estado que no es parte en el Convenio de La Haya de 1980 a otro Estado que sí es parte en el mismo.

27. El Derecho procesal español presenta un carácter ancilar para la determinación de la competencia judicial internacional del tribunal español ante el que se interpone la demanda. Pero en este caso se observa una discriminación en los supuestos en los que el menor ha sido trasladado desde un país no firmante de un instrumento legal internacional relativo a sustracción internacional de menores, como es el Convenio de La Haya de 1980. Se deben distinguir dos extremos: el primero, si existe el traslado ilícito del menor a un país distinto del de su residencia habitual, el Convenio de La Haya aporta una acción de retorno directa que encaja perfectamente con el interés superior del menor. El segundo, cuando el Estado desde el que se traslada el menor no es parte en el Convenio de La Haya no hay acción para solicitar el retorno directo del menor. Si esto es así y el ordenamiento jurídico español no posibilita acción a la parte no cumple con el interés superior del menor. El problema en este punto es de carácter sustantivo, se trata de la falta de acción en el ordenamiento jurídico español, tal como establece el art. 778 de la LEC.

28. En estos casos existe la obligación de asegurar la protección del interés del menor. Sobre todo, en estos tipos de casos la señal de una firme tutela del menor viene establecida por las medidas del ordenamiento jurídico español. Esto quiere decir que cuando existan condiciones subjetivas para la restitución del menor se facilitará que el procedimiento sea adecuado para conseguirlo, aunque este extremo no está vinculado con la cuestión de la competencia judicial internacional. El traslado del menor de un país a otro cuando se realiza sin el consentimiento del otro progenitor que ejerce la patria potestad sobre ese menor es un traslado ilícito, esto es un dato.

29. Además, el interés del menor, salvo que se pueda probar lo contrario, será siempre su retorno al Estado donde poseía su residencia habitual, justo antes de su traslado ilícito. Esa es la regla general y, por lo tanto, aplicable a todos los menores. La regla particular, excepcional, que es el no retorno del menor al país de su residencia habitual solo es aplicable a un concreto menor, en un supuesto concreto. El menor no es una cosa que se pueda trasladar de un Estado a otro según el provecho, beneficio o comodidad de uno de los progenitores. El derecho que tiene es a permanecer en su ambiente social, familiar y personal. La norma principal del Convenio de La Haya de 1980, y la que sigue también el Reglamento Bruselas II bis es la de que el interés del menor radica en permanecer en el país donde tiene su residencia habitual. Sin embargo, se han de tener muy presentes las excepciones a esa regla general. Siempre esas excepciones deben ser interpretadas de forma restrictiva, porque la regla general y principal de estos instrumentos legales internacionales es la acción directa de restitución. La jurisprudencia española a la hora de aplicar el Convenio de La Haya de 1980 ha ido modificando su criterio, y así se observa en sus distintos pronunciamientos. En los albores de su aplicación, los tribunales españoles cuando adoptaban decisiones en este sector denotaban tintes muy nacionalistas: si el niño era hijo de español, el menor se quedaba con su progenitor español, es decir, el niño se quedaba en España. Aquí resulta conveniente recordar el triste caso de María José Carrascosa, que legalizó el secuestro de su hija en España, y las consecuencias del mismo fueron infaustas, ya que la niña terminó criándose con sus abuelos en Valencia, alejada de sus progenitores y en un Estado que no era el de su residencia habitual. La menor debía haber regresado a Estados Unidos de América para que se cumpliera el acuerdo entre los padres. Este caso es un resto de la vieja jurisprudencia nacionalista que perjudica al menor. No obstante, esa tendencia ha ido cambiando, ya no es así, los tribunales cada vez son menos nacionalistas y velan por la correcta aplicación del Convenio y de sus excepciones. Es decir, velan por la justa aplicación de las normas internacionales que se aplican a estos supuestos.

30. Esta situación vulnera lo previsto en la Convención de Nueva York sobre derecho de los niños de 20 de noviembre de 1989. Si no se puede dictar una orden de restitución de la menor a Nigeria, porque no existe acción para ello, se está perjudicando a la menor y no se está velando por la correcta protección del interés superior de la misma. Este es un resultado contrario a lo que establece el artículo 3.1 del Convención de Nueva York de 20 de noviembre de 1989: 1. *En todas las medidas concernientes*

a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

31. Ante esta situación se pueden señalar distintas soluciones para este supuesto:

- a) La primera solución sería la de aplicar por analogía *legis* el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Pero esta solución no sería posible, no se puede mantener el cauce ordinario de cooperación judicial internacional o de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras cuando no resulta aplicable un convenio; carácter *inter partes*.
- b) Otra solución sería la aplicación por analogía *juris* del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980 y esta sí podría ser aplicable. De este modo, el tribunal no aplica la el Convenio de La Haya de 1980, pero sí que aplicaría el principio en el que se inspira la norma. El interés superior del menor se protege cuando se retorna el menor a su residencia habitual, tal como expone la regla general que contiene el convenio.
- c) La tercera solución que se puede aportar: monitorizar el sistema y ante la injusta situación, dictar una orden de retorno por el principio general que sintoniza con el interés superior del menor. El principio del interés superior del menor debe “monitorizar” los resultados de la aplicación de las normas positivas, tal como se ha expuesto en este trabajo.

32. Esa monitorización del principio de interés superior del menor se realiza en cada caso concreto. Los resultados de la aplicación de las normas internacional privadas de todo el Derecho español, ya sean de Derecho internacional privado de producción internacional, europea o netamente nacional deben de ser afines a este principio y respetarlo. Si esto no es así, y los resultados de la aplicación práctica de las normas no respetan escrupulosamente este principio superior del ordenamiento jurídico, el operador jurídico tiene la obligación de modificarlo, para que la aplicación del Derecho español sea considerada óptima y se ajuste al principio de interés superior del menor. En un caso específico como es este que nos ocupa, este principio superior del ordenamiento jurídico inspecciona, vigila, controla e incluso subsana el resultado al que conduce la aplicación de nuestro sistema legal positivo.

33. Este caso es muy importante porque pone de relieve que el principio del interés superior del menor no depende de su nacionalidad, o de su país de origen. Estas circunstancias concretas de ese menor no deben operar si ese menor es discriminado por estas razones. Si las normas no cumplen con los objetivos que persiguen, como es el respeto al principio del interés superior del menor, deben de ser rectificadas por los tribunales, que a través de esa rectificación crean una jurisprudencia de valores. Hay que reorientar el sistema jurídico para que se cumpla con el absoluto respeto de la protección del principio de interés superior del menor.

34. Por lo tanto, las normas de Derecho internacional privado no pueden obstaculizar ni poner límites al principio del interés superior del menor, por el contrario, las normas internacional privatistas deben potenciar la protección de ese interés. La aplicación de las normas no puede generar una segregación entre los menores, y diferenciar entre los menores trasladados de un país no parte en el Convenio de La Haya de 1980 y el resto de países. Cualquier discriminación en este sentido perjudica el interés superior del menor. Esta situación se debe evitar, ya que la aplicación de las normas de Derecho internacional privado siempre debe velar por la adecuada protección del interés superior del menor.