

S E C U E S T R O Y M E N O R E S

# **Secuestro internacional de menores: marco jurídico**

MARÍA DEL PILAR DIAGO DIAGO  
Área de Derecho  
Internacional Privado.  
Universidad de Zaragoza



**1** Puede encontrarse una referencia a este tema en todos los manuales al uso de Derecho Internacional privado, en los cuales se contiene además una reseña bibliográfica. En general puede v. MIRALLES SANGRO, P. *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*. Especial consideración del Convenio de La Haya de 1980, Madrid, 1989, VV.AA. *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Toledo 1991, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Secuestro Internacional de menores /legal kidnapping) y cooperación internacional: la posición española ante el problema” en *Poder Judicial*, n.º 4. 1986 págs. 9 a 32. “Nuevas medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional en la LEC” en *Revista española de Derecho Internacional*, 1996. Págs. 504 a 506. CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “problemas de secuestro internacional de menores” en *Actualidad Civil*, n.º 21. 1998 p. 481 a 527, MOYA ESCUDERO, M. “Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo” en *La Ley*, 1998, 1, p. 1779 a 1791. TRINIDAD GRACIA, M. L. A. “Un caso de retención ilícita de menores por parte de padre nacional español” en *RJ La Ley*, n.º 3.532, 1994 p. 1 a 8.

**2** BORRAS, A. *El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1993.

**3** Sobre estos Convenios v. en general ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “El Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo” en *La Ley*, 1998, p. 2.207 a 2.221 LASARTE ALVÁREZ, C. “La Convención de la conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños” en *BIMJ* n.º 1.301, p. 4 a 19. MARÍN LÓPEZ “El Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores” en *A.D.I.* vol VIII 1983-84, p. 211 a 236. ZAMORA CABOT, J. “El proyecto de Convenio de la Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños: primeras impresiones” en *La Ley*, 1981, págs. 938 a 941.

**4** CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “problemas de secuestro internacional de menores” en *Actualidad Civil*, n.º 21, 1998 y “Secuestro internacional de menores” en VV.AA. *Derecho Internacional Privado*, vol II, Granada, 2000, pág. 162.

**5** El art. 19 del Convenio de Luxemburgo y 34.2 del de La Haya abogan por la aplicación de la ley más favorable

**6** Sobre el mismo v. <http://www.coe.fr>.

**7** La dirección es C/ Bernardo, 62. 208015 Madrid.

El secuestro internacional de menores **1** o *legal kidnapping* es un fenómeno que desgraciadamente, se produce con mucha frecuencia y que en la actualidad está marcado en múltiples ocasiones, por el conflicto de civilizaciones. Las peculiares estructuras familiares de sociedades lejanas a las occidentales como las islámicas, presididas por una fuerte jerarquización caracterizada por la preeminencia del padre, así como por la imposición de que las hijas y los hijos han de ser educados en la religión islámica de su progenitor masculino, junto con el establecimiento de unas complejas y para nosotros y nosotras, desconocidas relaciones paternofiliales, hacen que con frecuencia los tribunales favorezcan en materia de custodia del niño o de la niña, al padre o madre nacional, propiciando que el progenitor extranjero desplace ilícitamente al menor o a la menor a su país de origen. No obstante debe aclararse que otras muchas ocasiones, el secuestro no tiene su origen en el choque multicultural.

En realidad, no se puede señalar una única causa de este complejo problema, sino que la concatenación de diferentes factores es la que ha propiciado que el número de casos sea muy elevado; como elevado es el número de matrimonios o uniones mixtas entre personas de diferente nacionalidad que cuando entran en crisis, forman un caldo de cultivo especialmente propicio para que se produzca el traslado ilegal del hijo o hija común. Además el desarrollo de los medios de comunicación así como la reducción de trámites para cruzar fronteras, basta pensar en el espacio de la Unión europea, y el ejercicio del Derecho de visita, que de facto es un momento especialmente idóneo para realizar esta acción, favorecen el traslado del menor o de la menor.

Este fenómeno ha causado alarma en la sociedad internacional que reaccionó en su momento, con la puesta en marcha de dos Convenios esenciales en la materia, pero que no hacen frente a los problemas que se plantean cuando el menor es trasladado a países del Magreb. Es por ello por lo que dentro de esta línea convencional los Estados se han apresurado a firmar Convenios bilaterales con alguno de esos países como es el franco-marroquí de 10 de agosto de 1981, el franco-tunecino de 18 de marzo de 1982, el franco-egipcio de 15 de marzo de 1982, el reciente Convenio franco-libanés de 25

de agosto de 2000 o el Convenio español marroquí de 20 de mayo de 1997. De esta forma se estructura un marco legal que trata de dar solución a esta problemática, haciendo efectiva la protección jurídica del y de la menor **2**, valor esencial que debe inspirar toda la normativa internacional privatista en este ámbito.

Los dos Convenios ya mencionados, más importantes en esta materia son el Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores **3**. El objetivo de ambos Convenios es el mismo, pero las herramientas utilizadas divergen, es por ello por los que se ha señalado que hubiera sido más interesante lograr una coordinación y afrontar el problema de manera unívoca **4**. En realidad, su naturaleza jurídica es diferente, pero existen puentes entre ambos Convenios que permiten su compatibilidad y aún su complementariedad **5**.

El primero de estos instrumentos convencionales **6** gira en torno al exequátur, en cuanto que lo que pretende lograr es el reconocimiento, ejecución y en su caso restablecimiento de la resoluciones relativas a la custodia, entendiéndose por tales “cualquier resolución de una autoridad, en la medida que se refiera al cuidado de la persona del o de la menor –incluido el derecho de fijar su residencia–, así como al derecho de visita (art 1 c)”. Para ello establece un procedimiento que se quiere caracterizar por la rapidez y la simpleza (art. 14) y que consiste en la obtención del exequátur de la decisión que atribuía la custodia al padre o madre demandante y su inmediata ejecución en el país donde se halla el menor o la menor y por fin, el traslado de este al país de donde se sustrajo.

Este procedimiento se ve facilitado por las Autoridades Centrales designadas por los Estados miembros y que en el caso español será la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia **7**. A estas autoridades podrá dirigirse cualquier persona que haya obtenido en un Estado contratante la custodia del menor o en su caso el derecho de visita, y quiera que se reconozca o ejecute en otro



Estado miembro (art. 4), siempre que concurren las condiciones necesarias para la aplicación del Convenio que se reducen a tres:

### A

Que se trate de un menor o de una menor y por tal se entiende la persona que con independencia de su nacionalidad tenga una edad inferior a dieciséis años y que no tenga derecho fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido (art. 1 a).

### B

Que se haya producido un traslado ilícito. El Convenio describe las situaciones que dan lugar a este: el traslado del o de la menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a la custodia dictada en un Estado Contratante y ejecutoria en dicho Estado, el hecho de que el menor o la menor no regrese a través de una frontera internacional, al finalizar el periodo de ejercicio de un derecho de visita o de cualquier otra estancia de carácter temporal (art. 1d) o por último, cuando no existiendo resolución judicial en la fecha en que el menor o la menor es trasladada a otro país, recaiga una resolución ulterior relativa a la custodia de dicho o dicha menor y que declara ilícito dicho traslado (art. 12).

### C

El Convenio se aplica entre Estados miembros: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suecia y Suiza.

El Convenio de la Haya tiene un mayor éxito de participación en cuanto que son Estados parte más de cincuenta países<sup>8</sup>. La nota más relevante de este Convenio y que le distancia definitivamente del anterior, es su carácter fáctico en cuanto que sólo (y no es poco) establece un sistema de cooperación de autoridades<sup>9</sup> y una acción de devolución inmediata de la o del menor al país del cual ha sido sustraído, sin entrar en la cuestión de fondo de derecho de custodia (art. 19). Es por ello que establece que si la autoridad judicial tiene cono-

cimiento del traslado ilícito no podrá decidir sobre la custodia como cuestión de fondo, hasta que “se haya determinado que el menor o la menor no tiene que ser restituida de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio”(art. 16)<sup>10</sup>.

Así pues, el Convenio no se desarrolla a partir del exequátur, sino que elige un “camino directo” para lograr su finalidad, que como señala su artículo primero es la de garantizar la restitución inmediata de las o los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante, y velar por que los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados Contratantes, se respeten en los demás.

El cumplimiento de las obligaciones de Convenio, al igual que ocurría en el anterior, se encargan a las Autoridades Centrales (que en España sigue siendo la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia). Estas deberán, entre otras tareas, localizar al menor o a la menor, prevenir que no sufra daños y garantizar su restitución (art. 7). Para ello se requiere que la persona o institución que sostiene que el menor o la menor ha sido objeto de traslado ilícito, pueda dirigirse a esas autoridades presentando una solicitud en la que coste la información relativa a la identidad de la persona demandante de la o del menor y de la persona que se alega que lo ha sustraído, los motivos para reclamar su restitución y toda la información disponible sobre la localización de la o del menor y la identidad de la persona que se supone esta con él (art. 8).

Cabe señalar también que el Convenio establece causas para denegar la restitución, como es que no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (art.20), que la persona que se hacía cargo del o de la menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia, o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención, el que exista grave riesgo de que la restitución exponga al niño o a la niña a un peligro físico o

síquico y el que el menor o la menor se oponga a su restitución, bien entendido que en este caso el o la menor ha debido alcanzar una edad y un grado de madurez, en que pueden tenerse en consideración sus opiniones (art. 13).

En cuanto a los criterios de aplicación del Convenio, destaca la delimitación autónoma, como ya hacía el de Luxemburgo, del concepto de traslado ilícito. En concreto las condiciones que deben de cumplirse son:

### 1

Que se trate de un menor o de una menor de 16 años con residencia habitual en un Estado contratante en el momento de la sustracción ilegal (art. 4).

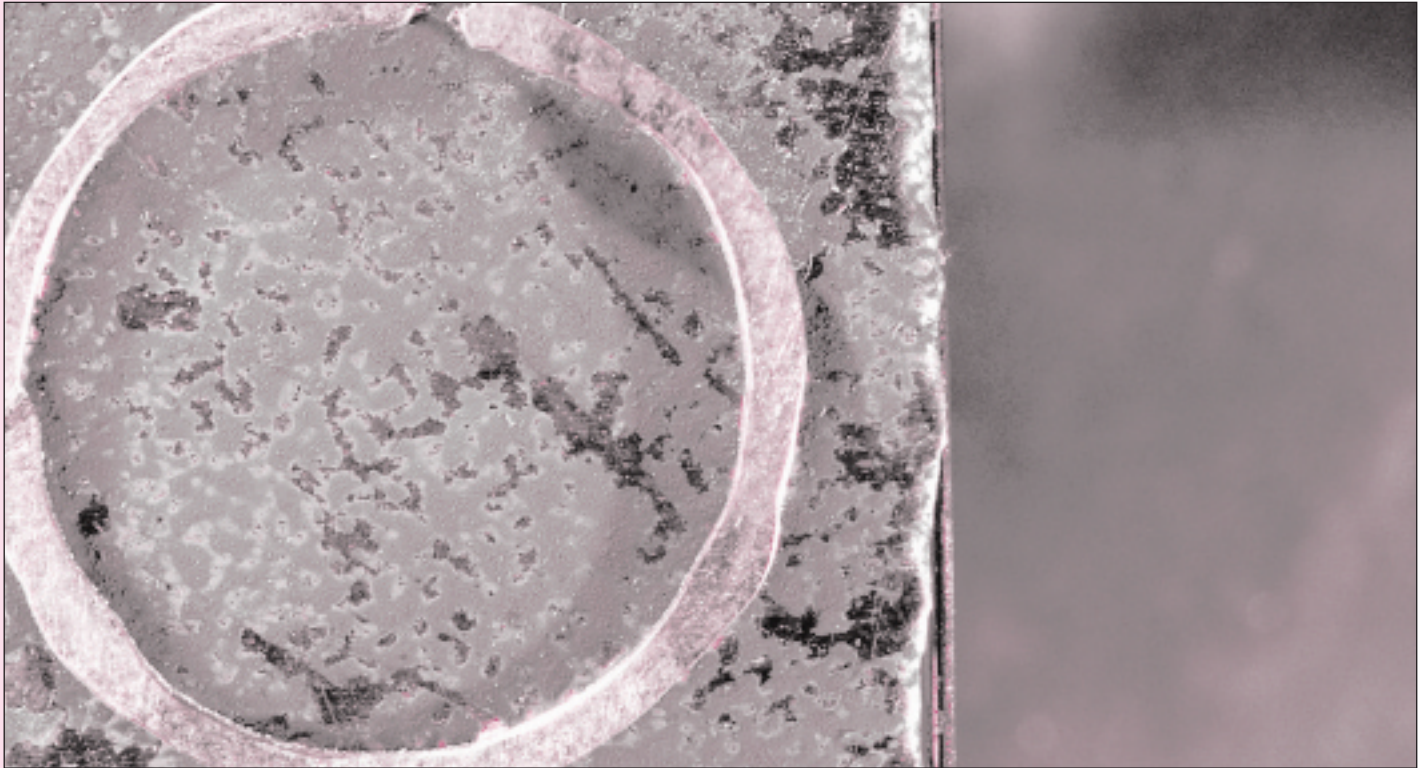
### 2

Se aplica entre Estados parte: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Bélgica, Belice, Bielorrusa, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Fiji, Finlandia, Francia, Georgia, Gran Bretaña, Grecia, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Moldavia, Mónaco, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Países Bajos, Paraguay, Polonia, Portugal, República Checa, Antigua República de Macedonia, Rumania, San Cristóbal y Nieves, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turkmenistán, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela y Zimbawe.

### 3

Que se produzca una traslado o retención que se considere ilícito, lo que ocurrirá (art. 3)<sup>11</sup>.

Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una instrucción o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el o la menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.



**8**  
<http://www.hcch.net>.

**9**  
 Sobre cooperación jurídica v. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Cooperación jurídica internacional en caso de sustracción del menor por uno de los padres: eficacia extraterritorial de las decisiones sobre guardia y visita (indagación de los convenios susceptibles de aportar soluciones más útiles), en *Foro Manchego*, n.º 44, 1999, págs. 41 a 74.

**10**  
 Es muy interesante al respecto una Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1998 que aclara el alcance del Convenio respecto del artículo 16, v. ESPINAR VICENTE, J. M.º, “Comentario a la S 604/1998 de la sala 1.ª TS. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del art. 16 del Convenio de La Haya de 1980”, en *Actualidad Civil*, 1999, 2 págs. 31 a 47.

**11**  
 El Derecho de custodia al que se refiere este artículo puede resultar 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, piénsese por ejemplo en un acuerdo entre los padres.

**12**  
 B.O.E. n.º 150, de 24 de junio de 1997.

**13**  
 MOYA ESCUDERO, M. y ZEKRI, H., “Nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, págs. 369 a 376.

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.

Dentro del marco de los Convenios bilaterales destaca el firmado con Marruecos<sup>12</sup>. El objetivo de este Convenio es ciertamente ambicioso; como señala su primer artículo se trata de garantizar la devolución de las menores y de los menores desplazados o retenidos ilegalmente en uno de los Estados contratantes así como de hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al Derecho de visita, dictadas en uno de los Estados contratantes en el territorio del otro Estado, además de favorecer el libre ejercicio del Derecho de visita en territorio de ambos Estados.

Las Autoridades Centrales encargadas de cumplir los objetivos del Convenio son los Ministerios de Justicia de ambos Estados y el Convenio se aplica a las y los menores de dieciséis años no emancipados que tengan su residencia en uno de los Estados (art. 2). Se establece una acción de retorno inmediato del o de la menor y un sistema de reconocimiento y exequátur de las resoluciones

judiciales objeto del Convenio con unas causas tasadas de denegación.

Respecto de este convenio cabe señalar, que al margen de las críticas que suscita<sup>13</sup>, su aplicación es muy dificultosa. En demasiadas ocasiones se utiliza como un simple instrumento de asistencia judicial internacional, además de ser susceptible de quedar paralizado por la invocación reiterada del orden público internacional. Por lo demás cabe esperar que la aplicación de estos Convenios se vea facilitada por el procedimiento establecido por los artículos 1.901 y 1.918 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que por otro lado, también genera problemas a los que se refiera el siguiente artículo de ALONSO CARVAJAL Y CHAMORRO ALONSO.

Este es el marco convencional en el que se desarrolla en la actualidad este delicado problema. Es evidente que los instrumentos convencionales presentan problemas, alguno de ellos graves, y que una de las asignaturas pendientes es la de su falta de operatividad para abordar esta cuestión antes de que llegue a plantearse, esto es, no se logran establecer medidas preventivas. Sin embargo, debe señalarse la virtualidad de contar con un marco jurídico compacto que trata de dar respuestas satisfactorias, teniendo por objetivo primordial proteger en todo caso el interés superior del menor y de la menor.