

**MEDIDAS RELATIVAS A LA RESTITUCIÓN O RETORNO DE
MENORES EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL**

Dr. Antonio M^a Lara López
*Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Málaga*

I. INTRODUCCIÓN

La sustracción internacional de menores tiene lugar cuando una persona, con base en una atribuida responsabilidad parental sobre un menor, retiene o traslada ilícitamente a éste a un país distinto del de su lugar de residencia sin el consentimiento del otro progenitor o de los dos progenitores, o sin autorización judicial. Las medidas procesales que se prevén para la solución de estos conflictos tienden a la restitución o retorno inmediato del menor a su lugar habitual de residencia, si efectivamente se constata que la retención o traslado han sido ilícitos.

Al tratarse de un conflicto en el que aparece un elemento transfronterizo como clave en el mismo –traslado o retención en o a un país diferente del de residencia habitual del menor-, las normas que regulan los trámites para determinar si ese traslado o retención son ilícitos y ordenar la restitución o retorno del menor a su país de residencia tienen carácter internacional con base convencional o legal. Además, nuestro ordenamiento contiene normas de derecho procesal interno que regulan estas situaciones y que son las que analizamos en las siguientes líneas. Con respecto a los primeros instrumentos, son de aplicación el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, hecho en La Haya el 25 de Octubre de 1980¹, Convenio del Consejo de Europa sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980², Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños³ el Convenio bilateral entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997⁴; en el ámbito de la Unión Europea (excepto Dinamarca) es de aplicación el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de Noviembre relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. En el derecho interno, nos encontramos con el proceso regulado en los arts. 778 *quater* a 778 *sexies* de la LEC y la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, aplicable para los supuestos en los que no sea de aplicación la LEC. No hay que olvidar, además, que

¹ Aprobado por Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm.202, de 24 de Agosto de 1987.

² Aprobado por Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984

³ Ratificado por España a través de Instrumento de ratificación publicado en BOE núm.291, 2 de diciembre de 2010.

⁴ BOE núm. 151, de 25 de Junio de 1997. Debe tenerse presente que el 9 de marzo de 2010 Marruecos se ha adherido al CH80, entrando en vigor el 1 de junio de 2010. Cabe plantear qué Convenio será aplicable una vez que Marruecos ha pasado a ser parte del CH80. Debe partirse de que conforme al art. 34 CH80 el mismo no impide la aplicación de otros instrumentos internacionales para lograr la restitución de un menor. Por ello debe mantenerse que tras la ratificación por Marruecos del CH80, podrá aplicarse en cada caso la norma más favorable para lograr el retorno del menor y para asegurar la protección efectiva de su superior interés, lo que normalmente conducirá a la aplicación del CH80.

nuestro CP tipifica la conducta en su art. 225 *bis*, en el delito de sustracción de menores, ya sea nacional o internacional.

Tal y como de la definición antedicha de sustracción de menores se desprende, puede producirse la sustracción internacional por cualquiera de los dos progenitores o incluso por otra persona que tenga reconocido judicialmente un régimen de visitas; puede producirse en un contexto en el que uno de los progenitores ostente el derecho de custodia y el otro ostente el derecho de visita, en casos de custodia compartida; o incluso en los casos en los que, sin existir ninguna decisión judicial respecto de medidas en relación con los hijos, alguno de los dos progenitores decide trasladar a un menor sin el consentimiento del otro.

Debe tenerse en cuenta que el concepto de derecho de custodia contenido en el art. 5 del Convenio de la Haya de 1980 parece entender que el progenitor que ostente la misma tiene derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor, como declara el Auto de la AP Barcelona 91/2006, de 4 de abril ⁵ “*el concepto de custodia recogido en el artículo 5 del Convenio es muy amplio, en tanto comprende el ámbito propio del cuidado y atención del menor y el derecho de decidir sobre su lugar de residencia (...)*”. Sin embargo, debe entenderse que, sigue añadiendo el Auto “*se considera infracción de la custodia (art. 3), incluso en aquellos supuestos en que existiendo una resolución judicial en que se atribuye la custodia a uno de los progenitores, y un derecho de visita al otro, el progenitor custodio traslada la residencia de los menores a otro país, sin el consentimiento del otro, cuando no se le ha atribuido el derecho de decidir sobre el lugar de residencia de sus hijos*”.

En este sentido, la propia Circular 6/2015 de la FGE entiende que el concepto de custodia en el Convenio de la Haya es un concepto autónomo y que, por tanto, habrá de estar a las legislaciones internas de los Estados contratantes para determinar que contenido tiene el derecho de custodia en cada uno de ellos. En España, el TS, en su Sentencia de 26 de octubre de 2012⁶ dispone que “*la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil , para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil , respecto de la obligación de vivir juntos (...)*”. Desde la perspectiva del Derecho interno español, por tanto, un cambio de residencia de un menor por uno de los progenitores a otro país sin el consentimiento del otro progenitor, cuando ambos son cotitulares de la patria potestad, es un traslado ilícito a los efectos del art. 3 del Convenio de La Haya, aún en el caso de que la custodia esté atribuida exclusivamente al progenitor que traslada al menor⁷.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS PREVISTAS EN EL CAPÍTULO IV BIS DEL TÍTULO I LIBRO IV DE LA LEC (ARTS. 778 QUATER A 778 SEXIES)

⁵ TOL 6.146.403

⁶ TOL 2.672.517

⁷ LIÉBANA ORTIZ, J.R., “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, en *REDUR* 13, diciembre 2015, pág. 107.

La LEC, en su Libro IV y dentro del Título Primero, regula un capítulo IV *bis* dedicado a las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional (arts. 778 *quater* a 778 *sexies*).

Se trata de un proceso para la adopción judicial de medidas que restituyan al menor a la persona que ha reclamado al menor y retorno al lugar de su residencia habitual. Este proceso fue introducido por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria que traspasó del ámbito de la jurisdicción voluntaria al ámbito de la jurisdicción contenciosa las normas que establecen los cauces procesales para solucionar los conflictos derivados de una sustracción internacional de menores⁹.

El ámbito de aplicación del mismo está regulado en el art. 778 *quater*, que limita la utilización del procedimiento previsto en el capítulo para aquellos supuestos a los que sea de aplicación cualquier Convenio internacional en la materia o las disposiciones de la Unión Europea. El precepto establece que no serán de aplicación las normas previstas en dicho Capítulo IV bis a los casos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún Convenio internacional en la materia. Si se trata de retornar un menor a otro país distinto de estos, ya no aplicaremos las normas previstas en la LEC sino que deberá ser de aplicación el procedimiento de *exequatur* previsto en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (arts. 52 y ss.)

La LEC no hace referencia al concepto de “menor” a efectos del proceso para adoptar medidas de restitución y/o retorno, pero los instrumentos internacionales distinguen entre un “menor” menor de 16 años (Convenio de la Haya de 1980) y un “menor” menor de 18 años (Convenio de la Haya Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños)

Por otro lado, mientras que la LEC, como norma procesal, se refiere a las partes demandante y demandado, el Convenio de la Haya no especifica quien puede ser sujeto activo de la infracción, debiendo entenderse que cualquier persona que tenga atribuida la custodia o derecho de visita puede infringir dicho derecho y trasladar al menor ilícitamente¹⁰. Asimismo, el sujeto pasivo de la infracción será aquella persona que haya retenido o trasladado al menor.

⁸ CALAZA LÓPEZ, S. “El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores (1)”, en *Diario La Ley*, N° 8564, Sección Doctrina, 18 de Junio de 2015, Ref. D-246, pág. 4.

⁹ Este trasvase de la jurisdicción voluntaria a la jurisdicción contenciosa ha sido acogido de diferente forma por parte de la doctrina. Mientras hay quien considera acertado que sea la jurisdicción contenciosa la que se encargue de tramitar este tipo de procesos “*ya que en los supuestos de sustracción internacional resulta evidente que hay una controversia, derivada precisamente del traslado o retención ilícita de un menor por uno de sus progenitores en contra de la voluntad del otro. Por esta razón, dichos supuestos no pueden configurarse dogmáticamente como expedientes de jurisdicción voluntaria, sino que deben reputarse como verdaderos procesos especiales ratione materiae*” (LIÉBANA ORTIZ, J.R.*Op.cit.*, págs. 83-109. ISSN 1695-078X), hay otros autores que consideran que se ha perdido una gran ocasión para ganar en celeridad y agilidad al haber sido estos procesos regulados a través de la jurisdicción contenciosa (Vid. FERNÁNDEZ BUJÁN, A. “El anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y la sustracción internacional de menores”, en *Abogados*, núm. 85, abril, págs. 28-32 y CALAZA LÓPEZ, S., “Un inconveniente trasvase de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa en los conflictos de sustracción internacional de menores”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 907, 4 de junio de 2015.

¹⁰ El Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del año 1982 (punto 81) declara que “*el Convenio no contiene ninguna disposición expresa con esta finalidad. No obstante, de su conjunto se extraen dos consideraciones que clarifican este aspecto del ámbito de aplicación ratione personae del Convenio. La primera se refiere a las personas físicas que pueden ser responsables del traslado o del no retorno de un menor. Sobre tal cuestión, el Convenio*

La normativa recogida en la LEC distingue dos situaciones diferentes de sustracción internacional y dos instrumentos diferentes susceptibles de ser tramitados por los preceptos en él incluidos.

-O bien un menor con residencia habitual en otro país es trasladado ilícitamente a España o retenido también ilícitamente en España (por ejemplo, tras unas vacaciones con uno de los progenitores). En estos casos, el proceso previsto en la LEC regula un proceso para que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la restitución o no del menor.

-o puede suceder al revés; el menor con residencia habitual en España es trasladado ilícitamente a otro país diferente a España o retenido ilícitamente en el mismo. En estos casos, serán los cauces procesales del país en el que se encuentre el menor los competentes para decidir el retorno. No obstante, como el propio Convenio de la Haya (art. 15) establece la posibilidad de que los países puedan pedir de las autoridades judiciales competentes del lugar de residencia del menor una declaración de ilicitud del traslado que se adjuntará a la solicitud o demanda del retorno, la LEC regula la forma de pedir la declaración de ilicitud en su art. 778 *sexies*.

Estos dos procesos regulados en la LEC tienen la consideración de *procesos no dispositivos*, por lo que le serán de aplicación las reglas generales contenidas en los arts. 749 y ss. de la LEC¹¹.

II. CARACTERÍSTICAS DE LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN O RETORNO DE MENORES Y DE DELCARACIÓN DE ILICITUD DE UN TRASLADO

Todo el capítulo IV bis del Título I del Libro IV de la LEC responde a tres características fundamentales:

- *El principio del superior interés del menor*

Aunque se trate de un principio que encuentra acomodo fundamentalmente en el ámbito sustantivo, desde el punto de vista procesal, el principio del superior interés del menor debe igualmente condicionar toda la tramitación del procedimiento, así como la decisión del órgano jurisdiccional¹². En este sentido, a mayoría de las causas por las que

mantiene el punto de vista adoptado por la Comisión especial de no atribuir dichas acciones exclusivamente a los progenitores. Y es que, siendo el concepto de familia más o menos amplio según las distintas concepciones culturales, es preferible atenerse a una visión amplia que permita, por ejemplo, calificar de sustracción de un menor, de acuerdo con el Convenio, los traslados realizados por un abuelo o un padre adoptivo". <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>.

¹¹ AAP Murcia 112/2011, de 10 de junio;(TOL 3.652.069) AAP Santa Cruz de Tenerife 175/2006, de 18 de septiembre (TOL6.270.394).

¹² Según establece la STC 16/2016 de 1 de febrero (TOL 5.662.312), "el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson; 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; de 25 de febrero de 1992, caso Andersson; de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995, caso McMichael; de 9 de junio de 1998, caso Bronda; de 16 de noviembre de 1999, caso E.P. contra Italia; y de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal)» (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6)".

se puede denegar la restitución están precisamente orientadas a valorar el superior interés del menor:

- que se haya adaptado al nuevo entorno. El tiempo juega a favor del progenitor sustractor, ya que, con el transcurso del tiempo, el menor se va integrando en el nuevo medio y, si ha pasado un año desde la sustracción, el Convenio de la Haya (art. 12) permite a los Tribunales del país donde el menor está siendo retenido, valorar este dato y decidir la no restitución.
- que exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. En este caso, el Reglamento 2201/2003, a diferencia del Convenio de la Haya, marca una prioridad en la restitución del menor, puesto que establece que no se podrá denegar la restitución cuando se demuestre que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución (art. 11.8)
- si se comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. La oposición del menor maduro no supone la automática denegación de la restitución, sino que lo que genera es la obligación de ser tenida en cuenta por el Juez¹³.

Por esta razón, la regulación del proceso especial de la LEC prevé la audiencia del menor, en cualquier momento del proceso, antes de adoptar la decisión de retorno o no (art. 778 *quinquies* 8). La audiencia del menor está condicionada a su edad y su grado de madurez, estableciéndose los medios adecuados para una mejor práctica de esta diligencia, medios que se refieren a la audiencia sin interferencia de otras personas y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas. Asimismo, la LEC prevé la posibilidad del uso de videoconferencia u otro sistema similar¹⁴. De esta manera, la audiencia del menor es la regla general y solamente si por edad o grado de madurez, no fuere aconsejable esta audiencia, el Juez deberá hacer constar en resolución motivada que no procede dicha audiencia. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modifica el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor dispone que se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. No obstante, según establece la FGE en su Circular 6/2015, habrá de hacerse un análisis *ad casum*, teniendo en cuenta que el concreto grado de madurez no siempre coincide con

¹³ Vid. en este sentido vid. en este sentido, AAP Valencia, secc. 10ª, nº 405/2011, de 5 de diciembre (TOL 3.583.154).

¹⁴ DE RUITER considera que el menor no debe ser oído antes de comprobar que estamos ante un caso de sustracción de menores. “*En algunas ocasiones, en la práctica judicial, se escucha al menor con anterioridad a la vista si ha habido sustracción de menores. Durante la vista que se celebrará de acuerdo con el art. 778 quinquies 6 y 7, en caso de haberse formulado oposición a la restitución, deberán oírse las partes y practicarse todas las pruebas. De las alegaciones de las partes y la práctica de la prueba podrá deducirse que no se ha producido una retención o traslado ilícitos, o que en caso de que sí se haya producido, serán de aplicación excepciones que se deben valorar con anterioridad a la posible oposición del menor. En estos casos, es irrelevante escuchar al menor, independientemente de su edad o madurez. No hay necesidad de hacer venir al menor y someterlo a una situación que siempre le va a resultar estresante. Es una vez que ha quedado claro que se dan los requisitos del art. 3 del Convenio de La Haya de 1980 cuando debemos fijarnos en las excepciones, y la voz del menor es la última excepción*” DE RUITER, A. “La voz del menor en la sustracción internacional de menores”, en “Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales”. Madrid 21 a 23 de junio 2017, en *Centro de Estudios Jurídicos*.

la edad cronológica y que puede variar en cada niño. En algunos casos, para comprobar si concurre o no el grado de madurez necesario, será preciso que el Juez oiga al menor.

- *Celeridad del proceso*

Todo el proceso regulado en el libro IV está presidido por los principios de celeridad, agilidad, flexibilidad y eficacia¹⁵. A tenor del art. 778 *quater* 5, el procedimiento tendrá carácter preferente y urgente, lo cual quiere decir que cualquier decisión relativa a la guarda y custodia del menor o de adopción de otro tipo de medidas que afecten a la responsabilidad parental quedará postergado hasta tanto en cuanto no se resuelva este proceso en primer lugar. Asimismo, no será susceptible de acumulación este proceso a ningún otro.

La tramitación no podrá exceder de 6 semanas, prorrogables solamente en casos excepcionales (art. 778 *quater* 5 LEC). Como hemos adelantado en líneas anteriores, el plazo de un año desde que se produjo la retención ilícita es un factor que determina que, aunque la retención hubiera sido ilícita, los tribunales puedan valorar la no restitución debido a la integración del menor en el nuevo entorno. De ahí que la LEC fije ese plazo máximo que incluye incluso la tramitación de la segunda instancia. Asimismo, el proceso no se suspenderá ni siquiera por la existencia de cuestiones prejudiciales penales motivadas por el ejercicio de acciones penales en materia de sustracción de menores¹⁶.

En este sentido, se debe tener en cuenta que el art. 131 LEC prevé la habilitación de días hábiles para realizar actuaciones urgentes y que, a efectos de estas actuaciones de urgencia, los días del mes de agosto serán hábiles sin necesidad de habilitación previa (art. 131.3 LEC).

- *Impulso de la mediación*

Se fomenta desde la propia LEC la mediación intrajudicial, algo que indirectamente ya recogía el art. 7 c) del convenio de la Haya por cuanto exhorta a los Estados contratantes a garantizar la restitución del menor o *facilitar una solución amigable*. El nuevo proceso consagrado en la LEC se refiere expresamente al instrumento de la mediación en el art. 778 *quinquies* 12, por cuanto se refiere a la posibilidad de las partes o del juez de oficio de suspender el proceso para someterse a un procedimiento de mediación. La redacción del precepto es defectuosa por cuanto establece que “*el juez podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer una solución de mediación (...)*”. Obviamente, dada las características de la mediación, su carácter autocompositivo, el Juez en ningún caso puede proponer ninguna solución, sino únicamente el sometimiento a una sesión informativa de mediación y luego serán las partes las que decidan someterse o no al procedimiento de mediación.

La mediación puede ser una buena alternativa para solucionar el conflicto ocasionado pero con ciertas prevenciones; por un lado, la mediación puede ser utilizada por el sustractor para retrasar la decisión judicial del conflicto, y así conseguir la adaptación del menor al nuevo entorno de manera que el propio menor sea quien decida que no quiere volver; por otro lado, a diferencia del proceso de restitución de menores que tiene por objeto únicamente la decisión sobre la restitución o no, de manera que no puede pronunciarse sobre medida alguna relativa a la custodia y al menor¹⁷, el proceso de

¹⁵ Vid. SAP Málaga 463/2007, de 11 de septiembre (TOL 1.234.296 y TOL 1.234.261).

¹⁶ Apertura de un proceso penal por delito de sustracción de menores (Art. 225 bis CP)

¹⁷ En este sentido, el AAP Barcelona, sec. 18ª, nº 91/2006, de 4 de abril (TOL 6.146.403), declara que la calificación de un traslado de ilícito a los efectos del convenio no implica decisión alguna sobre la custodia, siendo la finalidad del convenio, que los menores sean trasladados al lugar de su residencia habitual, para

mediación es lógico que tenga un contenido más amplio, lo que puede acarrear problemas a la hora de hacer ejecutivo el acuerdo de mediación en el país donde deba ser aplicado.

- *Fomento de la cooperación judicial.*

También introdujo la reforma del proceso de restitución de menores una referencia expresa a contar con la colaboración de las autoridades centrales, autoridades administrativas en materia de secuestro internacional de menores, como consecuencia de la implicación administrativa a la que hacíamos referencia anteriormente, a las redes de cooperación judicial internacional o a los jueces de enlace, que facilitan las comunicaciones directas entre jueces.

III. PROCESO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE RESTITUCIÓN O RETORNO EN LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL

III.1 COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS

La competencia objetiva para adoptar la medida de restitución o retorno del menor sustraído corresponde, a tenor del art. 778 *quater* 2 LEC, al Juzgado de Primera Instancia de la capital de provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia. La concentración de competencia a los jueces de familia es una novedad en la regulación operada por la LJV de 2015¹⁸. El legislador ha considerado, acertadamente, que en estos supuestos de sustracción internacional, la especialización es un elemento importante a la hora de decidir la restitución y por tanto, se atribuye la competencia objetiva a estos jueces especializados, en detrimento de los jueces de primera instancia de los diferentes partidos judiciales¹⁹.

Por su parte, la competencia territorial corresponde a la capital de la provincia donde fuese hallado el menor (art. 778 *quater* 2 LEC), siendo esta norma de carácter improrrogable, al igual que el resto de normas de competencia territorial en los procesos no dispositivos. Ahora bien, si el menor fuere hallado en otra provincia, el Juez deberá resolver sobre la aplicación de la *perpetuatio iurisdictionis*, entendiéndose que ésta se aplica y, por tanto, el Juez que ha iniciado el procedimiento debe seguir conociendo de él; o, por el contrario, si considera que no entra en juego la regla de la *perpetuatio iurisdictionis*, remitirá las actuaciones al Juez de la provincia donde fuese hallado el menor.

La aplicación o no de la regla de la *perpetuatio* tiene como finalidad atender al interés superior del menor que, con carácter general, deberá ser oído en el procedimiento tal y como estableceremos posteriormente. Intentar que sea competente el juez más próximo al domicilio del menor favorece ese interés superior. No obstante, también

que las autoridades de dicho lugar regulen su situación y determinen a cuál de los padres corresponde el cuidado de los mismos, adoptando todas las medidas que resulten necesarias para garantizar su atención.

¹⁸ Con esta atribución de competencias se elimina la duda de la atribución de competencias al Juzgado de Violencia sobre la Mujer en los casos correspondientes, algo que, con anterioridad a la introducción de este proceso se había planteado ante los Tribunales al amparo del art. 87 ter 2 d). Vid AAP Madrid 31 de Marzo de 2015 (TOL 851.541).

¹⁹ FORCADA MIRANDA, F.J. considera que, con esta norma, España se aproxima a los mejores estándares internacionales. “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: la decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, en *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 3º/2016, pág. 4.

deberá tenerse en cuenta que la no aplicación de dicha regla puede ser contraria a otro principio básico de todo el procedimiento, cual es la celeridad del mismo. Cambiar sucesivamente la competencia del Juez para conocer de dicho proceso puede frustrar dicha celeridad²⁰.

Este principio de celeridad también implica que, aunque la competencia esté atribuida a los Juzgados de familia, en caso de tener que iniciar el procedimiento en días inhábiles, se presenta la demanda ante el Juzgado de Guardia. Tal interpretación se desprende del art. 70 LEC en relación con el art. 42.5 del Acuerdo Reglamentario 1/2005, de 27 de abril, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales; ello siempre, claro está, que no exista en el concreto partido judicial el servicio especial dentro de la jurisdicción civil que prevé el art. 42.6 del Reglamento 1/2005.

III.2. LEGITIMACIÓN PARA INSTAR EL PROCEDIMIENTO

Al ser este proceso uno de carácter no dispositivo, la legitimación está previamente determinada por las normas de procedimiento y puede ser establecido un control *limine litis* de la misma.

El art. 778 *quater* 3 establece que pueden promover el procedimiento:

- la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor. Con esta legitimación se está considerando la posibilidad de que el progenitor infractor sea el propio progenitor que tenga atribuida la custodia o tenga el derecho de visita, o incluso en los casos de custodia compartida.

-La autoridad central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente Convenio o un representante de dicha autoridad que suele ser el Abogado del Estado de la provincia en cuya demarcación se encuentre el menor.

Ambos legitimados son incompatibles en el proceso, ya que, a tenor del art. 778 *quater* 4, la intervención de la Abogacía del Estado cesará en cuanto el solicitante de la restitución comparezca con su propio Abogado y Procurador.

El Ministerio Fiscal no tiene competencia para promover el procedimiento, pero será necesaria su intervención a tenor de las reglas generales de procedimiento de los procesos no dispositivos (art. 749 LEC)

III.3. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS

De acuerdo al art. 778 *quinquies* LEC, el procedimiento para adoptar las medidas de restitución o retorno del menor es el que sigue:

El procedimiento se inicia mediante demanda en la que deberá especificarse la identidad del demandante, del menor y del demandado, además de facilitar todo tipo de información sobre el lugar en el que se encuentre el menor, si se dispone de ella. Además, la demanda deberá contener los motivos por los que se considere que procede la restitución o retorno del menor. El incumplimiento en la solicitud de alguno de los documentos exigidos por el Convenio no deberá llevar a la inadmisión sino a la concesión de un plazo de subsanación, conforme al principio *pro actione* y teniendo en cuenta los delicados intereses subyacentes. La documentación que habrá de ser acompañada a la

²⁰ En este sentido se manifiesta la Circular 6/2015 FGE, Conclusión 23ª.

demanda será la exigida por la normativa internacional aplicable en la materia, así como toda la documentación en la que el demandante base su pretensión.

Cabe la posibilidad de que se adopten medidas cautelares, rigiéndose la adopción de éstas por reglas no dispositivas; esto es, el Juez puede adoptar, de oficio o a instancia de parte las medidas cautelares que estime oportunas para el aseguramiento del menor con arreglo al art. 773 LEC y las medidas previstas en el art. 158 CC (art. 778 *quater* 8). De esta manera, pueden ser adoptadas medidas relativas al régimen de visitas del progenitor no sustractor, o medidas relativas a prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa, prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido o sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor²¹.

En el plazo de 24 horas, el Letrado de la Administración de Justicia resolverá sobre la admisión de la demanda, analizando la competencia del juez elegido, así como la legitimación. Si estima que procede la admisión de la demanda, dictará decreto admitiendo la misma. Si estima que no procede la admisión de la demanda, remitirá la documentación al Juez para que éste resuelva lo que estime oportuno.

En la misma resolución que admita la demanda, el Letrado de la administración de Justicia requerirá al progenitor sustractor para que, en una fecha que no exceda de tres días, comparezca con el menor. Ante este requerimiento, el demandado podrá adoptar los siguientes comportamientos, a los que se anudarán los siguientes efectos:

-no comparezca o no lo haga en forma. En este caso, el Letrado de la Administración de Justicia declarará al demandado en rebeldía, lo cual se le notificará debidamente y citará únicamente al demandante a la vista del juicio.

-comparezca, pero no formule oposición ni acceda a la restitución del menor. En este caso, se procede como en el párrafo anterior, a la declaración de rebeldía del demandado. En estos casos, refuerza la LEC la posibilidad de adoptar medidas cautelares de oficio puesto que se ha incrementado el *periculum in mora* (art. 778 *quinquies* 5).

-acceda a la restitución del menor, por lo que el Juez dictará auto acordando la terminación del proceso y la restitución o retorno del menor

-formule oposición a la restitución por las causas establecidas en la normativa internacional aplicable a la materia. En este caso, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la oposición al demandante y citará a los interesados y al Ministerio Fiscal a la vista del juicio. Cuando la LEC hace referencia a la citación de los interesados, entendemos que obviamente citará al demandante y demandado pero que, en el caso que el proceso se haya iniciado por la autoridad Central, a la vista deberá acudir la persona que solicitó la restitución a dicha autoridad, en consonancia con lo establecido en el art. 5 del Reglamento 2201/2003, “*los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado la posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su retención*”.

La celebración de la vista se hará de acuerdo a las reglas procedimentales siguientes:

-*Incomparecencia de las partes*. La incomparecencia de las partes no suspenderá la celebración de la vista. Si la inasistencia se produjese por parte de la representación de la Autoridad Central, habrá de entenderse que el interés público subyacente en este procedimiento hace inaplicable el instituto del desistimiento, por lo que o se suspende el acto o continúa la tramitación del mismo. En estos casos, partiendo de que la inasistencia

²¹ La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya alienta la adopción de medidas cautelares al entender que pueden jugar un papel muy importante en el éxito y en la rapidez con que avance un caso de retorno de La Haya.

del Abogado del Estado necesariamente debe traer causa en una disfunción organizativa, entiende la Circular 6/2015 de la FGE²² que deberá promoverse la suspensión²³.

-Práctica de la prueba. Durante la vista se practicará la prueba útil y pertinente que las partes propongan en ese acto, además de la prueba que pueda decretar de oficio el propio Juez puesto que, no olvidemos, estamos ante un proceso no dispositivo que se rige por las disposiciones generales de este tipo de procesos y, a tenor del art. 752.1 párrafo 2º, el Juez está facultado para acordar la práctica de oficio de los medios de prueba que considere pertinentes.

-Sentencia. Una vez celebrada la vista, el Juez resolverá mediante sentencia pronunciándose sobre la restitución o retorno del menor. Si acuerda la restitución, deberá establecer en la sentencia la forma y el plazo de ejecución de la misma. Respecto a las costas del procedimiento, la LEC sigue el criterio general del vencimiento objetivo, destacándose como especialidad en este ámbito la posibilidad de incluir en las costas los desembolsos realizados para los desplazamientos del menor y del progenitor demandante.

-Impugnación de la sentencia. Cabe apelación ante la Audiencia Provincial con algunas especialidades que se refieren fundamentalmente a los plazos cortos para interponer recurso, para oponerse al mismo y para resolverlo (art. 778 *quinquies* 11). Las sentencias dictadas en los procesos para la adopción de medidas relativas a la restitución o retorno de menores en caso de sustracción internacional no son susceptibles de ejecución provisional, por la imposibilidad de retrotraer a la situación anterior caso de que se revoque la sentencia de instancia, tal y como establece el art. 525 LEC²⁴. De ahí la celeridad exigida por la LEC para la tramitación del recurso de apelación.

IV.PROCESO PARA DECLARAR LA ILICITUD DE UN TRASLADO DE UN MENOR CON RESIDENCIA HABITUAL EN ESPAÑA

IV.1. COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL PARA CONOCER DEL PROCESO

El art. 778 *sexies* LEC, en su párrafo 2º, establece dos criterios de competencia para conocer de la declaración de ilicitud de un traslado o una retención de un menor:

-un criterio de competencia funcional si los órganos jurisdiccionales ya se han pronunciado previamente respecto de alguna medida de responsabilidad parental que afecte al menor, en cuyo caso será el mismo órgano jurisdiccional que haya conocido del proceso anterior

-un criterio de competencia objetiva y territorial si no ha habido previamente un pronunciamiento jurisdiccional sobre responsabilidad parental que afecte al menor, en cuyo caso será competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del menor. En estos casos y a diferencia del proceso para la adopción de las medidas para restituir un menor, la competencia no está concentrada en los Juzgados de la capital de la provincia en cuya circunscripción se encuentre el menor, lo cual supone una desventaja respecto del criterio de la especialización que se aplica en el proceso para la adopción de medidas para la restitución de menores.

²² Págs. 72 y 73.

²³ En contra, AAP Valencia, secc. 10ª, nº 236/2002 que declara que la exigencia de asistencia a la vista es una carga a las partes demandantes en todo caso, sean particulares o sea la Abogacía del Estado, avalándose la resolución del Juez de instancia de tener por desistido al Abogado del Estado pese a que comunicó vía fax la imposibilidad de asistir a la comparecencia.

²⁴ En su redacción dada por la DF 3ª 3 de la Ley 15/2015 de 2 de Julio.

IV.2. LEGITIMACIÓN

A diferencia del proceso para la adopción de medidas para la restitución de menores, la legitimación para instar la declaración de ilicitud de un traslado o retención está ampliada a cualquier persona interesada. Ello probablemente porque la declaración de ilicitud surte efectos como documento a aportar en el proceso que para la restitución del menor se ventile en el país en el que se encuentre el menor, por lo que no se trata de un auténtico proceso contradictorio en el que se dicte una resolución que tenga o pueda tener eficacia ejecutiva.

IV.3. PROCEDIMIENTO

La LEC no establece un procedimiento a seguir para la declaración de ilicitud, sino que se remite al procedimiento previsto en la norma para la adopción de medidas en relación con menores (arts. 769 y ss. LEC) o el cauce procesal previsto para la adopción de las medidas previstas en el art. 158. Esto último significa más flexibilidad procedimental para la declaración de ilicitud de un traslado o retención porque; o bien puede utilizarse el procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en el art. 87 LJV, con la particularidad de que en dicho procedimiento no es necesaria la intervención de abogado y procurador; o incluso se puede utilizar el cauce procesal de la vía penal iniciada para juzgar el delito de sustracción de menores.