

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Carrascosa Gonzalez, Javier

La sustracción internacional de menores en tiempos de Covid-19

<http://hdl.handle.net/11067/7038>

<https://doi.org/10.34628/r6te-w559>

Metadados

Data de Publicação	2023
Tipo	bookPart

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-28T17:05:21Z com informação proveniente do Repositório

LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN TIEMPOS DE COVID-19

Javier Carrascosa González

Catedrático de Derecho internacional privado, Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

DOI: <https://doi.org/10.34628/r6te-w559>

Resumen: La situación producida tras la pandemia mundial del COVID-19 ha tenido una influencia importante en la aplicación del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980. En especial, la pandemia ha provocado que se invoquen ciertas causas de posible no restitución del menor al país de su residencia habitual basadas en los efectos negativos que la pandemia puede tener sobre el menor. Este trabajo analiza diversos aspectos de esta situación de manera diferenciada. En particular, se examinan las restricciones tolerables a los movimientos internacionales de las personas: retorno del menor a su país de origen, la imposibilidad de viaje de retorno del menor a su país de origen, los viajes internacionales arriesgados y peligrosos en el retorno de los menores, la organización rápida de un viaje seguro de regreso del menor, la prueba de las excepciones al retorno del menor a su país de origen, la comparación del nivel de infección por COVID 19 entre el Estado de origen del menor y el Estado donde se encuentra el menor, el riesgo de contraer COVID 19 en el viaje internacional de restitución del menor, y la necesidad de un pronto retorno ante un posible cierre de fronteras y el debate sobre el efecto perjudicial de las medidas anti-COVID19 como el uso obligatorio de mascarillas, en el Estado de origen del menor.

Palavras-clave: COVID 19; Sustracción internacional de menores; Mascarillas; Menores.

Abstract: The situation produced after the global COVID-19 pandemic has had an important influence on the application of art. 13.b) of the Hague Convention of October 25, 1980. In particular, the pandemic has caused certain causes to be invoked for possible non-restitution of the minor to the country of their habitual residence based on the negative effects that the pandemic may have on the child. minor. This work analyzes various aspects of this situation in a differentiated way. In particular, the tolerable restrictions on the international movements of people are examined: return of the minor to their country of origin, the impossibility of the minor's return trip to their country of origin, risky and dangerous international trips in the return of the minors. minors, the rapid organization of a safe return trip of the minor, the proof of exceptions to the return of the minor to their country of origin, the comparison of the level of COVID 19 infection between the State of origin of the minor and the State where the minor is found, the risk of contracting COVID 19 on the international return trip of the minor, and the need for a prompt return in the face of a possible border closure and the debate on the detrimental effect of anti-COVID19 measures such as the mandatory use of masks, in the State of origin of the minor.

Keywords: COVID 19; International child abduction; Masks; Minors.

I. La sustracción internacional de menores. Un fenómeno en la sociedad móvil, diversa y líquida del siglo XXI.

1. La “sustracción o secuestro internacional de menores” es el fenómeno que se produce cuando un sujeto traslada a un menor de un país a otro con infracción de las disposiciones legales (SAP Penal Almería 6 julio 2007 [pretendido secuestro de menor desde España a Bélgica])¹.

¹ SAP Penal Almería 6 julio 2007 [CENDOJ 04013370012007100136].

El caso tipo de secuestro internacional de menores ha sido, tradicionalmente, el siguiente: el progenitor al que, tras un divorcio, se ha atribuido el “derecho de visita”, aprovecha un período de tal derecho de visita, sustrae consigo al menor y lo traslada a otro país, ante cuyas autoridades intenta obtener el derecho de custodia para “legalizar” el secuestro, razón por la que este fenómeno se denomina también “*Legal Kidnapping*” o secuestro “legal” de menores (*legalized kidnapping*)².

En la actualidad, más del 70% de los secuestradores son mujeres madres del hijo que secuestran y cuya custodia ostentan. Este dato supone un cambio radical respecto del pasado, en el que la inmensa mayoría de los secuestradores eran los sujetos que no ostentaban la custodia. Las madres secuestradoras que tienen atribuida la custodia sustraen al menor del país donde éste tiene su residencia habitual, huyen de la violencia y abusos del padre maltratador que ostenta el derecho de visita, se llevan al menor a otro país³.

Existen, sin embargo, infinidad de modalidades fácticas de *Legal Kidnapping*. Se produce también cuando ambos progenitores comparten la custodia y uno de ellos traslada al hijo común a otro país, de modo que así impide que el otro progenitor ejerza su derecho de custodia. Y también cuando el progenitor que tiene la guarda del menor traslada a éste desde el país de su residencia habitual a otro país, y evita así que el progenitor que ostenta el derecho de visita pueda seguir ejerciendo tal derecho.

La sustracción internacional de menores es un problema social de primera magnitud. Es, por desgracia, un fenómeno cada vez más frecuente en todo el mundo desde los años setenta⁴. El secuestro internacional de menores tiene una víctima: el menor.

² A.E. ANTON, “The Hague convention of international child abduction”, *ICLQ*, 1981, vol. 30, pp. 537-567.

³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Problemas de secuestro internacional de menores”, *Actualidad Civil*, 1998, n.21, 25/31 mayo 1998, pp. 481-527.

⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores” en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, primera edición, Tirant Lo Blanch, València, 2020, volumen II, pp. 2116-2180.

Éste es arrancado de su entorno familiar, social y escolar en el que siempre ha vivido, y se le impone un “alejamiento geográfico” en relación con un titular de su responsabilidad parental, que suele ser su padre o su madre. Estos casos han alcanzado relevancia periodística por su politización. Algunos ejemplos serán suficientes: (1) Caso *Eneko*, un hijo de ciudadana española, que ostentaba la custodia del mismo, y de ciudadano alemán convertido al islamismo, secuestrado por éste y trasladado al Yemen; (2) Caso *Eliancito*, el “niño balseiro”, trasladado a Miami desde Cuba⁵; (3) Caso *María Amor González*, ciudadana española que trasladó a sus cuatro hijos desde Israel hasta Avilés y que fue obligada a devolver a los menores a Israel (15 enero 2007); (4) Caso de *María José Carrascosa*, ciudadana española que en 2005 trasladó a su hija desde los Estados Unidos a España y que, tras regresar a los Estados Unidos, fue encarcelada en dicho país por varios delitos, entre otros, el de secuestro de su hija.

2. La sustracción internacional de menores constituye un fenómeno muy complejo con múltiples aristas sociales, personales, emocionales y jurídicas. Su origen radica en un amplio abanico de causas de distinto carácter.

1º) *Quiebra de un matrimonio mixto*. En los matrimonios entre personas de distinta nacionalidad y distinta cultura son frecuentes las separaciones y los divorcios. Son “parejas de alto riesgo”, explican B. ANCEL / H. MUIR-WATT⁶. Estos divorcios suelen terminar con el retorno del extranjero a su país de origen. En el contexto de dicho retorno, el progenitor suele querer trasladar consigo a sus hijos.

2º) *El detestable “nacionalismo judicial”*. Los tribunales de un Estado suelen atribuir la custodia del menor al progenitor que ostenta la nacionalidad de dicho Estado. No es fácil

⁵ *Diario EL PAIS* 2 abril 2000, pp. 6 y 35.

⁶ B. ANCEL / H. MUIR-WATT, “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *Revue critique de droit international privé*, 2005, pp. 569-605.

convencer a un juez alemán de que el menor nacido en Alemania de madre alemana y padre turco, que ha vivido siempre en Alemania, donde ha crecido, y que habla el alemán, estará mejor asistido y educado por su padre turco, cuyo país y familia sólo ha visitado, a veces, en vacaciones, y cuya lengua no siempre habla, subraya E. JAYME⁷. Tampoco es fácil convencer a un juez español de que el hijo de madre española que lo ha trasladado ilegalmente a España, estará mejor con su padre yemení en dicho país, vistas las condiciones sociales y los parámetros culturales de dicho país.

- 3º) *El controvertido "derecho de visita"*. El progenitor que no tiene atribuida la custodia del menor pero sí dispone del "derecho de visita" suele utilizar con frecuencia los períodos de visita al menor para atraer hacia sí al hijo y alejarlo de quien lo tiene bajo su custodia. Utiliza, incluso, el derecho de visita para trasladar al menor lejos de su país de residencia o para retenerlo en otro país, con lo que se infringe la "custodia" del menor atribuida al otro progenitor.
- 4º) *Las madres secuestradoras y los padres maltratadores*. En la actualidad, más del 70% de los secuestradores son mujeres madres del hijo que secuestran y cuya custodia ostentan. Las madres secuestradoras que tienen atribuida la custodia huyen de la violencia y de los abusos del padre maltratador que ostenta el derecho de visita y trasladan al menor desde el país en el que dicho menor tenía su residencia habitual a otro país, lejos del padre maltratador.
- 5º) *El paso rápido por las fronteras*. Transportes internacionales veloces, pasaporte familiar en el que aún figura el menor y simple documento de identificación personal, cruce de fronteras por carretera sin control policial en la UE, son factores que permiten al secuestrador del menor trasladar

⁷ E. JAYME, "Diritto di famiglia, società multiculturali e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato", *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1993, pp. 295-304.

a éste, fácilmente, lejos del país de su residencia habitual. La existencia, en Europa, de un “espacio sin fronteras personales interiores” (“espacio Schengen”), en el que no se exige exhibición de documentos a los sujetos que pasan de un país a otro, facilita el traslado internacional del menor.

6º) *El transcurso de los años: Kampf gegen die Uhr*. Mientras se eternizan los procedimientos legales, el menor crece y se integra rápidamente en el país al que ha sido trasladado. Por ello, el retorno a su país de origen le puede comportar más perjuicios que beneficios. La lucha contra el *Legal Kidnapping* es siempre una “lucha contrarreloj”: *Kampf gegen die Uhr*.

3. En la presente exposición se analizará, exclusivamente, la incidencia de la pandemia del COVID-19 en el funcionamiento del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980.

II. Pluralidad de instrumentos normativos.

4. El combate del Derecho contra la sustracción internacional de menores no es sencillo. Varios datos deben subrayarse al respecto.

La vía más eficaz para atajar este complicado problema son los instrumentos legales internacionales multilaterales que establecen vías de cooperación internacional entre tribunales y autoridades de diferentes Estados. Entre ellos, destacan los siguientes:

- (a) Reglamento Bruselas II-ter 2019/1111 de 25 junio 2019⁸;
- (b) Convenio europeo de Luxemburgo de 20 mayo 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en ma-

⁸ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (DOUE L 178 de 3 julio 2019) (Reglamento Bruselas II-ter).

teria de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia⁹;

- (c) Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores¹⁰.

La proliferación descontrolada, caótica, premiosa y anárquica de instrumentos legales internacionales pone de relieve que existe una “lucha política” entre diversos organismos internacionales por elaborar un instrumento internacional de combate contra el *Legal Kidnapping*. La multiplicación de normas de DIPr. complica el panorama legal y en ocasiones puede perjudicar el interés del menor.

5. El art. 8 del CEDH 1950 protege el “derecho al respeto a la vida privada y familiar”¹¹. En esta línea, el TEDH ha subrayado varios datos de sumo interés.

- 1º) El art. 8 CEDH impone a los Estados partes en el convenio la obligación de garantizar “*el derecho de un padre a las medidas adecuadas para reunirlo con su hijo y la obligación para las autoridades nacionales de adoptarlas*” (STEDH 25 enero de 2000, *Ignaccolo-Zenide vs. Rumanía*, STDH 27 octubre 2011, *Bergmann vs. Chequia*, STEDH 24 mayo 2011, *Saleck Bardi vs. España*; STEDH 22 septiembre 2009, *Stochlak vs. Polonia*)¹².

⁹ Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 mayo 1980 (BOE núm.210 de 1 septiembre 1984).

¹⁰ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 (BOE núm.202 de 24 agosto 1987; corr. errores, BOE núm. 155 de 30 junio 1989 y BOE núm.21, de 24 enero 1996).

¹¹ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Consejo de Europa) hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE núm. 243 de 10 octubre 1979).

¹² STEDH 25 enero de 2000, *Ignaccolo-Zenide vs. Rumanía* [ECLI:CE:ECHR:2000:0125JUD003167996]; STEDH 24 mayo 2011, *Saleck Bardi vs. España* [ECLI:CE:ECHR:2011:0524JUD006616709]; STDH 27 octubre 2011, *Bergmann vs. Chequia* [ECLI:CE:ECHR:2016:0107JUD002327914]; STEDH 22 septiembre 2009, *Stochlak vs. Polonia* [ECLI:CE:ECHR:2009:0922JUD003827302].

- 2º) Los Estados partes están obligados a adoptar “medidas rápidas” en el contexto del secuestro internacional de menores (STEDH 21 septiembre 2010, *Mijušković vs. Montenegro*, STEDH 22 diciembre 2009, *Tapia Gasca y D. vs. España*)¹³. Las dilaciones y otras medidas ineficaces vulneran el art. 8 CEDH (STEDH 1 diciembre 2009, *Eberhard y M vs. Eslovenia*; STEDH 6 julio 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [retraso de más de cuatro años de los tribunales suizos en acordar el retorno de un menor al Estado de Israel])¹⁴. El art. 11 CH 1980, en dicha línea, señala que las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuaran con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Y recuerda que si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el demandante o la autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancias de la autoridad central del Estado requeriente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.
- 3º) El derecho de los padres a relacionarse con sus hijos así como el derecho de visita forman parte, ambos, del derecho a la vida familiar recogido en el art. 8 CEDH (STEDH 21 septiembre 2010, *Mijušković contra Montenegro*; STEDH 1 diciembre 2009, *Eberhard y M vs. Eslovenia*)¹⁵.
- 4º) La falta de ejecución de una orden de retorno del menor secuestrado al país de su residencia habitual supone una vulneración del art. 8 CEDH por parte del Estado que no

¹³ STEDH 21 septiembre 2010, *Mijušković contra Montenegro* [ECLI:CE:ECHR:2010:0921JUD004933707]; STEDH 22 diciembre 2009, *Tapia Gasca y D. vs. España* [ECLI:CE:ECHR:2009:1222JUD002027206].

¹⁴ STEDH 1 diciembre 2009, *Eberhard y M vs. Eslovenia* [ECLI:CE:ECHR:2009:1201JUD000867305]; STEDH 6 julio 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [ECLI:CE:ECHR:2010:0706JUD004161507].

¹⁵ STEDH 21 septiembre 2010, *Mijušković contra Montenegro* [ECLI:CE:ECHR:2010:0921JUD004933707].

ejecuta dicha orden (STEDH 26 julio 2011, *Shaw vs. Hungría*)¹⁶.

III. Convenio de La Haya de 25 octubre 1980.

1. Aspectos generales.

A) Convenio fáctico, acción de restitución del menor y no litigación sobre el fondo.

6. El Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 ha sido elaborado por la Conferencia de La Haya de DIPr. Su rasgo principal es que no se trata de un “convenio clásico de Derecho internacional privado que señala la competencia judicial internacional, la Ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones¹⁷. Se trata, más bien al contrario, de un “convenio internacional de carácter fáctico”, subrayan J. KROPHOLLER y L. CHATIN¹⁸. Y ello por las siguientes razones.

1º) El convenio no regula la “Ley aplicable” al fondo de la titularidad de los derechos de guarda y visita, ni la cuestión de la atribución o privación de la patria potestad o de la responsabilidad parental (AAP Ciudad Real 28 enero 2021 [retorno de menor a Italia]; AAP Guipúzcoa 14 junio 2019 [restitución de menores a Nicaragua]; SAP Pontevedra 15 julio 2019 [restitución de menor a Venezuela]; AAP Cádiz 22 febrero 2011 [restitución de menor a los Estados Unidos de América])¹⁹. Tampoco regula la “competencia judicial

¹⁶ STEDH 26 julio 2011, *Shaw vs. Hungría* [ECLI:CE:ECHR:2011:0726JUD000645709].

¹⁷ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 (BOE núm.202 de 24 agosto 1987; corr. errores, BOE núm. 155 de 30 junio 1989 y BOE núm.21, de 24 enero 1996).

¹⁸ L. CHATIN, “Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé”, *TCFDIP*, 1981-1982, pp. 107-138; J. KROPHOLLER, “Gedanken zur Reform des Haager Minderjährigenschutzabkommnes”, *RabelsZ.*, 1994, pp. 1-19.

¹⁹ AAP Ciudad Real 28 enero 2021 [ECLI:ES:APCR:2021:87A]; AAP Guipúzcoa 14 junio 2019

internacional” sobre estas cuestiones, ni la “validez extra-territorial de decisiones” en estas materias.

2º) El convenio persigue el retorno a la situación de hecho anterior al traslado del menor. Por ello se habla de “convenio fáctico”. El convenio establece una estructura de cooperación internacional de autoridades y una “acción directa” para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual (AAP Ciudad Real 28 enero 2021 [retorno de menor a Italia]; AAP Lleida 9 diciembre 2011 [restitución de menores a Wisconsin], AAP Cádiz 22 febrero 2011 [restitución de menor a los Estados Unidos de América], AAP Almería 6 febrero 2004)²⁰. El convenio contiene normas *self-executing*, esto es, normas jurídicas aplicables por sí mismas sin necesidad de que los Estados partes elaboren normas de desarrollo del mismo. No obstante, el convenio no prohíbe que los Estados partes desarrollen la regulación jurídica contenida en el mismo. En concreto, muchos Estados partes, y entre ellos España, cuentan con normas legales que regulan, con pleno respeto al convenio, ciertos aspectos procedimentales que no aparecen regulados por el convenio pero que resultan de extrema utilidad para alcanzar una aplicación plenamente satisfactoria del convenio (AAP Almería 6 febrero 2004)²¹. El Convenio de La Haya de 1980 no impide que una persona utilice el tradicional sistema de solicitar el *exequatur* de una sentencia en otro Estado parte y con ello, obtener la custodia del menor y lograr así su restitución al Estado de su previa residencia habitual (SAP Barcelona 23 enero 2018 [traslado de menor a Marruecos])²².

[ECLI:ES:APSS:2019:676A]; SAP Pontevedra 15 julio 2019 [ECLI:ES:APPO:2019:1766]; AAP Cádiz 22 febrero 2011 [CENDOJ 11012370052011200014].

²⁰ AAP Ciudad Real 28 enero 2021 [ECLI:ES:APCR:2021:87A]; AAP Lleida 9 diciembre 2011 [CENDOJ 25120370022011200101]; AAP Cádiz 22 febrero 2011 [CENDOJ 11012370052011200014]; AAP Almería 6 febrero 2004 [CENDOJ 04013370012004200009].

²¹ AAP Almería 6 febrero 2004 [CENDOJ 04013370012004200009].

²² SAP Barcelona 23 enero 2018 [ECLI:ES:APB:2018:77].

3º) Como consecuencia de lo anterior, el muy importante art. 16 del convenio dispone que, una vez trasladado ilícitamente el menor de un país a otro y una vez formulada reclamación para la restitución, las autoridades judiciales o administrativas del país al que ha sido trasladado el menor o donde está retenido ilícitamente, no pueden decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido según lo dispuesto en el convenio o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del convenio. Es una regla de “competencia judicial internacional negativa”. En efecto, dicha regla impide que un tribunal del Estado donde se encuentra ahora el menor conozca y decida, temporalmente, sobre el “fondo de la cuestión”. Como consecuencia de esta regla cabe afirmar lo siguiente: (a) Si se ordena el retorno del menor a otro país, no cabrá entrar en el fondo del asunto; (b) Si la decisión de retornar o no retornar al menor no es firme, tampoco podrán entrar en el fondo del asunto los tribunales del Estado donde ahora se encuentra el menor; (c) Cuando un tribunal se pronuncia sobre la restitución del menor, en ningún caso se está pronunciando sobre la custodia del menor (AAP Barcelona 13 marzo 2012; SAP Las Palmas 29 junio 2017 [sustracción de menor desde Argentina]) (art. 19 CH 1980: “[u]na decisión adoptada en el marco del presente convenio sobre la restitución del menor no afectara a la cuestión de fondo del derecho de custodia”) (SAP Pontevedra 21 junio 2018 [menor con residencia habitual en Portugal])²³. Una decisión que ordena restituir o no al menor no es una decisión sobre su custodia; (d) Sólo podrá entrarse en el fondo del asunto relativo a la guarda y custodia del menor, en su caso,

²³ AAP Barcelona 13 marzo 2012 [CENDOJ 08019370192012200026]; SAP Las Palmas 29 junio 2017 [ECLI:ES:APGC:2017:1005]; SAP Pontevedra 21 junio 2018 [ECLI:ES:APPO:2018:915].

esto es, si los jueces del país donde se encuentra el menor disponen de competencia internacional, si se acuerda “no restituir a dicho menor” (STS 22 junio 1998, AAP Barcelona 4 abril 2006, AAP Toledo Sec.1ª 20 noviembre 1995; sentencia cour de cassation Francia, 9 julio 2008)²⁴; (e) En el caso de sustracción ilícita de un menor desde España a otro país los tribunales españoles estiman que, cuando deben decidir sobre la custodia del menor, la conducta del progenitor sustractor constituye un dato a tener presente para modificar, en su perjuicio, de la custodia del menor, pues “*el hecho del traslado y del incumplimiento del mandato judicial*” permite afirmar “*un ejercicio inadecuado de la guarda de su hija por la madre y la incapacidad de esta para ejercer una guarda responsable de la misma*”. La idea que subyace a este muy importante art. 16 CH 1980 es que si surge un litigio sobre guarda y custodia y visita del menor, dicho litigio debe desarrollarse ante los tribunales del país donde el menor tiene su residencia habitual (SAP A Coruña 24 marzo 2017 [retorno de menores a Portugal])²⁵.

7. No existe un tribunal superior a todos los Estados partes ni ningún otro órgano superior a los Estados partes en el convenio que pueda interpretar de modo uniforme el texto en cuestión. Sin embargo, si cada Estado lo interpreta como le parece a “una manera nacional”, la aplicación del convenio se vuelve inestable y poco segura. Por ello, es conveniente poner de relieve los elementos que permiten una aplicación e interpretación uniforme del convenio en todos los Estados partes. Así, puede emplearse el Informe explicativo del convenio elaborado por la profesora E. PÉREZ VERA, las Conclusiones y Recomendaciones de reuniones anteriores de

²⁴ STS 22 junio 1998 [ECLI:ES:TS:1998:4153]; AAP Barcelona 4 abril 2006 [CENDOJ 08019370182006200201]; AAP Toledo Sec.1ª 20 noviembre 1995, *Actualidad Civil*, 1996\376, pp.591-593; Sent. Cour Cass. Francia 9 julio 2008 [referencia INCADAT: HC/E/FR 977].

²⁵ SAP A Coruña 24 marzo 2017 [JUR\2017\102694].

la Comisión Especial y las Guías de Buenas Prácticas del Convenio²⁶.

De todos modos es preciso destacar que corresponde exclusivamente a la autoridad competente judicial o administrativa del Estado donde se encuentra el menor, decidir acerca de la restitución o no del menor (art. 12 CH 1980), pues sólo esa autoridad puede evaluar los datos y hechos específicos de cada caso.

B) Objetivos del convenio.

8. El convenio persigue alcanzar dos grandes objetivos al mismo tiempo.

1º) *Lograr el retorno del menor trasladado ilícitamente de un país a otro para proteger así el derecho de custodia.* Se trata de respetar el *statu quo* anterior al traslado sin entrar nunca en el “fondo del asunto”. Por ello, el convenio persigue la restitución [menor con residencia habitual en Portugal]: se trata de “restablecer la situación a los términos anteriores al traslado internacional ilícito, sin decidir sobre el fondo ni sobre la consecuencia de que la custodia la ostente uno u otro padre”²⁷.

Y ello por estos motivos: (a) Las “rupturas bruscas” del menor con el medio en el que vive el menor se consideran negativas y deben evitarse, destaca Y. LEQUETTE (STEDH 6 diciembre 2007, *Maumousseau y Washington vs. Francia*)²⁸; (b) Las autoridades del país de residencia habitual del menor son las que están “mejor situadas” para decidir so-

²⁶ Vid. Actas y Documentos de la Decimocuarta Sesión (1980), tomo III, Sustracción de Menores, La Haya, Imprimerie Nationale, 1982, pp. 426-473 (disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya; AA.VV., *Conférence de La Haye de droit international privé*, Actes et documents de la Quatorzième session, vol.III, La Haya, 1992 (con los informes de A. DYER y E. PÉREZ VERA).

²⁷ SAP Pontevedra 14 junio 2021 [ECLI:ES:APPO:2021:1566]; SAP Pontevedra 21 junio 2018 [ECLI:ES:APPO:2018:915].

²⁸ Vid. Y. LEQUETTE, “Le Droit international privé de la famille à l’épreuve des Conventions internationales”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1994-II, pp. 51-99. También STEDH 6 diciembre 2007, *Maumousseau y Washington vs. Francia* [ECLI:CE:ECHR:2007:1206JUD003938805].

bre la cuestión de la custodia del menor. Tales autoridades disponen de un acceso directo a los datos y elementos de la vida del menor y pueden aplicar soluciones jurídicas de modo inmediato y a un coste más reducido. Debe subrayarse que el retorno inmediato del menor sintoniza con el interés del menor pero que dicho interés del menor no debe confundirse con el interés del menor a la hora de decidir que persona debe disponer de la custodia sobre dicho menor cuando se decida el fondo del asunto (SAP Pontevedra 14 junio 2021 [menores trasladados desde Perú a España])²⁹.

2º) *Velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de origen del menor.* Con ello, el convenio trata de salvaguardar el derecho del menor a relacionarse con ambos padres.

9. El convenio se aplica cuando un menor de dieciséis años ha sido retenido o trasladado ilícitamente a un país que no es el país de su residencia habitual, siempre que estos dos países sean Estados partes en el convenio.

10. El convenio sólo se aplica si el menor de 16 años tiene su residencia habitual en un Estado parte y es trasladado a otro Estado parte en el convenio en cuyo territorio dicho menor no tiene dicha residencia habitual. Varios datos deben subrayarse: (a) El país desde el que el menor es trasladado físicamente es irrelevante (SAP Zaragoza 9 enero 2016 [sustracción de menores desde Argentina a Brasil y posteriormente a España]; AAP Madrid 31 marzo 2015 [sustracción de menores desde Grecia a España])³⁰; (b) Cuando un menor es sustraído desde un país en el que no tiene su residencia habitual y es trasladado a otro país en el que sí tiene su residencia habitual, el convenio no es aplicable. Por ello, si el

²⁹ SAP Pontevedra 14 junio 2021 [ECLI:ES:APPO:2021:1566].

³⁰ SAP Zaragoza 19 enero 2016 [CENDOJ 50297370022016100001]; AAP Madrid 31 marzo 2015 [CENDOJ 28079370222015200014].

menor se encuentra en España y se solicita su restitución a otro Estado parte pero el tribunal español comprueba que el menor tiene su residencia habitual en España, no se acordará dicha restitución. Ello incluso en el caso de que existan dos resoluciones judiciales contradictorias, una española que otorga la custodia a la madre y otra rumana que la otorga al padre (SAP Almería 2 mayo 2018 [menor trasladado desde Bulgaria])³¹.

11. El convenio sólo se aplica entre Estados partes, que son, en la actualidad, más de cien. Para que el convenio sea aplicable en relación con España, España debe aceptar expresamente la adhesión de Estados no miembros de la Conferencia de La Haya que se hayan adherido al convenio (art. 38). Por tanto, si el menor tiene su residencia habitual en un Estado parte pero ha sido trasladado a un tercer Estado no parte, este convenio no es aplicable (SAP Valladolid 31 mayo 1996)³². Tampoco se aplica si el destino del menor es un Estado parte pero el menor tiene su residencia habitual en un Estado no parte. Así sucedió en el caso de *Eliancito*, el “niño balsero”³³. En efecto, los Estados Unidos de América eran un Estado parte en el convenio, pero no Cuba en la fecha de los hechos³⁴. Los datos sobre las Declaraciones de los Estados en relación con este convenio así como sobre la entrada en vigor para cada Estado y sobre los Estados partes, pueden encontrarse en la web oficial de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (<http://www.hcch.net/>). A fecha febrero 2022, los Estados partes son ciento uno, lo que da cuenta del éxito y de la calidad jurídica del convenio.

³¹ SAP Almería 2 mayo 2018 [ECLI:ES:APAL:2018:229].

³² SAP Valladolid 31 mayo 1996, *Revista General de Derecho*, 1997. ns. 628-629, pp.1303-1304.

³³ El caso puede seguirse con la perspectiva de veinte años que han transcurrido desde los hechos en multitud de recursos web. *Vid. ad ex.*: <https://www.elmundo.es/loc/celebrities/2020/04/22/5e9efcb5fc6c833e298b45c8.html>; <https://www.elmundo.es/internacional/elian/>; <https://www.rtve.es/play/videos/telediario/se-cumplen-20-anos-elian-nino-balsero/5453946/>.

³⁴ El convenio entró en vigor para Cuba el 1 diciembre en 2018, muchos años después del incidente de *Eliancito*, el niño balsero.

En el caso de sustracción de menores entre Estados que participan en el Reglamento Bruselas II-ter, dicho instrumento prevalece sobre el Convenio de La Haya, si bien las normas de reglamento hacen aplicables las normas del Convenio y las “complementan”³⁵. Así puede ver se en el AAP Guipúzcoa 14 junio 2019 [restitución de menores a Nicaragua]³⁶. En realidad, pese a lo indicado por los Considerandos (2), (17), (73) y por el art. 22 del Reglamento Bruselas II-ter, sus normas no complementan la regulación del Convenio, sino que lo modifican entre los Estados miembros en la UE.

12. El TJUE ha declarado que la aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, es competencia exclusiva de la UE (Dictamen TJUE 1 (Gran Sala) de 14 octubre 2014)³⁷. Las razones de ello estriban en lo siguiente: (a) El acto de adhesión de un Estado y la declaración de aceptación de tal adhesión por parte de otro Estado, aunque cada uno se lleve a cabo mediante un instrumento separado, expresan en conjunto un concurso de voluntades de los Estados interesados y, por tanto, constituyen un “acuerdo internacional” (b) Este acuerdo internacional afecta a la aplicación del Reglamento

³⁵ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (DOUE L178 de 3 julio 2019) (Reglamento Bruselas II-ter). Cons (2): “*El presente Reglamento establece normas uniformes de competencia relativas al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, así como a los litigios sobre responsabilidad parental con un componente internacional. Facilita la circulación en la Unión de las resoluciones, los documentos públicos y determinados acuerdos, al establecer disposiciones relativas a su reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros. Por otra parte, aclara el derecho del menor a que se le brinde ocasión de expresar su opinión en los procedimientos que le afecten y contiene asimismo disposiciones que complementan el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en lo sucesivo, « Convenio de La Haya de 1980 ») en lo referente a las relaciones entre Estados miembros. Por consiguiente, el presente Reglamento debe contribuir a reforzar la seguridad jurídica e incrementar la flexibilidad, y a garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficiencia de dichos procesos*”.

³⁶ AAP Guipúzcoa 14 junio 2019 [ECLI:ES:APSS:2019:676A].

³⁷ Dictamen TJUE 1 (Gran Sala) de 14 octubre 2014 [ECLI:EU:C:2014:2303].

Bruselas II-ter, que completa y precisa las normas del citado convenio entre los Estados miembros de la UE. En efecto, si fueran los Estados miembros los competentes para aceptar o no la adhesión de un nuevo Estado tercero al Convenio de La Haya de 1980, se correría el riesgo de menoscabar la aplicación uniforme y coherente del Reglamento Bruselas II-ter y, en particular, de las normas de cooperación entre las autoridades de los Estados miembros cada vez que una situación de sustracción internacional de un menor afectara a un Estado tercero y a dos Estados miembros, uno de los cuales hubiera aceptado la adhesión de ese Estado tercero a dicho convenio y el otro no. Un ejemplo puede verse en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 febrero 2015, sobre la propuesta de Decisión del Consejo sobre la declaración de aceptación por parte de los Estados miembros, en interés de la Unión Europea, de la adhesión de Albania al Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores³⁸.

C) Regla general. La restitución del menor.

13. El convenio recoge una “primera regla”: el retorno inmediato del menor, normalmente, al país de su previa residencia habitual. Esta “primera regla” está diseñada sin tomar en consideración los “datos del caso concreto” y responde al principio del interés del menor. El retorno del menor a su país de residencia habitual debe operar como “regla básica” porque así se realiza el interés del menor: (a) Se evitan así rupturas bruscas del menor con su “ambiente natural”. Como indica la SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [menores españoles con residencia en Francia trasladados ilícitamente a España], “... hemos de aprender a ver al menor como primera víctima de estas situaciones de traslado o retención, pues él es quien padece en primer lugar la pérdida de un equilibrio al que tiene derecho, al quedar separado de uno de los progenitores, o de la institución que os-

³⁸ DOUE C 310/95 de 25 agosto 2016.

tenta su custodia..."³⁹. En estos casos la víctima es siempre el menor; (b) Se desincentivan de este modo los secuestros internacionales de menores (*policy of deterring abduction*); (c) El país de residencia habitual del menor es el país cuyos tribunales serán competentes para decidir en torno a la "responsabilidad parental del menor" (*forum conveniens*) y son los tribunales mejor situados para decidir sobre las medidas de protección del menor y los que pueden llevar a cabo una buena administración de la Justicia. Esta "primera regla" tiene alcance general y debe interpretarse expansivamente (SAP Barcelona 6 octubre 2020 [restitución de menores a Edimburgo]; SAP Las Palmas 29 junio 2017 [sustracción de menor desde Argentina]; SAP Las Palmas 6 abril 2017 [sustracción de menor a España]; AAP Madrid 31 marzo 2015 [sustracción de menores desde Grecia a España])⁴⁰. Puede afirmarse que el convenio pivota sobre una presunción a tenor de la cual se presume que el retorno del menor a su país de residencia habitual es la solución que encaja en mayor medida con el interés de dicho menor (Circular 6/2015 de 17 noviembre 2015, de la FGE sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores)⁴¹.

D) Regla excepcional. No restitución del menor.

14. El convenio acoge también una segunda regla: la posibilidad de "no ordenar el retorno del menor" porque ello podría perjudicar el interés del menor. Varios datos deben subrayarse.

1^o) Esta regla sí toma en consideración, necesariamente, los datos del caso concreto (*welfare of the particular child*) para evitar que la regla general cause injusticias en un supuesto específico (Ontario CA Canada 31 marzo 1999, AAP Almería 30 abril 2004, AAP Barcelona 4 abril 2006, AAP Sevi-

³⁹ SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [ECLI:ES:APPO:2019:1074].

⁴⁰ SAP Barcelona 6 octubre 2020 [ECLI:ES:APB:2020:8805]; SAP Las Palmas 29 junio 2017; [ECLI:ES:APGC:2017:1005]; SAP Las Palmas 6 abril 2017 [JUR\2017\147295]; AAP Madrid 31 marzo 2015 [CENDOJ 28079370222015200014].

⁴¹ Texto en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2015-00006>.

lla 12 septiembre 2008)⁴².

2º) Esta segunda regla es excepcional y debe interpretarse restrictivamente. Por tanto, estos motivos de denegación de la restitución no se presumen jamás. Deben siempre probarse y demostrarse a través de “*pruebas objetivas*” (SAP Santa Cruz de Tenerife 12 abril 2021 [menores trasladados desde Italia a España]; SAP Barcelona 6 octubre 2020 [restitución de menores a Edimburgo]; SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [menores españoles con residencia en Francia trasladados ilícitamente a España]; SAP Pontevedra 14 marzo 2019 [menor con residencia en México retenida en España]; AAP Islas Baleares 14 marzo 2018 [traslado de menores desde Reino Unido a España]; SAP Barcelona 3 octubre 2017 [traslado de menor desde Reino Unido a España])⁴³. Estos motivos de denegación de la restitución deben, pues, interpretarse y aplicarse de modo excepcional (SAP Pontevedra 6 octubre 2016 [sustracción de menor de la República Checa a España], SAP Islas Baleares 9 mayo 2016 [menor trasladado desde Argentina a España])⁴⁴. Meros indicios no son pruebas (SAP Córdoba 14 febrero 2018 [traslado de menor desde Suiza a España])⁴⁵.

3º) Muy importante resulta el art. 13 *in fine* CH 1980, que indica que al examinar las circunstancias a que se hace referencia en dicho precepto, las autoridades judiciales y administrativas del Estado donde se encuentra el menor,

⁴² Ontario CA Canada 31 marzo 1999 [referencia INCADAT: HC/E/CA 373]; AAP Almería 30 abril 2004 [CENDOJ 04013370032004200072]; AAP Barcelona 4 abril 2006 [CENDOJ 08019370182006200201]; AAP Sevilla 12 septiembre 2008 [CENDOJ 41091370022008200184].

⁴³ SAP Santa Cruz de Tenerife 12 abril 2021 [ECLI:ES:APTF:2021:1046]; SAP Barcelona 6 octubre 2020 [ECLI:ES:APB:2020:8805]; SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [ECLI:ES:APPO:2019:1074]; AAP Pontevedra 14 marzo 2019 [ECLI:ES:APPO:2019:737]; AAP Islas Baleares 14 marzo 2018 [ECLI:ES:APIB:2018:37A]; SAP Barcelona 3 octubre 2017 [ECLI:ES:APB:2017:10784].

⁴⁴ SAP Pontevedra 6 octubre 2016 [CENDOJ 36038370012016100461]; SAP Islas Baleares 9 mayo 2016 [CENDOJ 07040370042016100130].

⁴⁵ SAP Córdoba 14 febrero 2018 [ECLI:ES:APCO:2018:75].

tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor (SAP Asturias 15 marzo 2017 [restitución de menores a Estados Unidos])⁴⁶. Se trata de un mandato imperativo: dichas autoridades no pueden ignorar tal información y están obligados a tenerla presente.

- 4^o) Basta que concurra una sola causa de denegación de la restitución de las contempladas por el Convenio de La Haya de 1980, para que tal restitución pueda rechazarse (SAP A Coruña 24 marzo 2017 [retorno de menores a Portugal])⁴⁷. Por todo ello, debe indicarse que la restitución del menor no es una “restitución de plano”. En efecto, si no concurre ninguna de estas causas de rechazo a la restitución, tal y como están recogidas en el convenio, la restitución del menor debe acordarse de modo imperativo (SAP Las Palmas 29 junio 2017 [sustracción de menor desde Argentina])⁴⁸. En efecto, cabe alegar ciertas causas para denegar el retorno del menor y a tal efecto, deben distinguirse dos supuestos.
- 5^o) No es posible inadmitir la demanda de restitución porque es preciso que el juez examine *in casu* si concurren las causas de no restitución del menor al país de origen (AAP Girona 4 noviembre 2020 [niño trasladado desde Rusia a España])⁴⁹.

15. En el caso de que haya transcurrido menos de un año desde que se produjo el traslado o la retención ilícita del menor, la autoridad competente del Estado parte está obligada a ordenar la “restitución inmediata del menor” (art. 12.1) (SAP Valencia 23 febrero 2017 [menores trasladados de Francia a España], SAP Za-

⁴⁶ SAP Asturias 15 marzo 2017 [JUR\2017\106546].

⁴⁷ SAP A Coruña 24 marzo 2017 [JUR\2017\102694].

⁴⁸ SAP Las Palmas 29 junio 2017 [ECLI:ES:APGC:2017:1005].

⁴⁹ AAP Girona 4 noviembre 2020 [ECLI:ES:APGI:2020:1103A].

ragoza 19 enero 2016 [sustracción de menores desde Argentina a Brasil y posteriormente a España])⁵⁰. Varias observaciones son necesarias.

- 1º) Existen ciertas causas que permiten a la autoridad del país donde se encuentra el menor, “no ordenar la restitución del menor”. El art. 13 CH 1980 recoge un proceso en dos etapas (*two-stage process*). Primera etapa: hay que acreditar si concurren o no las causas que permiten no ordenar la restitución del menor. Segunda etapa: acreditadas tales causas, el tribunal *puede* no ordenar la restitución del menor (*is not bound to order the return of the child*), pero *no está obligado* a denegar la restitución del menor: el tribunal dispone de “discrecionalidad” al respecto. Dicha discrecionalidad permite al tribunal valorar elementos como el posible resultado de un futuro proceso sobre la “responsabilidad parental del menor”, el efecto emocional sobre el menor de una posible orden de retorno del mismo a su previo país de residencia habitual.
- 2º) Las causas de denegación de la restitución del menor son tasadas, constituyen un elenco cerrado y son las siguientes: (a) Custodia no ejercida de hecho o traslado consentido del menor; (b) Menor que se opone a su restitución; (c) Restitución del menor que vulnera los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20); (d) Grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable (art. 13 b).

16. Fuera de las causas previstas en el convenio, ninguna otra puede aducirse. Esto es, si no concurre ninguna causa de denegación de la restitución de las recogidas en el convenio, se acordará la restitución del menor (SAP Barcelona 19 octubre 2017 [sustrac-

⁵⁰ SAP Valencia 23 febrero 2017 [JUR\2017\139708]; SAP Zaragoza 19 enero 2016 [CENDOJ 50297370022016100001].

ción de menor desde Italia a España)]⁵¹. Ciertas partes alegan motivos de no restitución del menor no recogidos en el convenio, porque la imaginación humana no conoce límites: (a) El hecho de que el menor, tras su traslado, conviva cada día con el progenitor sustractor no constituye causa alguna de no restitución del menor al país de su residencia habitual (sentencia Corte di Cassazione Italia 30 junio 2014 [menor trasladado desde Grecia a Italia])⁵²; (b) Tampoco es causa de denegación de la restitución el hecho de que el clima en España sea más benigno que en Letonia, país donde la menor tiene su residencia habitual (SAP Las Palmas 9 febrero 2017 [restitución de menor a Letonia])⁵³; (c) Las circunstancias genéricas o generales no recogidas en el convenio, como el “beneficio del menor”, el “interés del menor”, la “salud del menor”, la “unidad de la familia”, las “discrepancias entre los padres”, la “intolerancia entre los padres”, etc., no constituyen “causas de oposición” a la restitución según el convenio de La Haya y no pueden ser empleadas para denegar tal restitución en el marco de dicho instrumento legal (SAP Murcia 14 julio 2016 [sustracción de menor desde Holanda a España]; AAP Barcelona 4 abril 2006; SAP Las Palmas 10 marzo 2009)⁵⁴. Más todavía, circunstancias como que el menor tiene arraigo en el país donde ha sido trasladado o que en tal país vive su familia extensa, o que habla el idioma de dicho país o ya ha sido escolarizado allí son irrelevantes para denegar la restitución del menor (SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [menores españoles con residencia en Francia trasladados ilícitamente a España])⁵⁵; (d) El hecho de que la menor ostenta nacionalidad española es irrelevante para decidir si debe o no ser restituida a México (AAP Pontevedra 14 marzo 2019 [menor con residencia en México retenida en España]); (e) El hecho de que el padre se ha

⁵¹ SAP Barcelona 19 octubre 2017 [ECLI:ES:APB:2017:10767].

⁵² Sent. Corte Cass. Italia 30 junio 2014 [www.incadat.com].

⁵³ SAP Las Palmas 9 febrero 2017 [JUR\2017\146899].

⁵⁴ SAP Murcia 14 julio 2016 [CENDOJ 30030370042016100408]; AAP Barcelona 4 abril 2006 [CENDOJ 08019370182006200201]; AAP Las Palmas 10 marzo 2009 [CENDOJ 35016370032009200063].

⁵⁵ SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [ECLI:ES:APPO:2019:1074].

trasladado a España para mantener contactos con la menor una vez que ésta ha sido sustraída de modo ilícito desde México a España (AAP Pontevedra 14 marzo 2019 [menor con residencia en México retenida en España])⁵⁶; (f) El hecho de que los tribunales del país de la previa residencia del menor no hayan declarado la ilicitud del traslado del mismo a otro país tampoco es causa de denegación de su retorno (SAP Barcelona 12 junio 2020 [menor en Singapur])⁵⁷.

Existen, sin embargo, casos difíciles: el traslado de una menor desde España a Francia debido a que nadie la podía mantener en España pero sí la podía mantener un familiar en Francia, es un traslado hecho sin voluntad de quebrar un derecho de custodia, es cierto. Sin embargo, el traslado es ilícito con arreglo al convenio (AAP Girona 27 julio 2017 [menor trasladada a Francia])⁵⁸.

17. En el caso de que haya transcurrido más de un año desde la sustracción del menor, se dispondrá su restitución (art. 12.2), pero cabe oponerse a dicha restitución en base a todas las causas antes citadas más una añadida: que *“quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio”* (art. 12.2). En efecto: restituir a un menor cuando ha transcurrido un largo período de tiempo y se encuentra ya integrado en otro país, dañaría el *“interés del menor”*.

E) Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y pandemia mundial COVID-19.

18. La situación producida tras la pandemia mundial del COVID-19 ha tenido una influencia importante en la aplicación del art. 13.b) CH 1980. En especial, la pandemia ha provocado que se invoquen ciertas causas de posible no restitución del menor al país de su residencia habitual basadas en los efectos negativos que la pande-

⁵⁶ *Vid.* cita anterior.

⁵⁷ SAP Barcelona 12 junio 2020 [ECLI:ES:APB:2020:4876].

⁵⁸ AAP Girona 27 julio 2017 [ECLI:ES:APGI:2017:899A].

mia puede tener sobre el menor. En particular, es preciso analizar diversos aspectos de esta situación de manera diferenciada.

19. (a) Restricciones tolerables a los movimientos internacionales de las personas: retorno del menor a su país de origen. Cuando el país donde se hallan los menores ha dictado restricciones a los viajes que afectan a los menores o a sus progenitores pero dichas restricciones permiten que las personas puedan viajar, aún con dificultades, debe considerarse que el retorno de los menores es posible. Es decir, la dificultad de movimientos internacionales de los particulares no significa imposibilidad de retorno de los menores a su país de origen (Decisión de Walpole & Secretary, Department of Communities and Justice (Australia) de 25 marzo 2020 [traslado de menores desde Nueva Zelanda a Australia]; Sentencia High Court of Justice in Northern Ireland de 10 julio 2020, *ZA vs. BY*, ([2020] NIFam 9) [sustracción de menor desde Países Bajos a Irlanda del Norte])⁵⁹.

20. (b) Imposibilidad de viaje de retorno del menor a su país de origen. Denegación de la restitución del menor a su país de origen. En vista de la situación provocada por el virus COVID-19, si la devolución es imposible porque el progenitor no puede llevar a los menores a su país de origen, los niños tienen que ser entregados al titular del derecho de custodia en el país en el que se encuentran (sentencia Rechtbank Den Haag (Países Bajos), C/09/587375 de 26 marzo 2020) [traslado de menor desde Estados Unidos de América a Países Bajos])⁶⁰.

21. (c) Viajes internacionales arriesgados y peligrosos en el retorno de los menores. Denegación de la restitución del retorno del menor a su

⁵⁹ Decisión de Walpole & Secretary, Department of Communities and Justice de 25 marzo 2020 ([2020] FamCAFC 65); Sentencia High Court of Justice in Northern Ireland de 10 julio 2020, *ZA vs. BY*, ([2020] NIFam 9).

⁶⁰ Sentencia Rechtbank Den Haag (Países Bajos), C/09/587375 de 26 marzo 2020 [ECLI:NL:RBDHA:2020:2861].

país de origen. La pandemia mundial del COVID 19 puede comportar que el viaje internacional del menor a su país de origen no sea seguro. Es imprudente exponer a los niños a un viaje internacional lleno de restricciones y complicaciones. Por ello, en atención a la “seguridad” y el “bienestar” de los niños, éstos deben permanecer en el país donde se encuentran al cuidado de su madre cuando el viaje comporta, objetivamente, peligro grave para los menores. El retorno de los menores no es tan “urgente” como para ponerlos en peligro grave (sentencia Superior court of justice - Ontario US 24 marzo 2020, *Onuoha v. Onuoha* [menores trasladados desde Nigeria a Ontario, Canadá]; sentencia Superior Court of Justice Ontario 5 junio 2020, *Stefanska v. Chyzynski*, [traslado de menores desde Ontario a Varsovia, Polonia]; sentencia Supreme Court Of British Columbia (Canadá) de 20 noviembre 2020, *Kung v. Tang* [sustracción desde Hong Kong a Washington y desde allí a British Columbia])⁶¹.

22. (d) Viajes internacionales arriesgados y peligrosos en el retorno de los menores. Aceptación de la restitución del retorno del menor a su país de origen. Un viaje que comporta una cuarentena no supone peligro grave para los menores (sentencia del alto tribunal regional de Karlsruhe, cámara para asuntos de Familia (Alemania), 25 junio 2020 [menor trasladado desde Estados Unidos de América a Alemania])⁶².

23. (e) Organización rápida de un viaje seguro de regreso del menor. Aceptación de la restitución del retorno del menor a su país de origen. A pesar de la pandemia del COVID 19, una vez dictada la orden de restitución, puede llevar un poco de tiempo organizar un retorno

⁶¹ Sentencia Superior court of justice - Ontario US 24 marzo 2020, *Onuoha v. Onuoha*, (2020 ONSC 1815); Sentencia Superior Court of Justice Ontario 5 junio 2020, *Stefanska v. Chyzynski*, [2020 ONSC 3570]; Sentencia Supreme Court Of British Columbia (Canadá) de 20 noviembre 2020, *Kung v. Tang*, [2020 BCSC 2155].

⁶² Sentencia del alto tribunal regional de Karlsruhe, cámara para asuntos de Familia (Alemania), 25 junio 2020 [2 F1701/19].

seguro, pero éste debe llevarse a cabo tan pronto como sea razonablemente posible (sentencia High Court of Justice Family Division 10 junio 2020 (Inglaterra), *AX vs. CY* [traslado de menor desde España a Inglaterra])⁶³.

24. (f) Prueba de las excepciones al retorno del menor a su país de origen. Restitución del retorno del menor a su país de origen. La madre, sustractora del menor, alega que dispone de pruebas de amenazas de muerte contra ella por parte el padre que solicita la restitución, pero que tales pruebas se hallan en su ordenador, que se encuentra en España y al que no puede acceder, pues ella se encuentra en Inglaterra. Pues bien, a pesar de eso y visto que la carga de la prueba de las razones para la no restitución recae en la persona o institución u otro organismo que se opone a la restitución, si tales pruebas no se presenta, las excepciones no quedan justificadas y el menor debe retornar a su país (sentencia High Court Of Justice Family Division UK, *KR vs. HH* [menor trasladado desde España a Inglaterra])⁶⁴.

25. (g) Comparación del nivel de infección por COVID 19 entre el Estado de origen del menor y el Estado donde se encuentra el menor. Aceptación de la restitución del retorno del menor a su país de origen. Este riesgo debe ser analizado con detalle: (i) Si la pandemia está más avanzada en un país (España) que en otro (Reino Unido) se podría argumentar que los particulares tendrían un mayor riesgo de contraer el virus en España que en el Reino Unido; (ii) Sin embargo, la situación nacional e internacional evoluciona a tal velocidad que cualquier prueba sobre el nivel de infección de COVID en un concreto país probablemente quedaría inmediatamente desfasada; (iii) Las personas con mayor riesgo de sufrir complicaciones graves por el coronavirus son las personas mayores y las que tienen problemas de salud subyacentes. Es preciso analizar si el menor y sus padres están incluidas en estas categorías. En caso

⁶³ High Court of Justice Family Division 10 junio 2020, *AX vs. CY*, [2020] EWHC 1599 (Fam).

⁶⁴ Sentencia High Court Of Justice Family Division UK, *KR vs. HH*, ([2020] EWHC 834 Fam).

positivo el traslado puede denegarse. En caso negativo, el traslado debe efectuarse (sentencia High Court Of Justice Family Division UK, *KR vs. HH*, [menor trasladado desde España a Inglaterra])⁶⁵. En la mayor parte de las ocasiones, ambos países presentan cifras similares de contagios o incluso es menor en el país de origen del menor que en el país donde éste ahora se encuentra (orden Tribunal Local de Hamm Tribunal de Familia (Alemania) 23 abril 2020 [traslado de menor desde Armenia a Alemania: hay más casos en Alemania que en Armenia]; SAP Barcelona 12 junio 2020 [menor en Singapur]; SAP Pontevedra 14 junio 2021 [menores trasladados desde Perú a España])⁶⁶.

26. (h) *Riesgo de contraer COVID 19 en el viaje internacional de restitución del menor. Restitución del retorno del menor a su país de origen.* A Los viajes internacionales en este momento de COVID 19 conllevan potencialmente una mayor perspectiva de infección que permanecer en autoaislamiento. Sin embargo, ciertos Estados siguen permitiendo un número limitado de vuelos internacionales para “viajes esenciales”. El riesgo de infección que suponen los viajes aéreos, aunque sin duda es significativamente mayor de lo normal, no es tan alto como para que cualquiera de los dos gobiernos haya considerado necesario poner fin a los vuelos por completo (Sentencia High Court Of Justice Family Division UK, *KR vs. HH*, [menor trasladado desde España a Inglaterra]). Por ello, en tales casos, no puede alegarse grave riesgo para el menor si es trasladado a su país de origen.

27. (i) *Necesidad de un pronto retorno ante un posible cierre de fronteras. Restitución del retorno del menor a su país de origen.* A En ocasiones, las restricciones a la circulación que comporta el COVID 19 no permiten ofrecer garantías de que los vuelos que actual-

⁶⁵ Sentencia High Court Of Justice Family Division UK, *KR vs. HH*, ([2020] EWHC 834 Fam).

⁶⁶ Orden Tribunal Local de Hamm Tribunal de Familia (Alemania) 23 abril 2020 [32 F 14/20]; SAP Barcelona 12 junio 2020 [ECLI:ES:APB:2020:4876]; SAP Pontevedra 14 junio 2021 [ECLI:ES:APPO:2021:1566].

mente operan entre dos Estados sigan haciéndolo durante mucho más tiempo. Por ello, retrasar la orden de retorno podría significar que sería prácticamente imposible que el retorno se llevara a cabo durante un periodo de tiempo considerable. En tal supuesto, es necesario retornar al meno a su país de origen de modo inmediato (sentencia High Court Of Justice Family Division UK, *KR vs. HH* [menor trasladado desde España a Inglaterra])⁶⁷.

28. (j) *Debate sobre el efecto perjudicial de las medidas anti-COVID19 como el uso obligatorio de mascarillas, en el Estado de origen del menor. Denegación de la restitución del retorno del menor a su país de origen sólo en casos muy graves y probados.* Si en el país de origen del menor (Francia) se ha decretado el uso obligatorio de mascarillas para los niños mayores de seis años fueran van al colegio, ello puede suscitar problemas. En efecto, si el menor sufre consecuencias muy negativas para su salud derivadas del uso obligatorio de mascarillas, -claustrofobia, fiebre aftosa, etc.-, debe considerarse que existe “peligro grave de daño grave” para el menor y la restitución debe denegarse. Ahora bien, eso debe probarse, de modo que, en circunstancias normales, el uso de la máscara es incómodo y molesto pero no representa un peligro grave para el menor según indican los expertos sanitarios (sentencia The High Court Family Law (Irlanda) de 12 marzo 2021, *W AND X (minors)* [traslado de menores desde Francia Irlanda])⁶⁸.

⁶⁷ Sentencia High Court Of Justice Family Division UK, *KR vs. HH*, ([2020] EWHC 834 Fam).

⁶⁸ Sentencia The High Court Family Law (Irlanda) de 12 marzo 2021, *W AND X (minors)*, [2021] IEHC 168] [2020 No. 22 HLC].