



UNIVERSITAT DE GIRONA – FACULTAT DE DRET

Grau en dret

*Historia de los sistemas jurídicos comparados*

**EL TRASLADO ILEGAL DE LOS MENORES  
ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ITALIA Y ESPAÑA  
EN EUROPA Y MÁS ALLÁ DE LA FRONTERA**

DOBLE GRADO EN DERECHO

UNIVERSITAT DE GIRONA Y UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

**Profesor Tutor:**

Dr. José María Pérez Collados

**Realizado por:**

Alessia Barcellona

Curso Académico 2023/2024

Convocatoria de Febrero

# ÍNDICE GENERAL

---

<b>1. Introducción .....</b>	<b>3</b>
<b>2. Que es el traslado ilegal de los menores y cuáles son las posibles causas .....</b>	<b>4</b>
2.1 El Concepto de traslado de los menores	
2.2 Las causas del fenómeno	
<b>3. Marco jurídico aplicable .....</b>	<b>7</b>
3.1 Normativa interna en España	
3.2 Normativa interna en Italia	
3.3 Normativa europea e internacional	
3.4 El Convenio de la Haya de octubre 1980	
3.4.1 Características del convenio de la Haya 1980	
3.4.2 ¿Qué es el traslado a los fines del Convenio?	
3.4.3 Estructura del Convenio de la Haya	
3.4.4 La restitución del menor	
3.4.5 ¿Cómo incide el tiempo en un traslado ilícito?	
3.5 Reglamento de Bruselas II-bis y II-ter	
3.6 Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo 1980	
3.7 Convenio entre España y Marruecos	
<b>4. Derecho extranjero .....</b>	<b>22</b>
<b>5. Conceptos de derecho de familia .....</b>	<b>23</b>
5.1 El interés superior del menor	
5.2 residencia habitual	
5.3 derecho de custodia y derecho de visita	
<b>6. Conclusiones .....</b>	<b>28</b>
<b>7. Bibliografía .....</b>	<b>29</b>

## **1. Introducción**

El traslado o sustracción ilegal de los menores representa una compleja y delicada problemática que involucra el derecho internacional y plantea cuestiones legales, éticas y sociales de considerable importancia.

El fenómeno no es nuevo, no obstante, sí que la creciente globalización y la movilidad de las personas le han conferido una relevancia cada vez más acuciante y han creado una complejidad jurídica a nivel internacional como que es necesaria la comparación entre diferentes sistemas legales para obtener una respuesta eficaz y coherente.

Este trabajo tiene como objetivo examinar el fenómeno desde una visión completa, focalizándose en los factores que pueden contribuir y causar la sustracción de los menores, en particular realizando un análisis comparativo de los sistemas normativos entre España e Italia.

Se van a analizar los principales instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, como en particular el Convenio de la Haya del 1980, que tratan este problema.

Se va a prestar una especial atención a los derechos y al bienestar de los menores implicados que resultan ser las víctimas de este fenómeno porque son ellos a los que se impone un alejamiento geográfico, desarraigados del propio entorno familiar, social y escolar que puede conllevar problemáticas no indiferentes y por eso es importante no olvidar nunca los intereses supremos de los menores.

## **2. Que es el traslado ilegal de los menores y cuáles son las posibles causas**

### **2.1 El Concepto de traslado de los menores**

El traslado o sustracción ilegal de los menores se define como aquella situación en la cual uno de los progenitores (el progenitor sustractor) de manera unilateral, es decir, sin el consentimiento del otro progenitor que ejerce la responsabilidad parental, que comprende el derecho de determinar el lugar de residencia habitual del menor y sin autorización judicial, traslada o retiene a un hijo menor de 16 años desde el Estado donde éste reside habitualmente a otro Estado diferente.

A la sustracción se equipara también la retención del menor en un estado diferente de aquel en el cual reside habitualmente, sin el consentimiento del genitor o del otro sujeto titular de la custodia.<sup>1</sup>

La sustracción o secuestro internacional de menores también se conoce como *legal kidnapping* y se pueden distinguir diferentes tipos.

El “*caso tipo*” tradicionalmente ha sido aquel en el cual el progenitor al que, tras un divorcio, se ha atribuido el derecho de visita, sustrae consigo al menor trasladándolo en otro país para intentar aquí obtener el derecho de custodia para legalizar el secuestro ante las autoridades del mismo y es por esta razón que como se haya un intento de legalización del secuestro se habla de legal kidnapping o secuestro legal de menores.

El “caso tipo actual” de legal kidnapping se refiere a las situaciones en la cuales, actualmente y a diferencia del pasado, en la mayoría de los casos son las mujeres madres del menor titulares del derecho de custodia a secuestrar el hijo.<sup>2</sup>

### **2.2 Las causas del fenómeno**

La sustracción de los menores es un fenómeno que desgraciadamente aumenta de repente en la sociedad y no se puede individuar una causa concreta, sino que es la concatenación de diferentes factores.

En primer lugar, en un análisis de la globalización económica y de sus consecuencias jurídicas se individua este fenómeno de manera siempre mas frecuente y el numero de casos es mayor como consecuencia del desplazamiento de personas y flujos migratorios que siempre van aumentando en los últimos tiempos. Se reducen los obstáculos para cruzar las fronteras, basta pensar al espacio Schengen, un espacio sin fronteras interiores donde no se exige la exhibición de documentos a los sujetos que pasan de un país a otro, facilitando así la probabilidad del traslado internacional del menor.

---

<sup>1</sup> Definición ofrecida por el Ministerio de Justicia, España [¿Qué es la sustracción internacional de menores? \(mjusticia.gob.es\)](http://mjusticia.gob.es) y por el Ministero di Giustizia, Italia [Ministero della giustizia | Sottrazione internazionale di minori e tutela dell'esercizio del diritto di visita](http://Ministero della giustizia | Sottrazione internazionale di minori e tutela dell'esercizio del diritto di visita)

<sup>2</sup> Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa Gonzáles, Derecho Internacional Privado.

Es en tal contexto que se eleva el número de matrimonios o uniones mixtas entre personas de diferente nacionalidad. El conjunto de todas estas situaciones de facto crea un escenario en el que es fácil que se pueda realizar este fenómeno, siendo siempre más frecuente que se pueda realizar un traslado ilegal de los menores en el momento en que se haya una crisis en la relación conyugal.<sup>3</sup>

La separación o el divorcio de los padres puede conllevar tensiones y conflictos en relación con los derechos y las responsabilidades que tienen frente los propios hijos.

Debido a lo mencionado antes, frecuentemente ocurren en estas situaciones de crisis en las que al menos uno de los miembros de la pareja es un nacional extranjero, y por eso es más probable que la ruptura puede llegar a un retorno al país de origen en el cual el progenitor suele trasladar consigo el hijo. Es en estos casos que se advierte la tentación de uno de los padres de fijar su residencia en el extranjero y llevar los hijos sin consentimiento alguno para diferentes finalidades que pueden ser ganar ventajas personales en el pendiente litigio legal o plantear estas conductas solo para castigar el otro genitor sustraendo este último de sus legítimos derechos e intereses, no teniendo en cuenta el interés del niño que es el que debería y debe ser el superior. De hecho, el traslado ilegal de los menores frecuentemente está entrelazado con los casos en los que la custodia no sea compartida, por eso es importante elegir siempre en el mejor interés del menor.

No obstante, el fenómeno puede también derivarse de situaciones donde hay una crisis matrimonial en la cual ambos los cónyuges son de la misma nacionalidad.

Además, es un fenómeno también relacionado con situaciones distintas, como puede ser la huida en situaciones de peligro, cuando los menores son objeto de sustracción por un genitor a causa de situaciones de abuso físico, psíquico o sexual o también para evitar situaciones de peligro como violencia doméstica o crímenes. Pueden ser estos los típicos casos de legal kidnapping actuales, que se mencionaban antes, en los cuales es el genitor titular de la custodia del hijo a trasladarlo en otro país distinto de su residencia habitual.<sup>4</sup>

Asimismo cabe subrayar la hipótesis de motivos culturales o religiosos, debido a la frecuente globalización como ya hemos dicho en la sociedad en la cual vivimos siempre más extendida desde este punto de vista, en el sentido de que se pueden tener creencias religiosas en conflicto con normas legales o sociales del país donde el menor reside y un genitor puede decidir de trasladar el hijo en un país distinto para hacerlo vivir según diferentes tradiciones y costumbres.

Finalmente, el progenitor no titular de derecho de custodia pero que tiene el derecho de visita, puede aprovechar de los periodos de visita del menor para acercar hacia si en otro país distinto de aquel en el

---

<sup>3</sup> Secuestro internacional de menores: marco jurídico. María Del Pilar Diago Diago, Área de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza.

<sup>4</sup> Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa Gonzáles. Derecho Internacional Privado.

cual menor tiene su residencia de modo que lo aleja del otro progenitor titular del derecho de custodia, infringiendo este derecho.

Para todos estos motivos se entiende la necesidad de encuadrar el fenómeno con la delicadeza más apropiada para evitar las consecuencias negativas que la sustracción puede conllevar.

El tratarse de un hecho transnacional crea un supuesto más grave dentro la tipología de los secuestros parentales, porque claramente se elevan las dificultades para restablecer lo *status quo* anterior, sobre todo en los casos en que los padres no solo son de diferentes nacionalidades sino también de diferentes culturas.<sup>5</sup>

A tal fin los estados reaccionan creando normas a nivel no solo nacional, sino también europeo e internacional, debido a la relevancia extraterritorial que comporta este fenómeno.

---

<sup>5</sup> DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Circular 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Referencia: FIS-C-2015-00006.

### **3. Marco jurídico aplicable**

#### **3.1 Normativa interna en España**

Todos los estados ante este fenómeno reaccionan proponiendo normas internas, europeas e internacionales debido a las problemáticas de alcance mundial que puede plantear la sustracción de menores. Es necesario tomar medidas de protección del menor de sus propios padres que después de una crisis lo alejan de su lugar de residencia habitual y por consiguiente de su entorno familiar y social, lesionando en este modo su derecho inalienable a relacionarse con ambos genitores, aunque si no viven juntos y si están en diferentes estados.

A nivel interno, España regula la sustracción de los menores y la identifica como delito en el Código Penal.<sup>6</sup> El artículo 225bis del código penal castiga el progenitor o igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. En el apartado segundo se identifica que se considera como sustracción a los efectos de este artículo, entendiendo como tal el traslado de una persona menor de edad en su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese su guarda o custodia y la retención del menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

Continuando en su regulación prevé un caso en el que la pena se aumenta, es decir cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su retorno. En cambio, otro caso en el que el progenitor quedará exento de pena, es decir cuando haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponde su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata y que efectivamente sea llevada a cabo, o cuando la ausencia no hubiere sido superior a este plazo de veinticuatro horas.

Finalmente, si la restitución la hiciera, sin la comunicación mencionada antes, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, se le impone la pena de prisión de seis meses a dos años.

Además, los artículos 103 y 158 del Código Civil<sup>7</sup>, regulan las medidas necesarias que se podrán adoptar en caso de riesgo de sustracción de menor por alguno de los cónyuges o por tercera persona. Estas son la prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; la prohibición de

---

<sup>6</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>7</sup> Real Decreto de 24 de julio 1889 por el que se publica el Código Civil

expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido y el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

Es necesario tener en cuenta también la Ley Orgánica sobre la protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia<sup>8</sup>, que se pone como objetivo garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en cuanto la protección de las personas menores de edad es una obligación prioritaria de los poderes públicos que está reconocida en la Constitución Española y precisamente en su artículo 39 y en diferentes tratados internacionales.

Esta ley modifica y completa los citados artículos de los Códigos Penal y Civil, en particular rectifica el apartado segundo del artículo 225bis del Código Penal y el artículo 154 del Código Civil para establecer claramente que la facultad de decidir el lugar de residencia de los menores de edad forma parte del contenido de la potestad reconocida a ambos progenitores. Esto involucra que se requiere el consentimiento de ambos los padres o, en su defecto, autorización judicial, para el traslado del menor de edad, salvo en los casos de suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de esta facultad a uno de los progenitores. En tal modo se completa la vigente redacción del artículo 158 del Código Civil que contempla las medidas necesarias de protección para evitar la posible sustracción del menor y en particular el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. Además, se modifica el tipo penal de sustracción de menores regulado en el artículo 225bis del Código Penal. Se permite que pueda ser sujeto activo de la conducta tanto el progenitor que conviva habitualmente con el hijo como el que solo tenga un régimen de estancias.

Con referencia al protocolo de sustracción de menores<sup>9</sup> en España, si se trata de un menor de 16 años y de una pareja en situación de conflicto que reside habitualmente en España se estaría antes de un traslado de forma ilícita a otro estado y se deberá actuar con la máxima celeridad para iniciar un procedimiento civil de restitución. Es recomendado presentar con carácter inmediato una solicitud de restitución ante el Ministerio de Justicia, si el país en el que se encuentra el menor es un Estado miembro de la Unión Europea o cualquiera de los países firmantes del Convenio de La Haya 1980, añadiendo algunos documentos como, por ejemplo, los que acrediten la filiación del menor y la residencia habitual del menor en España. Si el país en el que se encuentra el menor no es un país firmante del Convenio de La Haya es recomendado poner el caso en conocimiento del Ministerio de asuntos Exteriores y de Cooperación, que informará a la Embajada o Consulado de España correspondiente. En muchos casos se deberá empezar un procedimiento judicial de restitución ante los tribunales del país en que se encuentre el menor. Además,

---

<sup>8</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

<sup>9</sup> Protocolo de sustracción de menores

[https://www.mjusticia.gob.es/estatico/cs/porta/pdf/PROTOCOLO\\_SUSTRACCION\\_MENORES\\_DEFINITIVO.pdf](https://www.mjusticia.gob.es/estatico/cs/porta/pdf/PROTOCOLO_SUSTRACCION_MENORES_DEFINITIVO.pdf)



sin perjuicio de instar la vía civil, se puede interponer una denuncia ante las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado competentes.

Una vez realizados estos trámites, puede iniciar un procedimiento judicial en el país en que se encuentra el menor, cuyos tribunales son los competentes para resolver sobre si procede o no la restitución del menor en España y activar el procedimiento civil de restitución. Este último, con arreglo al artículo 778quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>10</sup>, se inicia a través de la demanda en la que se insta la restitución del menor o su retorno en el país de origen e incluye toda la información exigida por la normativa internacional aplicable y, en todo caso, la relativa a la identidad del demandante, del menor y de la persona que se considere que ha sustraído o retenido al menor y los motivos en que se funda. En el plazo de las 24 horas siguientes, el Letrado de la Administración de Justicia decidirá la admisión de la demanda y si entiende que esta no es admisible, dará cuenta al juez para que resuelva dentro de dicho plazo. El Ministerio de Justicia trasladará la solicitud de restitución a la autoridad central del país en el cual se encuentra el menor y la decisión final sobre si procede o no el retorno del menor a España corresponde a un tribunal extranjero.

### **3.2 Normativa interna en Italia**

En Italia la sustracción de los menores está regulada en el Código Penal<sup>11</sup> dentro de los delitos contra la asistencia familiar en el artículo 573. Este último dispone que cualquiera que sustraiga un menor, que haya cumplido los catorce años, con el consentimiento de este último, al progenitor que ejerza la responsabilidad parental o al tutor, o que lo retenga contra la voluntad del mismo progenitor o tutor, será castigado, con querrela de estos, con prisión hasta dos años. Además, se añade que la pena se atenúa si el hecho se cumple por el fin de matrimonio y se agrava si se comete por fines libidinosos.

El siguiente artículo regula la sustracción de persona incapaz y dispone que el que sustraiga un menor de catorce años o a un enfermo mental, al progenitor que ejerza la responsabilidad parental, al tutor o al curador, o a quien tenga su vigilancia o custodia, o lo retenga contra la voluntad de los mismos, será castigado, con querrela del progenitor, del tutor o del curador con prisión de 1 a 3 años. A la misma será castigado, con querrela de las mismas personas, quien sustraiga o retenga un menor que haya cumplido 14 años, sin su consentimiento, para fines diversos del matrimonio o los fines libidinosos.

Además, el artículo 574bis dispone que salvo que el acto constituya un delito más grave, toda persona que sustraiga un hijo al progenitor que ejerce la responsabilidad parental o al tutor, llevándose al extranjero

---

<sup>10</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>11</sup> Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Approvazione del testo definitivo del Codice Penale. Entrata in vigore del provvedimento: 1/7/1931. Il Codice Penale in allegato al presente decreto è stato pubblicato nel vol. VI della Raccolta Ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia del 1930.

contra la voluntad de dicho progenitor o tutor, impidiéndole ejercer total o parcialmente la responsabilidad parental, será castigada con pena de prisión de 1 a 4 años. Además, si el acto se comete contra un niño de 14 años y con su consentimiento, la pena será de prisión de 6 meses a 3 años. Finalmente, si los actos mencionados son cometidos por uno de los progenitores en perjuicio del hijo menor de edad, la condena conllevará la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental<sup>12</sup>.

En relación con el procedimiento activable en Italia en caso de sustracción ilícita de menores distinguimos los procedimientos activos de los pasivos.

En el primer caso, se habla de procedimiento activo cuando la sustracción es hecha desde Italia hasta un estado diferente<sup>13</sup>. En Italia como en España, si el menor haya sido trasladado en un país firmante del Convenio de La Haya 1980, el sujeto que lamenta de la sustracción debe contactar inmediatamente la autoridad central italiana<sup>14</sup> para activar el procedimiento en el estado en el cual se encuentra el menor y compilar toda la documentación exigida que es igual a la documentación española mencionada antes. Asimismo, la autoridad central examina los documentos y efectúa una valoración previa de los requisitos de la demanda y, si la evaluación es positiva, envía la instancia a la autoridad del estado en que se encuentra el menor.

En relación con la fase instructora en el extranjero, la autoridad central del país extranjero empieza la investigación sobre la localización del menor y comunica el resultado a la autoridad central en Italia junto con las declaraciones de progenitor sustractor. En esta primera fase, la autoridad extranjera fomenta una composición favorable del conflicto y el retorno del menor en Italia.

Si el progenitor no reporta el menor voluntariamente, la sucesiva fase es la activación del procedimiento judicial en el estado en que haya sido trasladado el menor para la obtención de una orden de retorno que se realiza según las normas procesales del estado en cuestión. En caso de denegación del orden fundamentado en el artículo 13 del Convenio de La Haya<sup>15</sup>, en las relaciones entre los estados miembros de la Unión Europea, se prevé un particular procedimiento de reexaminación. Según este último, las partes pueden en el plazo de 3 meses, presentar las propias conclusiones y si realizan unas peticiones, la autoridad judicial italiana de la residencia habitual del menor al momento de la sustracción, que tiene la competencia sobre la cuestión de la custodia, tiene la última palabra incluso sobre la cuestión del retorno y la suya decisión prevalece sobre la decisión emitida en el estado del traslado del menor.

---

<sup>12</sup> En Italia hoy en día se habla de responsabilidad parental y no de patria potestad, como se mencionaba antes en el texto original.

<sup>13</sup> Come si svolgono le procedure per il ritorno ai sensi della Convenzione dell'Aia del 18i980. Sottrazioni dall'Italia verso uno Stato estero (c.d. procedure attive) [Ministero della giustizia | Sottrazione internazionale di minori e tutela dell'esercizio del diritto di visita](#).

<sup>14</sup> La autoridad central en Italia es el Ministero di Giustizia.

<sup>15</sup> Ver parágrafo 3.3 El Convenio de La Haya 1980.

En relación con el procedimiento pasivo, este se realiza cuando hay un caso de sustracción ilícita desde un estado extranjero hasta Italia.<sup>16</sup> En este caso, el Convenio de La Haya del 1980 se aplica en Italia según el procedimiento establecido por la ley lo ha ratificado.<sup>17</sup>

El procedimiento se activa en Italia con la solicitud del sujeto que ha sufrido la sustracción, presentada a través del trámite de la autoridad central extranjera del país de residencia habitual del menor. La autoridad central italiana verifica la existencia de los requisitos necesarios de la solicitud y, si la evaluación es positiva, requiere a las fuerzas competentes (la policía) de activar los procedimientos de localización del menor. Si el sustractor no quiere voluntariamente reportar el menor en su país de residencia habitual, la autoridad central italiana transmite la instancia de retorno y la documentación a la Fiscalía de la república en el Tribunal de los menores, competente en base al lugar en que está el menor, que fija el día de la audiencia y, si procede, emite el orden de retorno. También en este caso se puede prever la reexaminación del caso igualmente que en el procedimiento activo y si las partes se activan, la última palabra en este caso le toca al país en que el menor tiene la residencia habitual, al cual compete la cuestión de la custodia y la decisión del cual prevalece sobre la emitida en Italia, estado del traslado.

### **3.3 Normativa europea e internacional**

Tratándose de un problema que se extiende a nivel mundial, la vía más apropiada y eficaz para tratar e intentar buscar una solución a este problema, es el planteamiento de medidas internacionales entre jurisdicciones y estados diferentes. Entre estos se destacan:

- (a) el Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores;
- (b) el Convenio europeo de Luxemburgo de 20 mayo 1980 relativo al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia;
- (c) el Reglamento de Bruselas II-ter , 2019/1111 de 25 de junio de 2019;
- (d) el convenio bilateral con 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, de fecha 30 de mayo de 1997.

### **3.4 El Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980**

El Convenio de la Haya de 15 de octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional

---

<sup>16</sup> Come si svolgono le procedure per il ritorno ai sensi della Convenzione dell'Aia del 1980. Sottrazioni da uno Stato verso l'Italia (c.d. procedure passive). [Ministero della giustizia | Sottrazione internazionale di minori e tutela dell'esercizio del diritto di visita](#)

<sup>17</sup> Ley n.64 de ratificación del 15 enero de 1994.

de menores ha sido elaborado por la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado por los estados signatarios, siendo profundamente convencidos de que los intereses de los menores constituyen un argumento de protección e importancia primordial.<sup>18</sup> De hecho, para proteger los menores, a nivel internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado ilícito, se establecen los procedimientos y se plantean y desarrollan las normas que permiten garantizar la restitución inmediata al país de origen.

### **3.4.1 Características del Convenio de la Haya 1980**

La característica principal del Convenio de la Haya es que no se trata de un convenio clásico de derecho internacional privado, que señala la competencia judicial, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones. En cambio, se trata de un convenio internacional de “carácter factico” por diferentes razones.<sup>19</sup>

En primer lugar, no regula el fondo de la cuestión, es decir la ley aplicable al fondo de la titularidad de los derechos de guarda y de visita, ni la cuestión de la atribución o privación de la patria potestad o de la responsabilidad parental, ni tampoco la competencia judicial internacional o la validez extraterritorial de decisiones sobre estas cuestiones.

La finalidad primordial del presente convenio, como se enuncia en su primer artículo, es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante. Paralelamente, velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los estados contratantes se respeten en los demás estados contratantes.

De hecho, establece que los estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del convenio y para hacer esto deberán recurrir a los procedimientos de urgencia que dispongan.

Se habla de “convenio factico” porque busca retornar a la situación de hecho anterior a aquella que se crea con el traslado del menor, estableciendo una estructura de cooperación internacional de autoridades y una acción directa para lograr el retorno inmediato del menor desde el país en el cual haya sido trasladado hasta el país de su residencia habitual.

Además, se trata de normas que no necesitan de desarrollo interno de los estados, sino que se habla de normas self-executing, pero no se prohíbe que los estados parte puedan desarrollar su regulación jurídica

---

<sup>18</sup> La conferencia de la Haya de derecho privado internacional es una organización internacional de carácter interestatal, formada por 83 miembros. La finalidad que persigue este organismo es promover la unificación de las normas de derecho internacional privado de los estados contratantes.

<sup>19</sup> Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa Gonzáles. Derecho internacional privado.

respectando el convenio. De facto, los estados parte como España, tienen normas legales que disciplinan por ejemplo algunos aspectos procedimentales para alcanzar una aplicación plenamente eficaz del convenio.

### **3.4.2 ¿Que es el traslado a los fines del Convenio?**

Es necesario definir cuando según el presente convenio un traslado o sustracción de menores se considera ilegal y, en particular con arreglo al artículo 3 del Convenio, el traslado o la retención de un menor se consideran ilícitos cuando se haya producido con infracción del derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona, institución o cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, debiendo existir antes de que se produzca el traslado del menor a otro país distinto.

Además, cuando el derecho de custodia se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento de traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

En efecto, el derecho de custodia incluye el derecho y deber de cuidar el menor y, precisamente entre otras cuestiones, a decidir sobre su lugar de residencia.

En particular, se puede considerar vulnerado el derecho de custodia cuando un solo progenitor tiene otorgada la custodia y esta se infringe por el otro progenitor titular únicamente del derecho de visita cuando este último aprovecha de un periodo de visita para sustraer el menor y trasladarlo a otro país distinto o en el caso contrario, es decir cuando es el progenitor titular del derecho de custodia que traslada el menor a otro país, siempre que ambos tienen el derecho de decidir sobre el lugar de residencia habitual del hijo, violando así, en cambio, el derecho del otro progenitor. También pueden ser ambos genitores titulares del derecho de custodia conjunto y uno de ellos traslada al menor en otro país, privando al otro progenitor de facto de ejercitar su derecho de custodia. Además, cuando un progenitor tiene atribuida la custodia del menor pero limitadamente al territorio de un país, de modo que solo puede trasladar el hijo a otro país con una autorización del otro progenitor.

Además, el artículo 15 del mismo Convenio dispone que las autoridades jurídicas o administrativas de un estado contratante, podrán exigir, siempre que sea posible, que el demandante obtenga, de las autoridades del país donde el menor tiene su residencia habitual, un certificado que acredite el carácter ilícito del traslado en el sentido expresando antes. De esta forma, las partes y las autoridades del estado donde está el menor no deben probar el carácter ilícito del traslado, como que la cuestión se acredita por la autoridad del estado de residencia habitual del menor.

En relación con el ámbito subjetivo, el convenio se aplica a todas las personas menores de dieciséis años con residencia habitual en un estado contratante inmediatamente antes a la infracción de los derechos de custodia o de visita, es decir en el momento de la sustracción ilegal. Por lo tanto, no se aplica en los casos de sustracción de menores que hayan alcanzado la edad de dieciséis años.

### **3.4.3 Estructura del Convenio de la Haya**

La estructura del convenio se basa en un sistema que se focaliza sobre la cooperación entre autoridades y una acción directa para el retorno inmediato del menor en su país de residencia habitual anterior al traslado, tratando el problema posteriormente a que se haya verificado.

Por lo tanto, cada estado designa una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el convenio para llevar a cabo las finalidades de este. Las autoridades centrales deberán colaborar entre sí, promoviendo la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos estados, adoptando todas las medidas necesarias para garantizar la restitución inmediata del menor y para conseguir todos los restantes objetivos del convenio.

En particular, las autoridades centrales realizan esta cooperación localizando los menores que hayan sido trasladados o retenidos de manera ilícita, previniendo que el menor pueda sufrir mayores daños, facilitando la abertura de un procedimiento judicial o administrativo que tenga por objeto la restitución del menor o en su caso que se regule el derecho de visita y, eventualmente si es posible, intercambiando la información relativa a la situación social del menor. Siempre deberán, además, mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del convenio y eliminar, siempre en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

Si los sujetos que sufren la sustracción ilegal deciden de confiar en las autoridades centrales para obtener el retorno del menor en su país de residencia habitual, se beneficiarán de algunas ventajas como obtener informaciones generales sobre el funcionamiento del convenio y sobre las normas aplicables en los diferentes estados, obtener asistencia en la preparación y presentación de la demanda de retorno, aviar un intento de retorno voluntario a través de la autoridad estera y se establece mantener asistencia y control aunque en la fase del eventual retorno del menor en el estado de su residencia habitual.

En cambio, las autoridades no pueden emitir el orden de retorno, que es de competencia de la autoridad judicial del estado en el que el menor haya sido trasladado, ni interferir sobre los plazos del procedimiento

judicial o con el fondo de la cuestión, como que la decisión última sobre si procede o no la restitución del menor le corresponde al juzgado.<sup>20</sup>

#### 3.4.4 La restitución del menor

El convenio se basa en una acción directa de la restitución del menor que pretende volver al *estatus quo* anterior al traslado ilícito del menor y, por lo tanto, a su país de residencia habitual, evitando que se pueda crear o consolidar la situación planteada por el traslado ilegal. De hecho, no se trata de decidir cuestiones sobre la responsabilidad parental ni sobre los derechos de visita o de custodia, sino solamente el inmediato retorno del menor. Además, se ordena el retorno precisamente en el país en el cual el menor tenga su residencia habitual, no se trata de un retorno a un cualquier país, ni de retorno al otro progenitor, sino se habla de retorno a un estado concreto, el de la suya residencia habitual, en el cual el menor tiene su entorno social y familiar.

Esto es el objetivo principal del convenio, el retorno del menor a su país de origen, respondiendo de tal manera a su interés superior y de bienestar, los principios inspiradores de todas estas medidas.

De hecho, cabe subrayar que el retorno del menor no es una regla de carácter imperativo, sino que se deben valorar todos los elementos de manera completa para garantizar el primordial interés del menor. A tal propósito existe el caso de la no restitución del menor, que es una regla excepcional, pues no es esto el intento del convenio que como hemos dicho intenta lograr el retorno inmediato en el país de origen. No obstante, en algunos casos puede resultar esta la solución mejor para el menor, tutelando su superior interés, priorizando la protección de la seguridad y de la salud del menor trasladado respecto al retorno en el país donde tiene la residencia habitual.

En tal sentido, la autoridad competente no está obligada a ordenar la restitución del menor, pues debe verificar si existen datos, interpretados restrictivamente, que permiten la no restitución del menor. En estos casos, la persona, institución u organismo que se opone a la restitución del menor debe demostrar que el genitor u otra persona que se hiciera cargo del menor no ejercía de manera efectiva el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o que había dado su consentimiento y, además, que la restitución del menor lo exponga a un grave riesgo de peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga el menor en una situación intolerable.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Ministerio de Justicia, España [¿Qué hace la Autoridad Central española cuando se produce la sustracción de un menor que tiene su residencia habitual en el extranjero y es trasladado a España? \(mjusticia.gob.es\)](https://mjusticia.gob.es) y Ministero di Giustizia, Italia [Ministero della giustizia | Sottrazione internazionale di minori e tutela dell'esercizio del diritto di visita.](https://www.giustizia.it)

<sup>21</sup> Convenio de la Haya 1980, artículo 13.

Además, citando el contenido del artículo 20 del convenio, se puede denegar la restitución del menor cuando esta vulnera los principios fundamentales del estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Igualmente, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez tales de resultar apropiado tener en cuenta sus opiniones, la autoridad podrá denegar la restitución si se comprueba que el propio menor se opone a esta. En este caso, muy complejo, para ponderar la coincidencia entre la voluntad del menor y su interés, ocurre un análisis detallado de los argumentos que aporta y de todos los factores implicados. Se debe valorar la edad del menor y que entonces haya alcanzado una edad suficiente para que pueda formular argumentos sólidos, racionales, válidos y claros así que se puedan tomar en cuenta por el juez. Su opinión debe ser libre, es decir no puede manipularse el menor ni se puede encontrar en una situación de peligro o miedo.

Complementariamente, las autoridades deben tener en cuenta la información sobre la situación social del menor que haya sido proporcionada por la autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

### **3.4.5 ¿Como incide el tiempo en un traslado ilícito?**

El transcurso del tiempo es un elemento fundamental para garantizar el interés superior del menor en su retorno. Este factor en algunos casos puede crear y fortalecer determinadas situaciones entendiendo que el menor se haya integrado en su nuevo entorno y esto puede comportar dificultades y problemas para su retorno al país de origen.

De hecho, con arreglo al artículo 12 del Convenio de la Haya 1980, se deben distinguir dos casos diferentes en relación con el transcurso del tiempo. En primer lugar, cuando pasa un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. En segundo lugar, en el caso de que se hubieren iniciados los procedimientos después de la expiración del plazo de un año, la autoridad competente ordenará la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor resulte integrado en su nuevo medio.

De tal manera, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>22</sup>, es un elemento imprescindible de ponderación la integración del menor en relación con el objeto y fin del convenio.

---

<sup>22</sup> STC (Sala Segunda) de 1 febrero 2016 (RTC/2016/16) Fundamento Decimo.



### 3.5 Reglamento de Bruselas II-bis y II-ter.

Para ilustrar una visión más amplia de las normas existentes en materia de sustracción de menores es necesario hacer una referencia también al Reglamento de Bruselas II-ter.<sup>23</sup>

Este reglamento mejora y refunde el Reglamento de Bruselas II-bis<sup>24</sup> y, desde una perspectiva formal y que se enfoca en el presente estudio, introduce un capítulo, el tercero, enteramente dedicado a la sustracción de menores. De este modo, el procedimiento de retorno del menor que, en el Reglamento de Bruselas II-bis estaba regulado solo en el artículo 11, ahora pasa a ser regulado en manera más floreciente y completa en este capítulo.

Una de las mejoras que aporta el nuevo Reglamento de Bruselas II-ter es aclarar su relación con el Convenio de la Haya 1980, de modo que el reglamento de Bruselas II-bis resultaba muy complejo y controvertido desde este punto de vista.

El Reglamento de Bruselas II-bis en su artículo 60 establece su primacía frente, entre otros, al Convenio de la Haya 1980 y al Convenio de Luxemburgo de 1970 y lo hace después de regular otras disposiciones que parecían verter a una complementariedad de los dos instrumentos.

Ahora bien, el Reglamento de Bruselas II-ter aclara esta duda y, precisamente en su artículo 96 dilucida su relación con el Convenio de La Haya 1980 estableciendo que en caso de sustracción de un menor “seguirán aplicándose las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 tal y como quedan complementadas con las disposiciones de los capítulos III y IV del presente Reglamento”.

De este modo, el reglamento de Bruselas II-ter aporta mejoras al anterior Reglamento de Bruselas II-bis y define de manera clara su relación con el convenio de la Haya 1980 estableciendo una relación de complementariedad y no de jerarquía.

Este reglamento es un instrumento comunitario que explora y entra dentro de la necesidad de obtener el retorno inmediato del menor objeto de traslado ilícito, reforzando el principio consagrado en el Convenio de la Haya 1980 y persiguiendo la misma vía. Tanto el Convenio de La Haya 1980 como el Reglamento de Bruselas II-ter se fijan como objetivo disuadir y evitar la sustracción de menores y, en el caso en el cual desgraciadamente esto ocurra, ambos garantizan la restitución inmediata del menor. También se basa sobre el principio de cooperación entre autoridades creando un verdadero espacio europeo que se pone siempre como base y objetivo la tutela del interés superior del menor.

---

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, 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.

No obstante se base sobre los mismos principios enunciados en el convenio de la Haya 1980, instaure algunas singularidades que están permitidas debido a la mayor cohesión existente entre los países integrados en la Unión Europea y, por ejemplo, se basa en las ideas de confianza mutua, de la libre circulación de resoluciones judiciales y eliminación del exequatur<sup>25</sup>. Por lo tanto, el Reglamento refuerza la cooperación entre los estados miembros y dispone otras medidas que se basan en los principios de celeridad.

A la luz de este reglamento, el concepto de traslado o retención ilícitos de un menor se define en perfecta armonía con la definición propuesta por el Convenio de la Haya 1980, como el que se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del estado miembro en el cual el menor tenía su residencia habitual y, además, cuando el derecho de custodia se ejercía, en el momento el traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercitado de no haberse producido el traslado o la retención.

En este caso, a diferencia del Convenio de la Haya, se entiende que se haya producido un traslado solo cuando se hace referencia a estados miembros del reglamento, pues tiene un ámbito espacial limitado a secuestros intracomunitarios. Entonces, si el menor no tenía su residencia habitual en un estado miembro, no se habla de traslado o retención ilícita a los solos fines de este reglamento.

En relación con su ámbito de aplicación, el reglamento nada dispone sobre la edad de los menores como se hace en el Convenio de la Haya del 1980, pero lo más razonable es considerar el fijado en el Convenio como límite de edad de los menores que no hayan alcanzado los dieciséis años.

En general entonces, este reglamento sigue la misma vía del Convenio de la Haya, en particular para lo que se refiere a la acción directa de retorno del menor, claramente con las debidas diferencias que hemos mencionado en relación con los ámbitos de aplicación.

Ahora bien, cabe subrayar las modificaciones en relación con las excepciones de la restitución del menor, los órganos jurisdiccionales no podrán denegarla basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de la Haya 1980, es decir en lo que se refiere a las situaciones que se basan en denegar la restitución por riesgo grave de peligro físico o psíquico u otra situación intolerable, si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. Esto es porque con base a los principios de la Unión Europea, el argumento del riesgo grave de peligro para el menor para denegar su retorno se reduce en un ámbito especial como es el de la Unión Europea de confianza mutua y cooperación. Por lo tanto, es compito de las autoridades del estado miembro donde el

---

<sup>25</sup> El exequatur es un procedimiento judicial especial a través del cual los tribunales españoles reconocen y ejecutan las decisiones judiciales dictadas en el extranjero para obtener plena eficacia en España

menor tenía su residencia habitual antes de su traslado en otro país, adoptar, si existe este grave riesgo, las medidas de protección adecuadas, y, si se demuestra que se hayan adoptado, el retorno no podrá ser denegado sobre la base del artículo 13 del Convenio de la Haya 1980.

Con arreglo a la guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II-ter<sup>26</sup>, estas medidas adecuadas son ordenadas por los órganos jurisdiccionales o las autoridades competentes del estado de origen, es decir el donde residía el menor antes del traslado y son directas a la garantía y a la protección del menor en dicho estado miembro tras su restitución. Estas medidas son muy amplias y abarcan diferentes ámbitos, por ejemplo, pueden ser una orden por parte de un órgano jurisdiccional del estado miembro que prohíbe a la parte solicitante la restitución de acercarse al menor o medidas provisionales y cautelares o también se podría prever un alojamiento seguro para el menor y el genitor. Todas estas medidas pueden también existir hasta que el órgano jurisdiccional del país de origen del menor haya dictado las medidas que repute necesarias después de la restitución.

Además, cabe subrayar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>27</sup>, las medidas provisionales no pueden servir de fundamento para transferir la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente.

Finalmente, una novedad es que el Reglamento fortifica el derecho del menor que tenga, con arreglo al artículo 21, la capacidad de formar sus propios juicios de manera real, efectiva y libre, a expresar su propia opinión durante el procedimiento. El derecho del menor a expresar su opinión es un derecho fundamental y cuando el órgano jurisdiccional oye al menor, deberá dar la debida relevancia a sus opiniones, siempre de acuerdo con su edad y madurez. Esta es una gran novedad presente en el Reglamento de Bruselas II-ter porque en el reglamento de Bruselas II-bis existía la obligación de los órganos jurisdiccionales a ofrecer al menor la posibilidad de expresar sus opiniones solo en los casos de sustracción del menor, mientras que en el nuevo reglamento expande este derecho al ámbito de responsabilidad parental y para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones.

### **3.6 Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo 1980**

El Convenio de Luxemburgo de 1980 es un convenio internacional que lucha contra el traslado o sustracción ilícita de los menores a través el tradicional mecanismo del exequatur.

El objetivo primario de este Convenio no es la restitución inmediata del menor, sino simplificar el exequatur para obtener mayor rapidez y eficacia para la restitución.

---

<sup>26</sup> [Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](#)

<sup>27</sup> STJUE de 1 de julio de 2010, C-211/10 .

A los fines del presente Convenio, se define traslado ilícito el que tiene por sujeto un menor de edad que no haya alcanzado los dieciséis años que está trasladado a través de una frontera internacional, infringiendo una resolución relativa a su custodia.

Este convenio es poco usado en España como que se fundamenta en el procedimiento del exequatur que es un trámite lento y costoso, en vez del principio de celeridad establecido en el Reglamento de Bruselas II-ter y, por eso, los mecanismos previstos tanto en el Reglamento como en el Convenio de la Haya resultan más eficaces y eficientes.

Haciendo referencia a la relación, en particular, con el Convenio de la Haya 1980, es posible en teoría hablar de complementariedad, de modo que puede invocarse simultáneamente la aplicación de ambos cuando existan los presupuestos y los países implicados los han ratificado. No obstante, en la práctica, tanto en España como en los países que forman parte de este, se suele aplicar preferentemente el Convenio de la Haya 1980 porque resulta ser más eficaz y ratificados por un número mayor de países. Al mismo tiempo, el ámbito subjetivo de aplicación del Convenio no añade nada a los otros instrumentos, tratándose de menores de edad que no hayan alcanzado los dieciséis años.

Además, este Convenio no se aplica con las relaciones entre Estados de la Unión Europea desde la entrada en vigor del Reglamento de Bruselas II-bis, el 1 marzo 2005. Por todos estos motivos se trata de un Convenio muy poco aplicado en España y en los estados que forman parte de este.<sup>28</sup>

Su funcionamiento se puede resumir en el hecho de que cuando, a través de un traslado ilícito, se haya infringido una sentencia que haya atribuido el derecho de custodia o de visitas, estas personas que vean infringidos tales derechos pueden pedir en el país donde se encuentra el menor, el exequatur de la sentencia que establecía el régimen de custodia o visita del menor para ejecutarla en el país en el cual se encuentra el menor, ordenando así su retorno al país de origen.

También en este Convenio existe la cooperación y coordinación entre autoridades centrales que deben facilitar su ejecución, comunicándose recíprocamente, asegurando la remisión de peticiones de informaciones y manteniéndose siempre mutuamente informadas de las dificultades que puedan surgir.

---

<sup>28</sup> Los Estados que forman parte del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 son:  
España, 30 de mayo de 1985. Ratificación.  
Francia, 4 de agosto de 1982. Aprobación.  
Luxemburgo, 25 de mayo de 1983. Ratificación.  
Portugal, 18 de marzo de 1983.- Ratificación.  
Suiza, 27 de septiembre de 1983. Ratificación.

### 3.7 Convenio bilateral entre España y Marruecos.

Las relaciones entre España y Marruecos están caracterizadas por una dinámica particular y compleja que en el presente trabajo no serán analizadas. Considerando el volumen de personas marroquíes presentes en el estado español, las relaciones económicas entre estos dos países y la consiguiente proliferación de matrimonios mixtos y el hecho de que Marruecos, hasta hace poco, no era parte de los convenios plurilaterales como el Convenio de la Haya 1980<sup>29</sup>, es necesario subrayar la relevancia del Convenio bilateral entre España y el Reino de Marruecos.<sup>30</sup>

Este convenio se pone como objetivo, en su primer artículo, garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos ilegalmente a uno de los dos Estados que forman parte del Convenio, reconocer y ejecutar las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita, dictadas en uno de los dos estados contratantes en el territorio del otro estado y favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en los dos territorios.

En relación a su ámbito de aplicación, se aplica a todos los menores de dieciséis años no emancipados que hayan la nacionalidad de uno de los dos Estados. Entonces, de relevante importancia para delimitar el ámbito de aplicación de este convenio es la nacionalidad del menor en cuestión, que debe ser española o marroquí.

También este convenio se enfoca sobre el sistema de cooperación entre las autoridades centrales<sup>31</sup>, que comunicarán entre sí y podrán adoptar cualquier medida apropiada para la devolución de los menores. Las medidas adoptadas tienen como finalidad localizar el menor trasladado ilícitamente, evitar nuevos peligros y sobre todo el desplazamiento a otro tercer Estado y garantizar la repatriación del menor. De modo que las autoridades, considerando todas las circunstancias, se focalizan únicamente en el interés del menor para rendirlo efectivo.

Ahora bien, finalizando con una conclusión sobre la relación entre el Convenio bilateral entre España y Marrueco y el Convenio de La Haya 1980, tras la ratificación por Marruecos del Convenio de La Haya 1980, podrá aplicarse la norma mas favorable para obtener el retorno del menor y garantizar la protección de su superior interés.

---

<sup>29</sup> . El parlamento europeo aprueba la propuesta de decisión del consejo y la aceptación de la adhesión de marruecos al convenio de la haya 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en fecha miércoles 11 de febrero 2015.

<sup>30</sup> Convenio bilateral entre España y 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, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997.

<sup>31</sup> Con arreglo al artículo dos del presente convenio se designan los Ministerios de Justicia de ambos estados como las Autoridades centrales. No obstante, el apartado tercero del mismo artículo declara que el convenio no obstaculiza la facultad de todas las personas interesadas de acudir directamente y en cualquier momento del procedimiento a las autoridades judiciales de los estados contratantes.

#### **4. Derecho extranjero.**

Algunos Estados, deseosos de mantener y reforzar la cooperación, conscientes de la necesidad de profundizar las relaciones judiciales sobre la base del respeto mutuo de la soberanía nacional, la igualdad y beneficio recíproco, con el propósito también de facilitar el acceso de sus nacionales a los órganos judiciales, recogidas en el Convenio de La Haya 1980, firman algunos convenios bilaterales en ámbito internacional. En particular, España ha firmado algunos en materia de asistencia judicial y de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, en cuyo ámbito de aplicación se incluye el derecho de familia. Estos son:

- (a) el Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992;
- (b) el Convenio entre el Reino de España y la Federación Rusa sobre asistencia judicial en materia civil, firmado en Madrid el 28 de octubre de 1990;
- (c) el Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre la asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001;
- (d) el Convenio entre el Reino de España y la República de Argelia democrática y popular relativo a la asistencia judicial en ámbito civil y mercantil, hecho ad referendum en Madrid el 24 de febrero de 2005;
- (e) el Convenio entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil, hecho el 12 de septiembre de 2006.

Sin embargo, en otros casos, las relaciones con diferentes países no son fáciles. Sobre todo, muchas veces, no es fácil interpretar el derecho extranjero. En particular, España no tiene muchas dificultades con los países con los que tiene una matriz en común de derecho, que son los sistemas de derecho romanista como por ejemplo Italia o Francia. En cambio, los problemas más evidentes se encuentran con países como Alemania y Holanda que interpretan de manera diferente algunos conceptos cruciales del derecho de familia, como es la patria potestad y por consiguiente los derechos de custodia o de visita.

## 5. Conceptos de derecho de familia

Antes de acabar con el argumento, es oportuno ofrecer ulteriores aclaraciones sobre algunos conceptos precedentemente mencionados que facilitan entender la relevancia de la problemática expuesta y las medidas que se han elegido adoptar.

### 5.1. El interés superior del menor

El interés superior del menor es el hilo conductor que inspira y sobre el cual se basan todas las cuestiones inherentes al derecho de familia y, como ya se ha mencionado antes, el Convenio de La Haya 1980. Las legislaciones de los países occidentales acogen esta idea como principio cardinal en sus ordenamientos jurídicos.

El interés del menor tiene reconocimiento internacional en la Convención sobre los derechos del niño del 1989<sup>32</sup>, que es el tratado internacional de derechos humanos que se enfoca en los derechos de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años. Esta convención es el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia, teniendo 196 Estados que la han ratificado. De hecho, esta convención crea una verdadera revolución cultural, elevando la persona menor de edad como objeto de protección a sujeto titular de derechos, construyendo una nueva identidad del menor que es sujeto activo, participe y que va escuchado, informado y sobre todo respetado.

Cabe subrayar que ya en la Declaración Universal de los derechos Humanos del 1948<sup>33</sup> se establece que la infancia tiene derecho a particular cura y asistencia, pero el desarrollo de los derechos humanos de los menores se completa a través de una progresiva especificación y sectorialización.

Hoy en día, el interés del menor resulta ser utilizado como parámetro para ponderar las situaciones más complejas, como puede ser el caso de la sustracción ilícita de los menores, para hacer un balance de derechos o para ser límite en otros casos. De hecho, la Convención de la Haya de 1980 pone como base el interés del menor, afirmando que es de una importancia primordial y por eso debe ser protegido.

Ahora bien, la realidad es que no existe una definición del interés superior del menor y esto, en un cierto sentido, se puede interpretar como un factor favorable porque de facto en todas las diferentes situaciones que se puedan plantear, siempre se hará todo lo posible para proteger y beneficiar el menor.<sup>34</sup>

No obstante, una posible definición del interés superior del menor ha sido dada por la Real Academia de

---

<sup>32</sup> Convención sobre los Derechos del Niño

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989  
Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

<sup>33</sup> La Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

<sup>34</sup> L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale di Maurizio Di Masi.

L'interesse del minore nella cultura giuridica in ella pratica di Paola Ronfani.

la Lengua Española<sup>35</sup>, calificándolo como el derecho de todos los menores a que sus intereses sean valorados y considerados como primordiales en todas las decisiones y medidas que los afectan.

Es un derecho fundamental el cuyo objetivo es proteger el desarrollo total y completo de los menores y que se concreta en términos materiales, psíquicos y físicos.

Como se desprende de la reglamentación de la Convención sobre los derechos del niño del 1989, se deben seguir algunos aspectos base de la vida del menor para poder evaluar de la manera más apropiada sus intereses. Estos son en primer lugar sus necesidades y deseos, que pueden ser alimentarias, educativas, de salud y emocionales. De hecho, con arreglo a la Convención sobre los derechos del niño del 1989, los estados parte deben respetar el derecho de los menores a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

Al respecto, sobre todo en las situaciones de crisis familiares, ante un divorcio o una separación, donde los mas vulnerables son los niños, siempre el juez deberá considerar debidamente la situación de los menores y como hemos ya mencionado se incluyen por ejemplo los derechos a oír los menores, siempre que sea posible en base a la edad y a la madurez y esto es de fundamental importancia para realizar las necesidades y los deseos de los menores en cuestión.

Además, el artículo 11 de la Convención hace una referencia a los traslados ilícitos y retenciones de los menores al extranjero, estableciendo que los estados parte adoptaran medidas para luchar contra estos, promoviendo la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales, como los que ya han sido firmados y mencionados antes.

En conclusión, se entiende como el interés superior de los menores es un principio básico y fundamental que se enfoca en el hecho de que los menores deben ser considerados de manera prioritaria, garantizando su protección, cuidado y bienestar. Se aplica en varios y diferentes contextos, adoptando una actitud centrada sobre el niño para asegurar que las decisiones que vierten sobre ello sean las mejores para su crecimiento y seguridad.

## **5.2 Residencia habitual**

La residencia habitual es otro concepto fundamental de entender, pues está a la base del concepto de sustracción ilícita la cual ha sido definida como el traslado o retención de un hijo desde el Estado donde éste reside habitualmente a otro Estado diferente y por eso es la idea que mueve la operatividad del Convenio de La Haya 1980, que no define este concepto. A tal fin, es relevante analizar que se entiende por residencia habitual y el momento en que esta debe ser analizada a los fines de las demandas de

---

<sup>35</sup> La Real Academia Española (RAE) es una institución dedicada a la regularización lingüística entre el mundo hispanohablante. [Inicio | Real Academia Española \(rae.es\)](https://www.rae.es)



retorno para la sustracción de menores.

La definición del concepto de la residencia habitual la ofrece numerosa jurisprudencia a nivel nacional y europeo e internacional. Para determinar la residencia habitual del menor, la jurisprudencia europea hace referencia, en primer lugar, a la presencia física del menor en un Estado miembro, pero esta no es suficiente para determinarla. Es necesario hacer referencia a un conjunto de circunstancias particulares en cada caso, como son los factores que determinan que dicha presencia no tiene carácter temporal u ocasional y debe traducirse en una determinada integración en un entorno social y familiar.<sup>36</sup>

Por residencia habitual debe entenderse el lugar donde radica “el centro social de vida del menor”, el lugar donde están sus vínculos afectivos, no necesariamente familiares, que derivan de su vida cotidiana.<sup>37</sup> Esto se traduce en el lugar donde el menor de facto vive y desarrolla su vida, su entorno escolástico, social y familiar, es decir el lugar donde se encuentra el centro de sus intereses de manera continuada y estable. Para valorar la residencia habitual del menor o para ayudar en los casos más complejos, se hace referencia también a su nacionalidad.

Un reciente pronunciamiento de la *Corte di Cassazione italiana*<sup>38</sup>, en relación con el concepto de residencia habitual del menor, en un caso de sustracción ilícita de un niño entre Italia y Rusia, alude al no permitir de sustraer los hijos de sus hábitos de vida ya establecidos en un estado. Esto es, no alejar el niño de su entorno social y familiar creado en un concreto estado, el de su residencia habitual.

De hecho, adoptar el criterio de residencia habitual del menor en estos casos constituye actuación del principio de la centralidad del interés superior del menor que sirve siempre como guía para adoptar las medidas y decisiones necesarias.

Además, debe tomarse en cuenta que el tiempo es un factor relevante para el interés del niño en estas situaciones y que durante un litigio se pueden verificar cambios de circunstancias de facto muy relevantes que podrían exigir de evaluar diferentemente la cuestión ya planteada.

La *Corte di Cassazione a sezioni unite* establece que, adhiriendo a los principios de los convenios internacionales, la residencia habitual del menor que se debe tomar en cuenta es la del menor al momento de la demanda. Después se trata de establecer si los diferentes estados tienen comprobaciones compatibles entre ellas en cuanto se forman diacrónicamente frente a diferentes juzgados de Estados diferentes, fundamentándose en hechos de residencia habitual de facto diferentes asentados a lo largo del tiempo. En tal sentido, se debe valorar si el menor se haya ambientado positivamente en el nuevo país, entendido

---

<sup>36</sup> STJCE DE 2 DE 2 DE ABRIL DE 2009, A., C-C-523/07

<sup>37</sup> Sent. Cass. Italia 2 febrero 2005.

<sup>38</sup> Cass. Civ. Sez. I, sentenza n.161/2022

como el en el cual ha sido trasladado, antes de adoptar una decisión de retorno a su país de origen, el país en el cual tenía la residencia habitual antes del traslado ilícito.

A tal propósito hay un caso muy importante de sustracción ilícita, que es el caso *Kampanella*, en el cual no obstante una decisión de retorno legítimamente concedida por las autoridades competente, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) ha evaluado contrario al interés superior del menor su retorno al país de origen, como consecuencia de una ambientación positiva del menor en el país en el cual ha sido trasladado. En particular, después de la separación de una pareja constituida por el padre italiano y la madre letón, con residencia en Italia, el niño que tenía en custodia la madre había sido trasladado en Letonia porque el padre no contribuía a la subsistencia económica del menor. El padre recurrió ante el Tribunal de los menores de Roma pidiendo la custodia exclusiva del menor que después fue dispuesta, ordenando también el retorno del menor en Italia. No obstante, las autoridades letonas no reconocieron esta decisión en cuanto contraria al interés superior del niño. A tal propósito, interviene el TEDH, subrayando que en la aplicación del Convenio de La Haya 1980 y del Reglamento de Bruselas II-ter, las autoridades están obligadas a tener en cuenta todos los posibles riesgos para el menor. El tribunal en este caso dispone que el Italia no ha evaluado correcta y atentamente los daños psicológicos que el retorno en Italia habría podido causar al menor.<sup>39</sup>

De particular relevancia hay otro caso de sustracción ilícita en el cual, en cambio, el interés superior del menor lleva a una decisión de retorno en el país de origen de la menor en cuestión.

Este es el caso de la menor Sara Ammar, que después de una separación de los padres y con la custodia exclusiva otorgada a la madre por los tribunales italianos y egipcios, fue secuestrada por el padre en el 2010 y trasladada en Egipto sin consentimiento de la madre, que se encontraba en Italia, país de origen de la niña. Solo después de cinco años, las autoridades permitieron que la menor tornase en Italia.<sup>40</sup>

En conclusión, es importante que el concepto o principio de la residencia del menor es y debe ser flexible para poder responder y garantizar el interés superior del menor.

### **5.3 Derecho de custodia y derecho de visita**

A los efectos del Convenio de la Haya 1980, el artículo 5 define los derechos de custodia y de visita. En relación con el primero, se entiende derecho de custodia el que comprende “el derecho relativo al cuidado

---

<sup>39</sup> Sentencia TEDH Sneersone y Kampanella contra Italia, recurso n. 14737/09.

<sup>40</sup> [artículo](#) di Maria Novella De Luca, Il bambino spezzato, La Repubblica, venerdì 28 novembre 2014.

Il Corriere della Sera di redazione online, 'Torna in Italia , dopo 5 anni Sara Ammar, la bambina che era stata rapita dal padre egiziano'. [Torna in Italia dopo 5 anni Sara Ammar, la bambina che era stata rapita dal padre egiziano - Corriere.it](#)

del menor y, en particular, el decidir sobre su lugar de residencia”. Esta definición coincide también con la ofrecida por el artículo 2.2, 9) del Reglamento de Bruselas II-ter según el cual este “incluye los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en particular, el derecho de decidir sobre su lugar de residencia”.

En relación con el derecho de visita, según la definición ofrecida por el Convenio de La Haya del 1980, es el que comprende “el derecho de llevar al menor por un periodo de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual” y en el mismo sentido se expresa el Reglamento de Bruselas II-ter.

Estos dos derechos forman parte de la patria potestad, concepto que en Italia se sustituye por el de responsabilidad parental, por la ley 219/2012 que ha reformado la filiación. La responsabilidad parental, se puede resumir en el conjunto de deberes y derechos de los progenitores frente los hijos.

Los deberes son mantener, criar y ofrecer apoyo moral a los hijos, teniendo en cuenta sus capacidades, inclinaciones y aspiraciones. Los derechos se concretan en mantener una relación equilibrada y continuada con ambos los progenitores, ascendientes y familiares de ambos.

La responsabilidad parental, como regla general salvo excepciones, en la mayoría de los Países de la Unión Europea, como Italia y España, debe ser ejercitada por los progenitores de mutuo acuerdo.

En los casos de sustracción ilícita de menores, que se suelen verificar después de una situación de crisis matrimonial, es oportuno evidenciar que ocurre en caso de separación o divorcio con la responsabilidad parental. En estos casos, la responsabilidad entre ambos progenitores no termina después de la separación, divorcio, anulación o nulidad del matrimonio. La forma habitual de custodia, si satisface el interés superior del menor, es la custodia compartida, pues ambos progenitores continúan ejercer la responsabilidad parental. En cambio, si esta no satisface el interés superior del menor, el juez, mediante decisión motivada, puede conceder la custodia exclusiva a un progenitor y en este caso la responsabilidad parental es ejercida únicamente por el progenitor que tiene la custodia, pero las decisiones de mayor interés para el menor se deben tomar por ambos los progenitores, salvo que se haya establecido lo contrario por circunstancias graves y concretas.

En conclusión, se entiende como este concepto se basa en el interés superior del menor, que sirve como guía en todas las cuestiones inherentes al derecho de familia y, en el caso concreto, a los casos más complejos de sustracción ilícita de menores.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> [Portal Europeo de e-Justicia - Responsabilidad parental: custodia de menores y derechos de visita \(europa.eu\)](#)

## 6. Conclusiones

Los supuestos de traslados internacionales de menores, como observado, van creciendo en una sociedad tan globalizada como la en la que vivimos y son principalmente los niños los sujetos sobre los cuales se reflejan las consecuencias negativas. Es un fenómeno complejo que pone en evidencia los problemas que afrontan las naciones de todo el mundo desde una perspectiva jurídica, social y emotiva buscando siempre de proteger el menor en cuestión.

Es por este motivo que se trabaja constantemente a nivel nacional, europeo e internacional, para intentar ofrecer respuestas con los instrumentos jurídicos analizados en el trabajo. Igualmente se intenta ofrecer una armonización y colaboración entre los países parte de la Unión Europea y partes de los Convenios analizados. Esto se ve si nos centramos sobre el hecho de que los procedimientos, en este caso confrontados entre España e Italia, son sumamente idénticos. Además, si miramos a todos los convenios para el reconocimiento y la ejecución de las recíprocas sentencias o todas las medidas, como la rapidez que está a la base.

En tal contexto es de relevante importancia la eficacia de las distintas normativas analizadas y, en la práctica, el más victorioso de todos los instrumentos desarrollados, es seguramente el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 que, basándose en la cooperación entre autoridades centrales y en la celeridad de los procedimientos, busca lograr un retorno inmediato al país de origen de los menores.

Todo esto se basa sobre el principio del interés superior del menor que releva como guía y valor fundamental de la tutela de este sujeto que se intenta proteger frente a las terribles consecuencias que una crisis matrimonial pueda provocar. De hecho, es fundamental seguir el interés superior de los menores considerando tales individuos prioritarios en cada decisión realizada a nivel legal, social y familiar. Este principio debe ser aplicado de manera equitativa y consciente, escuchando sobre todo el directo interesado cuando esto sea posible, garantizando que las acciones y los procedimientos para su retorno sean orientadas a proteger y promover el mejor interés del menor en todas las circunstancias.

## 7. Bibliografía

### BIBLIOGRAFIA

- Aplicación provisional del Convenio 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, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997.
- CALVO CARAVACA A., CARRASCOSA GONZALES J., Derecho Internacional Privado, Comares editorial, Volumen II, Decimoctava edición, 2018.
- Cass. Civ. Sez. I, sentenza n.161/2022
- Codice Penale, REGIO DECRETO 19 ottobre 1930, n. 1398 (Gazzetta Ufficiale n.251 del 26-10-1930).  
[Gazzetta Ufficiale](#)
- Comisión Europea (2023). Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter. [Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](#)
- CORRIERE DELLA SERA, “Figlia rapita da ex marito egiziano, Farnesina: «Massimo impegno»”, 2014.
- Di Masi M., L’interesse del minore. Il principio e la clausola generale, Jovene Editore, 2020.
- DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Circular 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Referencia: FIS-C-2015-00006.
- FERNANDEZ ROZAS J. C., DE MIGUEL ASENSIO P. A., Derecho Internacional Privado. Textos y materiales, 7ª edición, Editorial Civitatis, S.A.U., 2018.
- GARCIMARTIN ALFEREZ F. J., Derecho Internacional Privado, Tratados y manuales, Editorial Aranzandi, 7ª edición, 2023.
- [https://www.mjusticia.gob.es/estatico/cs/portal/pdf/PROTOCOLO\\_SUSTRACCION\\_MENORES\\_DEFINITIVO.pdf](https://www.mjusticia.gob.es/estatico/cs/portal/pdf/PROTOCOLO_SUSTRACCION_MENORES_DEFINITIVO.pdf)
- [Inicio | Real Academia Española \(rae.es\)](#)
- Instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1984 del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980.

- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.
- LA REPUBBLICA, “Il bambino sottratto”, Italia, 2014.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
- [Ministero della giustizia | Sottrazione internazionale di minori e tutela dell’esercizio del diritto di visita.](#)
- ([mjusticia.gob.es](http://mjusticia.gob.es))
- Portal Europeo de e-Justicia - Responsabilidad parental: custodia de menores y derechos de visita. [europa.eu](http://europa.eu)
- Portal Europeo de e-Justicia - Responsabilidad parental: custodia de menores y derechos de visita [europa.eu](http://europa.eu)
- Real Decreto de 24 de julio 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- 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.
- Ronfani P., L’interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica, 1998.
- Russo R., La nozione di residenza abituale, l’interesse del minore e il fattore tempo, 2022.
- Secuestro internacional de menores: marco jurídico. María Del Pilar Diago Diago, Area de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza.

- Sent. Cass. Italia 2 febrero 2005.
- Sentencia TEDH Sneersone y Kampanella contra Italia, recurso n. 14737/09.
- STC (Sala Segunda) de 1 febrero 2016 (RTC/2016/16) Fundamento Decimo.
- STJCE DE 2 DE 2 DE ABRIL DE 2009, A., C-C-523/07
- STJUE de 1 de julio de 2010, C-211/10.
- TODAY CRONACA, “Dopo cinque anni torna in Italia Sara Ammar, la bimba rapita dal papà egiziano”, 2015.
- Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, 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) n° 1347/2000.
- Textos aprobados - Adhesión de Marruecos al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores - Miércoles 11 de febrero de 2015 [europa.eu](http://europa.eu)